

LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA FRENTE
A LA AGRESIÓN DE LOS MEDIOS MASIVOS
DE COMUNICACIÓN SOCIAL POR INFORMACIONES
INEXACTAS O AGRAVIANTES (EQUILIBRIO EN CRISIS.
ESQUEMAS AGOTADOS. NECESIDAD DE PENSAR
NUEVAMENTE LAS RESPUESTAS JURÍDICAS)

Ramón Daniel PIZARRO

SUMARIO: I. *La ruptura del equilibrio entre derechos personalismos y el derecho a la información.* II. *Las diferentes maneras en que se manifiesta el actual desequilibrio.* III. *Las nuevas vertientes de pensamiento en los Estados Unidos de América. El desencanto posterior a New York Times vs. Sullivan.* IV. *Necesidad de buscar nuevas bases para una tutela equilibrada y efectiva de los derechos que hacen a la dignidad de la persona.* V. *La acción declarativa de falsedad (inexactitud) de la información publicada.* VI. *Conclusiones.*

I. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ENTRE DERECHOS
PERSONALISIMOS Y EL DERECHO
A LA INFORMACIÓN

La dignidad de la persona humana, como valor supremo a tutelar por la comunidad, asume un rol protagónico en nuestro tiempo.¹ Se ha dicho, con razón, que “el valor de la persona consiste “....en ser más que en el mero existir, en tener dominio sobre la propia vida y esta superación —este dominio, es la

¹ Véase González Pérez, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, cap. II, núm. I, pp. 23 y ss; *idem*, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, pp. 11 y 13.

raíz de la dignidad de la persona”.² Esa dignidad está indisolublemente asociada a valores e intereses fundamentales de la persona, como la intimidad, el honor, la identidad personal, la imagen, la igualdad, y el derecho a profesar las ideas y convicciones que crea adecuadas.

El gran desafío de nuestro tiempo no consiste en determinar cuáles y cuántos son estos derechos, su naturaleza y fundamentos, si son derechos naturales o históricos, absolutos o relativos, sino en alcanzar las vías más idóneas para garantizarlos e impedir que sean violados.

El Estado debe crear y preservar un marco adecuado para la plena vigencia de estos derechos y protegerlos frente a agresiones arbitrarias, cualquiera sea su origen; provengan éstas de su propio accionar o de particulares. El tema central de esta ponencia se vincula con esto último.

La ruptura del delicado equilibrio que debe existir entre ciertos derechos personalísimos (honor, intimidad, identidad personal, imagen) y el derecho a la información constituye una de las notas preocupantes que se advierten en los comienzos del tercer milenio.

Nos encontramos frente a una situación potencialmente conflictiva de importancia entre derechos *constitucionales*: por un lado, el derecho a la información, en todas sus múltiples y ricas proyecciones y manifestaciones, y su expresión más calificada: la libertad de prensa, pilar básico de todo sistema republicano y democrático.³ Por otro, los derechos esenciales que ha-

2 Legaz y Lacambra, “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 55, p. 15 (citado por González Pérez).

3 El derecho a la información comprende el derecho a informar y el derecho a estar informado. Ambas facetas permiten comprobar que se ha operado un fenómeno expansivo de la clásica libertad de expresión, cuyos presupuestos, estructuras y consecuencias resultan desbordados. Se potencian los derechos del emisor de la información, que son reconocidos con amplitud en tratados internacionales, constituciones y legislaciones del derecho comparado, pero —al mismo tiempo— se incrementan sus deberes, que asumen un contenido no sólo ético, sino también jurídico. Simultáneamente, por primera vez, se contempla la situación del destinatario del mensaje —consumidor— cuyos intereses difusos merecen también razonable protección. El rol del receptor del mensaje informativo deja de ser considerado meramente pasivo: “El es nada menos que el titular del derecho a la información; es el sujeto a quien le corresponde estar informado y detenta una serie de facultades que puede esgrimir ante los demás sujetos que intervienen en el proceso informativo” (Conesa Sánchez, Fernando, *La libertad de empresa periodística*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p. 232). También se advierten cambios en el objeto de la información, que no escapa al ya mentado fenómeno expansivo. El derecho a conocer los hechos (noticias e informaciones) desborda los límites clásicos, que se restringían en forma prioritaria a ideas y opiniones. Crece el interés del público en conocerlo todo. Lo bueno y lo malo. Lo que compromete el interés público y aquello de menor trascendencia. Al mismo tiempo, se in-

cen a la dignidad del protagonista afectado por una información inexacta o agravante (intimidad, honor, imagen, identidad personal), conflicto que se potencia cuando éste es un simple particular, no ligado a función o cargo público alguno que pueda atemperar los umbrales de protección que el sistema dispensa.⁴

crementa la curiosidad —a veces morbosa— por cuestiones relativas a la vida privada de las personas, situación que es explotada por ciertos medios, con inquietante frecuencia, con el afán de obtener beneficios económicos.

Como consecuencia de ello, debe operar también un profundo cambio en el papel del Estado dentro del proceso de información, que ya no puede ser considerado meramente pasivo: Debe ahora garantizarla en forma plena y posibilitar un adecuado equilibrio de los distintos intereses comprometidos.

Dentro de un marco semejante, el conflicto entre el derecho a la información y los derechos personalísimos de los protagonistas de la noticia suele ser tan frecuente como inevitable. Tanto la prevención del daño cuanto su reparación pasan a ocupar un lugar relevante en el mundo jurídico contemporáneo, poniendo en crisis a los esquemas clásicos, que —en mi opinión— hoy se muestran insuficientes para alcanzar soluciones justas.

Nos hemos ocupado del tema con mayor detenimiento en mi obra: *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, cap.III, pp.75 y ss, a donde remito.

4 La Constitución argentina, como la inmensa mayoría de las de nuestro tiempo, reconoce, declara y tutela los derechos fundamentales de las personas. Como fiel exponente de las constituciones de los siglos XVIII y XIX, muestra una marcada tendencia a jerarquizar los derechos individuales frente al Estado, cuyos límites procura trazar. Tal orientación denota una fuerte influencia del pensamiento *ius naturalista* clásico, con su firme convicción respecto de la existencia de un derecho natural objetivo, anterior y preexistente, del que debía abreviar el derecho positivo; que proclamaba la existencia de derechos individuales innatos del hombre, que el Estado debía circunscribirse a reconocer, dentro de un esquema de poder político limitado y controlado; derechos estrechamente ligados a la dignidad de un ser hecho a imagen y semejanza de su Creador. Algunos de esos derechos están expresamente enumerados por la constitución, sea en su parte dogmática, sea a través de su expreso reconocimiento en tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22 C.N). Otros, en cambio, sólo aparecen implícitamente consagrados, tal lo que sucede con los aludidos en el artículo 33 C.N. Por tal motivo, todo derecho fundamental o primario del hombre puede y debe considerarse incluido en la constitución esté o no reconocido expresamente (Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, p. 213. Del mismo autor, “La filosofía de los derechos humanos en la Constitución de 1853-1860”, *El derecho*, pp. 106-821, en especial p. 824). La filosofía de la Constitución nacional argentina, al igual que las de casi todos los países latinoamericanos, es ampliamente favorable a los derechos humanos, en torno a los cuales aparece edificado nuestro sistema jurídico y político. De allí que sus “silencios” tengan, a veces, un sentido elocuente y positivo, que exija debida ponderación en estrecha armonía con el espíritu de aquella”.

Las constituciones decimonónicas cumplieron con creces el rol que la sociedad argentina de aquella época les asignó: tutelar de la mejor manera posible los derechos de la persona frente al Estado, considerado el factor que potencialmente entrañaba mayor riesgo para

Conviene no perder de vista que todos los derechos constitucionales son relativos y por ende, susceptibles de límites y restricciones, “...sea para coordinar el derecho de uno con el derecho de otros, sea para que cumplan su finalidad en orden al bien común, sea para tutelar el orden y la moral públicos, sea por razón del llamado poder de policía”.⁵ Las diferentes limitaciones que pueden experimentar los derechos constitucionales constituyen un componente indispensable de la libertad y forman parte de su propia esencia. Algunas de esas limitaciones son intrínsecas, esto es, derivadas del propio contenido del derecho; de allí la necesidad de analizar con detenimiento —y sin prescindir de circunstancias de tiempo y lugar— sus alcances cualitativos y cuantitativos. Los denominados límites internos o intrínsecos representan una cuestión de delimitación más que de limitación.⁶ Otras, en cambio, son extrínsecas, es decir, derivadas de la coexistencia con otros derechos, o impuestas por exigencias del bien general. Conviene señalar que así como los derechos y libertades fundamentales no son absolu-

ellos. Tuvieron el mérito de forjar una constitución dotada de un espíritu lo suficientemente amplio, generoso y humanista, virtud que se agiganta cuando se la interpreta dinámicamente, a la luz de las nuevas realidades. El mismo camino han seguido las constituciones del siglo XX. Sin embargo, los tiempos han cambiado. El riesgo no sólo se centra en el Estado, sino también en el poder económico y político de poderosas empresas —generalmente de carácter multinacional— que parecen encontrarse en planos aún superiores al de aquél. Lo expresado asume mayor rigor en países endeudados como el nuestro, que son azotados una endeble estructura económica, por una fuerte crisis de valores éticos en su dirigencia política, económica y sindical y, lo que es peor todavía, por un corporativismo enfermizo que ha degradado hasta extremos inimaginables los derechos más elementales de las personas. Dentro de ese agitado mar navega la dignidad de todos nosotros. Con el riesgo —comprobado día a día— de zozobrar.

La tutela de la dignidad de la persona debe constituir una obsesión para quienes profesan una concepción humanista del derecho y de la vida; concepción que exige que el derecho, la economía y el Estado estén al servicio de los valores superiores del hombre y no a la inversa.

Los juristas de nuestro tiempo deben asumir el desafío que representa la tutela de los derechos humanos frente a las nuevas formas de agresión. Sin prejuicios ni tabúes. Superando mitos y preconceptos que impiden —a veces interesadamente— acceder a soluciones justas, equitativas y no desprovistas de seguridad.

⁵ Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, p. 213. Este autor destaca que “la relatividad de los derechos presta base constitucional a la teoría del abuso del derecho, desde que dicha teoría presupone admitir que los derechos tienen o deben cumplir una función social...” (p. 216).

⁶ Cfr. González Pérez, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993, p.37.

tos, por lógica consecuencia, tampoco asumen tal carácter sus límites. De allí la necesidad de armonizarlos cuando entren en conflicto.⁷

Es, justamente, la determinación de esas limitaciones extrínsecas e intrínsecas la que permitirá formular el juicio de antijuridicidad cuando se operen transgresiones.⁸

El punto de partida debe ser ubicado, en torno a la armonización de derechos constitucionales, temática que si bien ha dado lugar a enfoques no siempre coincidentes, tiende a encontrar en los últimos años unas bases de consenso más o menos aceptables. Según la doctrina y jurisprudencia dominantes,⁹ incluida la de la propia Corte Suprema de Justicia de la nación de la República Argentina,¹⁰ las normas constitucionales y los derechos que de ellas emergen, tendrían siempre igual jerarquía, por lo que, en caso de conflicto entre ellos, sólo correspondería armonizarlos. Esta labor no debería estar presidida por reglas rígidas, debiendo efectuarse la valoración en función del caso concreto, procurando una composición del conflicto que posibilite la subsistencia de cada uno de esos derechos, con el máximo contenido posible. Dentro de ese orden de ideas, se ha sostenido reiteradamente que la Constitución es una estructura coherente, por lo que su interpretación “no debe efectuarse de tal modo que queden frente

7 Véase Carmona Salgado, *Concepción, Libertad de expresión e información y sus límites*, Madrid, Edersa, 1991, p. 63.

8 En contra, criticando la doctrina de los límites internos y externos de la libertad de expresión (y de todo otro derecho constitucional), Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, núm. 114, p. 586.

9 Bustamante Alsina, Jorge A., “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- 889; Cifuentes, *Derechos personalísimos*, núm. 114, a), p. 578 y ss; Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños*, 2a, Hammurabi, Bs. As., 1996, núm. 76, p. 223; Andrada, Alejandro D., “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. El factor de atribución”, *Juris*, Rosario, 1998, pp. 91 y ss. Es también la tendencia prevaleciente en el derecho comparado González Pérez, Jesús, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Cívitas, 1986, p. 37; O’ Callaghan, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Revista de Derecho Privado-Editoriales de Derecho reunidas, 1991., p.27; Jaen Vallejo, Manuel, *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Madrid, Colex, 1992, pp. 57 y 58; Ricciuto, Vincenzo y Zeno-Zencovich, Vincenzo, *Il danno da mass media*, Padova, Cedam, 1990, pp. 1 y ss.

10 Un pormenorizado análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sobre esta materia, se encuentra en Belluscio, Augusto C., “Daños causados por la publicación de noticias”, Trigo Represas Stiglitz, R. (dir.), *Derecho de daños, obra homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Bs.As., 1989, p. 371, en especial p. 4.

a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente”.¹¹

Sin embargo, la realidad muestra datos preocupantes cuando se trata de valorar, con criterio realista, el equilibrio que debería existir entre el derecho a la información y más específicamente entre la libertad de expresión y la de prensa, y aquellos otros derechos que hacen a la dignidad de la persona humana (intimidad, honor, imagen, identidad personal), cuya realidad actual pone en evidencia un contraste poco satisfactorio entre lo que se declama y lo que efectivamente sucede. Entre lo que se *dice* y lo que se *hace*.

La necesaria armonía entre tan importantes derechos constitucionales, que una sociedad moderna en la que impera el Estado de derecho debería razonablemente consolidar, está virtualmente quebrada. Los derechos que hacen a la dignidad de la persona humana —sobre todo cuando se trata de simples particulares (o personas no públicas)— no alcanzan en nuestros días una tutela *eficaz* frente a significativas agresiones que frecuentemente experimentan como consecuencia de la actividad informativa de los medios de prensa.¹²

II. LAS DIFERENTES MANERAS EN QUE SE MANIFIESTA EL ACTUAL DESEQUILIBRIO

En la actualidad, dicha situación de desequilibrio se manifiesta de diferentes maneras que, en conjunto, producen un efecto pernicioso, cuyas secuelas son claramente perceptibles cuando se formula un juicio valorativo disociado de la defensa de intereses corporativos, idóneos para distorsionar la realidad.

Entre esos datos relevantes que inciden negativamente en la protección de los derechos personalísimos destaco su importancia:

11 CS, 18/4/89, “Portillo, Alfredo”, *Jurisprudencia Argentina*, 1989-II-657.

12 Este fenómeno no ha pasado desapercibido para algunos juristas que han advertido, con preocupación, el enorme riesgo que presenta la degradación de los derechos personalísimos en la mayor parte de las sociedades occidentales actuales. Dicha tendencia se pone en evidencia cuando se les asigna, en caso de conflicto, un valor inferior al de otros derechos fundamentales, particularmente frente a la libertad de informar y a intromisiones provenientes del poder público”. En una sociedad en la que se ha llegado a considerar de *modée* la noción de honor —dice González Pérez— forzosamente han de reducirse los supuestos que se consideran atentatorios de lo que para muchos no puede considerarse un valor o bien de la personalidad”; González Pérez, *La degradación del derecho al honor. Honor y libertad de información*, p. 31.

“La recepción de doctrinas fuertemente tutelares para los medios de prensa que no siempre cuentan con bases normativas suficientes o que han sido motivo de interpretaciones en extremo protectoras para los intereses de aquellos”.

1. *A nivel de causas de justificación*

Se destaca por su importancia la denominada doctrina estadounidense del *fair report privilege*¹³ receptada por la Corte Suprema de Argentina. Conforme a ella, quien reproduce en forma fiel y exacta, los actos y proce-

13 Los antecedentes más significativos de la doctrina que analizo lo encuentro en los Estados Unidos de América. Desde mucho antes del precedente *New York Times vs. 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*.

Remarco que a diferencia de la doctrina de la real malicia (actual *malice*), aquella no tiene jerarquía constitucional, por lo que su existencia y mayor o menor eficacia depende de la legislación imperante en cada Estado.

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 privilegio se requiere:

1) Que los reportes emanen de fuentes públicas o de procedimientos oficiales con 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. (Esta última fue la regla que siempre predominó en el derecho inglés. Véase Gillmor, Donald-Barron, Jerome A. Simon, Todd, F., *Mass Communications Law*, 6a ed., Estados Unidos de América, Wads worthy Publishing Company, 1998, p. 233 y ss.; Nelson, Harold *et al.*, *Law of Mass Communications*, 6a. ed., Westbury, Nueva York, The Foundation Press Inc., 1989, pp. 205 y ss.).

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

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

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

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 *meeting* abierto al público, en el que se tratan asuntos concernientes al interés público, es considerado privilegio si el reporte es exacto y completo o se hace un adecuado resumen de lo ocurrido”.

También en el derecho español es aceptada esta circunstancia eximitoria, aunque todavía con mayor amplitud que en el derecho estadounidense.

dimientos 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.

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.¹⁴

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.

Razonablemente interpretada, dicha doctrina debería constituir un instrumento de adecuado equilibrio entre los distintos intereses en juego, incluido el de toda la comunidad a estar bien informada. Sin embargo, a la hora de su aplicación, particularmente en Argentina, ha sido objeto de algunas graves exageraciones por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, idóneas para desnaturalizar sus alcances.

En el derecho estadounidense se requiere, entre otros requisitos, que el reporte emane de *fuentes públicas o de procedimientos oficiales que tengan ese carácter*. En los últimos tiempos, 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.¹⁵ Sin embargo, la actual jurisprudencia de la Corte Argentina no parece exigir, a diferencia de lo que sucede en el país que inspira sus decisiones, que la fuente sea oficial o, agregamos nosotros, por lo menos, *confiable*. Basta que esté individualizada. La mayor o menor confiabilidad de aquella debería ser ponderada más tarde, de modo especial por quienes exigen la presencia de dolo o culpa en la conducta del

14 Bianchi, Enrique Tomás, “La doctrina “Campillay” (O la noticia que reproduce lo expresado por otro)”, *La Ley*, 15 de abril de 1997, p. 1, en especial p. VII.

15 Esta última fue la regla que siempre predominó en el derecho inglés. Véase Gillmor Barron, Simon, *Mass Communication Law*, pp. 233 y ss.; Nelson Teeter (jr.), *Le Duc, Law of Mass Communications (Freedom and control of print and broadcast media)*, 1989, pp. 205 y ss.

informador. Pero no a la hora de formular el juicio de antijuridicidad objetiva en la conducta del medio.

Tal criterio, además de tener una muy dudosa base normativa que lo sustente, es excesivamente amplio máxime si se lo presenta como una regla de valor casi inconvencible, *emplazada a nivel de causas de justificación*.¹⁶

Adviértanse las secuelas perniciosas que esta buena doctrina puede generar si no se le pone un límite razonable: si se desvanece el juicio de antijuridicidad, en razón de mediar causa de justificación, por el solo hecho de haberse individualizado la fuente, cualquiera sea esa fuente,

ninguna valoración subjetiva de la conducta del informador será posible efectuar a posteriori, pues la culpa sólo se predica de conductas antijurídicas. De este modo se alcanza la irresponsabilidad total del informador, por una vía inclusive más sencilla que la que plantea la doctrina *New York Times vs. Sullivan* de la real malicia (actual *malice*).

Digo esto último porque al serle suficiente a quien suministra la información con citar la fuente, desinteresándose totalmente de la verdad o falsedad de lo publicado, se crea una vía ultra objetiva que cierra las puertas a toda indagación acerca de la mayor o menor diligencia puesta por aquel para corroborar la veracidad de lo informado.

Esto permite que cualquier informador con pocos escrúpulos y mucho ánimo de lucro, especie que abunda en los días que corren, “encuentre” una persona complaciente, insolvente, que formule un agravio injustificado en una cuestión que suscite algún interés público, para luego reproducir alegremente sus dichos, citando “la fuente” y obtener, de tal forma, buenos beneficios económicos y, paralelamente, absoluta impunidad penal y civil.

Repárese que no sólo está en juego el interés del posible afectado por la información, sino también el del público en general a no ser desinformado, lo cual constituye un aspecto no siempre valorado a la hora de propiciar criterios excesivamente amplios.

16 Me apresuro a señalar que no cuestionamos la razonabilidad de la doctrina tal como se la ha formulado en el derecho estadounidense, cuya proyección al derecho argentino y a la mayor parte de los derechos latinoamericanos puede realizarse, sin mayores dificultades, no como un privilegio constitucional —que no existe con posterioridad a la publicación— sino inserta en el ámbito de las causas de justificación. Pero el campo de las causas de justificación, y en particular, la vinculada con el ejercicio regular del derecho de informar requiere de bases más estrictas que las exigidas por la Corte argentina.

En muchos estados de los Estados Unidos de América se exige, además, que la información sea *equilibrada*, con lo que se pone acento, en forma lógica, en otros aspectos fundamentales que hacen a los límites internos del derecho de informar, que también deben ser ponderados a la hora de calibrar si el mismo ha sido regularmente ejercitado para actuar como causa de justificación (*vgr.* actualidad de la información, forma y modo en que es emitida, etcétera.).

También se admite como causa de justificación, mantener en reserva la identidad de los implicados en la información o la utilización de tiempo de verbo potencial a la hora de emitir la noticia.

2. *A nivel de factor de imputación (y de carga de la prueba).*

La doctrina de la real malicia

Otra vía fuertemente tutelar para los medios, emplazadas a nivel de factor de imputación y de carga de la prueba, con pretendido basamento constitucional, está dada por la denominada doctrina 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 es este el momento de analizarla con el detenimiento que merece. De ello me he ocupado en otra obra, donde remito.¹⁷

Sí, en cambio, parece oportuno remarcar que esta doctrina, en extremo protectora de los medios de prensa, no tiene de sustento normativo en el derecho argentino y tampoco en la mayor parte de los países europeos y latinoamericanos. Ni en la Constitución nacional argentina, ni en los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, ni mucho menos en el Código Civil encuentro sustento para su aplicación. Más todavía, si una conclusión puede extraerse de dicha normativa es, precisamente, la contraria a su admisión.

La Constitución nacional argentina, al igual que la prácticamente totalidad de las constituciones latinoamericanas otorga, como es sabido, a la li-

17 Véase Pizarro, Ramón Daniel, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, caps. XII y XIII.

bertad de publicar ideas por la prensa una enorme importancia. En el caso de Argentina, se ha visto reflejada en dos normas que han permanecido inalteradas luego de la reforma constitucional del año 1994: los artículos 14 y 32 C.N.

El primero, reconoce a todos los habitantes el derecho de publicar 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).¹⁸ 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.

De dichos textos normativos ninguna situación de privilegio en 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.*

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, en donde se aplican a los medios los principios y 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 tipo de privilegio. Una solución contraria debería estar expresamente consagrada por la Constitución nacional pues, de otro modo se quebraría inexorablemente el principio de igualdad que receptan en el derecho comparado todas las constituciones modernas.¹⁹

18 Así, por ejemplo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13.2.

19 Si se compara la Constitución argentina con la estadounidense, se advierten dos notables diferencias en materia de libertad de expresión, que cierran en aquél país la puerta a toda pretendida invocación de privilegios constitucionales en la etapa posterior a la publicación: a) La carta magna estadounidense, sus enmiendas, carecen de una normativa como nuestro artículo 14 que expresamente determina la existencia de un privilegio en la etapa previa a la publicación. b) Los pactos internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional entre nosotros, expresamente consagran esa solución, la mayoría de los cuales no han sido ratificados por los Estados Unidos de América. De allí que la denominada doctrina de la real malicia, no sólo carece de bases constitucionales, sino que, además, es notoriamente *inconstitucional* por quebrantar el principio de igualdad. Lo expresado no significa, en modo alguno, que la libertad de expresión se encuentre desprotegi-

Buscar “el fundamento” de la responsabilidad de los medios en la Constitución nacional, para así apartarse de la aplicación de las normas del derecho escrito y codificado que regulan la actividad de aquellos, importa una idea inaceptable, carente de sustento normativo, que ha potenciado la ruptura del delicado equilibrio entre los derechos en conflicto.

Las normas aplicables del derecho común, destinadas a reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de toda persona, tienen plena vigencia, resultan de aplicación obligatoria para la solución de los conflictos, y no pueden ser dejadas de lado alegremente, a través de la invocación de precedentes jurisprudenciales ajenos a nuestro sistema.

Lo dicho para Argentina, es aplicable, a países como México,²⁰ Costa Rica,²¹ Panamá,²² Colombia,²³ Venezuela,²⁴ Paraguay,²⁵ Perú,²⁶ Chile,²⁷ Uruguay,²⁸ Brasil,²⁹ España,³⁰ Italia,³¹ y Francia, por citar sólo algunos, cuyas constituciones en lo que al tema atañe consagran soluciones similares.

Pero no sólo es preocupante la importación injustificada de doctrinas foráneas sin basamento normativo. También asume especial gravedad el carácter fragmentario con que suele ser traída a nosotros, disociada de ciertos componentes que son complemento inseparable de ella.³² Las experiencias de Argentina y España son elocuentes en tal sentido.

Dentro del sistema estadounidense 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, únicamente se toman las ideas del derecho esta-

da. Todo lo contrario: goza de una tutela que linda con lo absoluto en la etapa previa a la publicación y se ve alcanzada por los límites a los que está sujeto todo derecho constitucional en la etapa posterior a la publicación.

20 Artículo 5o. y 6o. de la Constitución mexicana.

21 Artículos 29 y 30 de la Constitución de Costa Rica.

22 Artículo 37 de la Constitución panameña de 1972.

23 Artículo 20 de la Constitución de Colombia. de 1991.

24 Artículos 19-23, 57 y 58 de la Constitución de Venezuela de 1999.

25 Artículo 26 de la Constitución de Paraguay de 1992.

26 Artículo 2o., inciso 4, Constitución de Perú de 1993.

27 Artículo 19 inciso 12 de la Constitución de Chile de 1980.

28 Artículo 29 de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967.

29 Artículo 5o., inciso IX de la Constitución brasileña de 1998.

30 Artículo 20 de la Constitución española de 1978.

31 Artículo 21 de la Constitución de 1947.

32 *Cfr.* Pantaleón, Fernando, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, España, 10 de mayo de 1996, pp. 2 y 3, núm. IV, 3.

dounidense en cuanto crean situaciones de privilegio en favor de los medios, en desmedro de los protagonistas de la información agravante.³³ Nada se dice, en cambio, de la necesidad de acompañar esos privilegios con otras medidas que pueden afectar a los medios de prensa, largamente aceptadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos. Tal lo que 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,³⁴ o del denominado *discovery period* —etapa judicial previa, con particularidades propias y específicas, en las que ambas partes deben poner a disposición de la otra todos los documentos, evidencias y demás elementos que dispongan— sin el cual la doctrina *New York vs. Sullivan* es impracticable.³⁵

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”,³⁶ 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.

33 Señala con acierto Pantaleón: “...la 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 Estados Unidos de América, 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 primera enmienda, 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” (“La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, España, 10 de mayo de 1996, pp.2 y 3).

34 Muñoz Machado, Santiago, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 146. Véase asimismo, la nota titulada “Punitive damages and libel law”, *Harvard Law Review*, 1985, núm. 4, vol. 98, pp. 828 y ss.

35 La Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa *Herbert vs. Lando* (441 US 153) legitimó constitucionalmente el *discovery* en materia de procesos de libelo. Véase Nelson Teeter Jr., *Le Duc, Law of Mass Communications*, pp. 189 y ss.

36 Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, p. 116.

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.

3. Desconocimiento sistemático por numerosos medios de prensa de instituciones relevantes como el derecho de réplica

Otro dato negativo está dado por el desconocimiento casi sistemático que la mayor parte de los medios de comunicación suelen realizar de instituciones definitivamente consagradas por la normativa vigente constitucional o infraconstitucional, como el derecho de réplica, rectificación o respuesta, que ha merecido, inclusive, en los últimos tiempos, en Argentina, un fuerte respaldo de la propia Corte Suprema.

Esta situación es grave al no haber un régimen adecuado de sanciones que se apliquen a quienes deliberadamente no reconocen este derecho, se obliga a los afectados a recorrer a un largo camino ante los estrados de la justicia, en el que se diluye gran parte de la eficacia neutralizadora de la institución. Termina proclamándose, de tal modo, una solución no exenta de cierta perversidad: el sistema reconoce el derecho de réplica, pero en los hechos, tiene vías fáciles, sencillas y, por sobre todo, baratas, para burlarlo. No hay sanciones eficaces para su desconocimiento. Un derecho de rectificación que judicialmente es reconocido seis u ocho años después de la publicación agravante es una burla para el afectado y para la sociedad toda en su derecho a estar bien informada.

4. Ausencia de normas adecuadas que tengan virtualidad suficiente para sancionar económicamente graves inconductas por parte de los medios

Debe también señalarse la insuficiencia normativa que se advierte, tanto en Argentina cuanto en el derecho comparado, para desalentar algunas prácticas abusivas, muchas veces deshonestas, que sólo persiguen obtener lucros o beneficios a expensas de la dignidad del protagonista de la información y, lo que es también muy grave, de la desinformación del público en general. Tal lo que sucede con el ilícito lucrativo, cuando quien contraría el ordenamiento jurídico, causando un daño a otro, actúa deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad (se traduzca éste en el ingreso de bienes a su patrimonio o en el ahorro de gastos necesarios para

evitar el menoscabo). Así, por ejemplo, un medio de comunicación social deliberadamente publica una información falsa lesiva para la intimidad o el honor del protagonista de la noticia, especulando con el beneficio económico que tal información le proporcionará, *aun teniendo que soportar el pago de eventuales indemnizaciones*. En tales supuestos la reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, ya que subsiste un rédito económico derivado directamente del ilícito en favor de quien delinquirió. De lo expuesto se desprende la necesidad de dismantelar plenamente los efectos de dichos ilícitos mediante la implementación de penalidades económicas que sancionen tales inconductas calificadas. Lo contrario importaría aceptar que alguien pueda enriquecerse merced al agravio intencionado o fruto de una grosera negligencia.

5. Responsabilidades penales que raramente se concretan y que tienen efectos de relativo valor

La punición por el derecho penal de delitos como la injuria y la calumnia deviene hoy, en los hechos, inoperante. La realidad demuestra que la proliferación de delitos penales de relativamente poca gravedad, unida a la deficitaria infraestructura judicial y a la lentitud y costo de los procesos judiciales ha puesto a la administración de justicia en un estado de virtual colapso. Como consecuencia de ello vemos que, por lo general, sólo en los delitos más graves pueden alcanzarse adecuados grados de punición por parte de los organismos jurisdiccionales del Estado. Los delitos de menor importancia, particularmente cuando son excarcelables y no media constitución de actor civil en el proceso penal, generalmente terminan en el insalvable destino de la prescripción.

Las dificultades que para la mayor parte de los sistemas penales latinoamericanos encierran las sanciones menores por parte del derecho penal, la poca eficacia de los efectos de la condena en los casos en que ésta se concreta, la escasa relevancia que tiene la pena para la recuperación del reo y su reinserción social, sumado a los costos del funcionamiento del sistema penal, terminan por diluir la tutela penal, a punto que no pocos juristas han llegado a pensar, con razón, en la conveniencia de *restringir el ámbito penal a los delitos más graves* y desplazar la sanción de esos delitos

menores —por llamarlos de alguna manera— al *derecho civil y al derecho administrativo*.³⁷

6. *Pocos incentivos para que el medio rectifique lo publicado, reconozca la inexactitud o se retracte. El sistema actual no genera mayores incentivos para que opere la retractación del medio o el reconocimiento por parte de éste de la inexactitud de lo informado*

Los esquemas de responsabilidad civil aceptados mayoritariamente se edifican con base en criterios subjetivistas (o, en algunos casos, como vimos, ultra – subjetivistas). Ello importa, en los hechos, un trato sobre protector para con los medios que se materializa, específicamente, en beneficios económicos evidentes, desde el mismo momento en que se trasladan los costes de posibles inexactitudes a los damnificados y se limitan las responsabilidades a supuestos raramente concretables, por montos que son muchas veces simbólicos, comparados con los parámetros de beneficio que aquellos obtienen de lo publicado.

Dentro de este contexto, el valor que tiene la retractación oportuna por el medio o el reconocimiento de la inexactitud de lo publicado igualmente oportuno, tiene escaso valor en materia civil. No enerva responsabilidades (aunque puede mitigar el efecto del daño hacia el futuro); no tiene valor de eximente; no brinda el más mínimo incentivo, dentro de la situación actual de privilegio que gozan los medios, para que éstos realicen dichas conductas.

Por tal motivo, pensamos que debería efectuarse un cuidadoso replanteo en esta materia, asignando efecto neutralizador o limitativo del daño a la rectificación oportuna e inmediata del informador, salvo casos de dolo.

37 Sobre el tema véase Bricola, Franco, “La riscoperta delle “pene private” nell’ottica del penalista”, *Busnelli–Scalfi, Le pene private*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1995, p. 27; Gallo, Paolo, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, Dott. A. Giuffrè, 1996. pp. 21 y ss., quienes participan de estas ideas requieren que se trate de casos en los cuáles el mero resarcimiento del daño aparezca como insuficiente para restablecer el equilibrio alterado por el ilícito y que el recurso de la tutela penal pueda resultar excesivo o ineficaz.

7. Rechazo injustificado y absoluto de medidas preventivas judiciales, necesarias e indispensables en materia de tutela de los derechos personalísimos

Existe una tendencia dominante que, con argumentos objetables, rechaza drásticamente toda medida preventiva de carácter judicial, inclusive en supuestos de particular gravedad, orientada a impedir la lesión a derechos humanos personalísimos por la actividad de los medios. Se invoca, en apoyo de estas ideas, la prohibición constitucional de censura previa que, según tal cosmovisión, comprendería también dichos supuestos.

Hemos formulado nuestro reparo a esa interpretación, que requiere de prudentes matizaciones y de una visión más flexible.³⁸ Razones de extensión impiden volver sobre el tema.

Esta situación deviene tanto más preocupante cuando se la inserta dentro del contexto fáctico actual: procesos judiciales dilatados, vejatorios para el justiciable, idóneos para dismantelar los efectos de no pocos ilícitos cometidos por medio de la prensa y actitud absolutamente reticente de la mayor parte de los medios para permitir el ejercicio oportuno del derecho de réplica.

8. La presión que ejercen los medios de prensa sobre los magistrados y sobre la dirigencia política, en general

Debe aquí ponderarse otro dato de la realidad que incide negativamente en el equilibrio de intereses comprometido: La enorme presión que los medios de prensa y sus operadores jurídicos —que existen y no siempre ponen en claro tal condición a la hora de emitir sus opiniones— realizan sobre legisladores y jueces y, en general, sobre toda nuestra dirigencia política, procurando alcanzar los objetivos que mejor se adecuan a sus intereses económicos.

Los medios hacen noticia de todo aquello que se oponga a sus conveniencias, presentando frecuentemente a magistrados o legisladores que, a veces sensatamente, propician soluciones correctas, como incursos en procedimientos reñidos con la libertad de prensa y la democracia. Descalifican toda posición en contrario a su conveniencia económica, presentando como

³⁸ Véase Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, cap. XV.

algo natural en los tiempos que corren a sus pretensiones sin sustento de responsabilidades acotadas, que terminan, como lógica consecuencia, gestando un ámbito de impunidad que día a día parece consolidarse. Nuestra desacreditada dirigencia política no parece dispuesta a pagar el enorme costo que genera enfrentar a tan poderoso adversario. Las mismas conclusiones parecerían proyectarse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en muchos aspectos relacionados con este tema ha perdido, hace bastante tiempo, el rumbo correcto, deslumbrada por doctrinas extranjerizantes que poco tienen que ver con la realidad.

9. *Lentitud vejatoria de los procesos judiciales*

Queda, para el final, lo que quizás debería ser lo primero: las fallas del sistema se potencian por la lentitud vejatoria que tiene el sistema judicial para dar respuesta a los conflictos. El tiempo siempre juega en contra del agraviado. Ningún remedio judicial, cualquiera sea su naturaleza (indemnización pecuniaria, reparación *in natura* o por equivalente no dinerario, derecho de réplica, rectificación o respuesta) tiene eficacia cuando llega varios años después de producido el agravio.

Lamentablemente esto es lo que sucede en forma casi inexorable, y representa un elemento decisivo a la hora de trazar el diagnóstico poco alentador que se presenta en la actualidad.

III. LAS NUEVAS VERTIENTES DE PENSAMIENTO EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. EL DESENCANTO POSTERIOR A *NEW YORK TIMES vs. SULLIVAN*

1. *Los intentos de revisión de la doctrina New York Times vs. Sullivan en los Estados Unidos de América*

En los Estados Unidos de América algunas voces importantes han alertado sobre los inconvenientes y riesgos que se advierten en la hora actual y, por tal motivo, han propuesto mitigar los alcances de la doctrina *New York Times vs. Sullivan*. Uno de los miembros de la Corte que suscribió dicho fallo, el juez J. White, por ejemplo, luego de efectuar un profundo replanteo de la cuestión, ha cambiado su opinión sobre dicha

regla,³⁹ alarmado por los resultados disvaliosos a los que ella ha conducido. White sostiene ahora que debería admitirse que un funcionario público o una figura pública obtenga sentencia favorable en juicios de libelo, sin necesidad de probar la actual malice del medio, si solamente demanda daños nominales (*nominal damages*) o daños compensatorios (*compensatory damages*).

Este magistrado recuerda que la regla fue establecida para proteger a los medios, especialmente frente a daños punitivos (*punitive damage*), mas no para crearles un ámbito de impunidad. Y señala que, en los hechos, la regla Sullivan puede devenir pernicioso, no sólo para el agraviado, *sino también para el derecho de toda comunidad a estar bien informada*, ante el riesgo de que se suministre como práctica información falsa sobre funcionarios públicos o sobre personajes públicos, a sabiendas de que por las dificultades propias que encierran los procesos de libelo y la demostración de la real malicia, difícilmente éstos accionarán judicialmente.

Un enfoque bastante próximo al anterior, ha sido sustentado por Ronald Dworkin. Este autor, coherentemente con las ideas liberales que profesa, se muestra partidario decidido de la doctrina *New York Times vs. Sullivan*, a la que considera indispensable para asegurar la libertad de prensa.

Sin embargo reconoce los serios desfasajes que ella puede provocar si no se le ponen límites razonables.

Dworkin señala que, a su criterio, sería más conveniente enmendar la regla *New York Times vs. Sullivan* en forma distinta y de manera más comprensiva que la que propone White. Muchos estados, dice, incluido California, tienen estatutos que prevén que si un diario es demandado por falsedad, al haber difamado, y en forma oportuna se retracta, dicha retractación es considerada una defensa adecuada contra toda demanda por daños punitivos. Esa estrategia podría ser expandida e introducida en la primera enmienda como una valiosa regla.

Conforme a ello, expresa Dworkin, una figura pública que se proponga accionar por difamación, debería primero exigir al medio una oportuna retractación o la publicación de una razonable contestación por él preparada. Si el medio se negare a ello, el agraviado podría demandar y obtener una compensación si persuade al jurado de que toda la evidencia que citó al tiempo de exigir al medio la retractación o la publicación de su contestación, revela que la publicación en cuestión era falsa:

39 En la causa *Dun & Badstreet vs. Geenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985).

Este tipo de regla tendría claras ventajas. Supongamos que fuesen adoptadas. Si la retractación o la contestación fuese publicada, entonces la inquietud de White respecto de que la información pública pueda ser corrompida por falsa información, quedaría diluida. En caso contrario, cualquier figura pública tendría oportunidad de defenderse en la Corte, con menor rigidez que en la actualidad. Hay en todo esto una gran diferencia respecto de las reglas vigentes: en la actualidad, en caso de duda, el funcionario público debería perder el juicio. Con las reglas que proponemos, debería ganarlo porque la prensa no debería denegar a la víctima la oportunidad de acreditar que lo publicado no es verdad.⁴⁰

IV. NECESIDAD DE BUSCAR NUEVAS BASES PARA UNA TUTELA EQUILIBRADA Y EFECTIVA DE LOS DERECHOS QUE HACEN A LA DIGNIDAD DE LA PERSONA

Estamos convencidos de que las soluciones clásicas que ha forjado el derecho continental europeo y latinoamericano, incluido el argentino, en esta materia, están superadas y que requieren de una necesaria reformulación, que posibilite un equilibrio más razonable entre los derechos en conflicto.

Quien resulta damnificado por una publicación inexacta o agravante, lesiva para su dignidad, requiere de soluciones prontas, eficaces, idóneas para neutralizar los efectos de la acción dañosa ya iniciada. Este tipo de remedios tienen importancia sensiblemente mayor que los que ofrecen las tradicionales vías resarcitorias, que en el contexto actual tienen una relevancia relativa y un valor que se diluye con el correr de los años de litigio.

Las respuestas deben transitar *más allá de los esquemas tradicionales de responsabilidad civil que* —sin ser abandonados— requieren de una necesaria complementación, acorde a las particularidades que tiene la materia y a la índole e importancia de los derechos comprometidos.

Dentro de este orden de ideas, estimamos que podría resultar de suma utilidad:

- 1) Asignar a la retractación oportuna y al reconocimiento igualmente inmediato por parte del medio de la inexactitud de lo publicado, valor de circunstancia sobreviniente, neutralizadora o limitativa de responsabilidad civil.

40 Dworkin, Ronald, *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996 p. 193.

- 2) Abrir las puertas a la acción declarativa de inexactitud o falsedad, a la que haremos mención en el punto siguiente. Esta acción tiene basamento normativo en la mayor parte de las legislaciones contemporáneas, emanada de la esencia misma de los derechos a la intimidad, al honor, a la identidad personal y a la propia imagen, ésta podría resultar de gran utilidad en el futuro.
- 3) Reconocer un régimen de penas privadas para los medios que incurran en graves inconductas y, particularmente, para aquellos que desconozcan injustificada y deliberadamente el ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta por el agraviado y para quienes obtengan beneficios lucrativos derivados de publicaciones agraviantes.
- 4) Admitir en supuestos de excepción, con mucha prudencia, medidas de prevención judicial (prohibición de publicación temporaria o definitiva, total o parcial) orientadas a evitar o hacer cesar un atentado grave, arbitrario y manifiesto contra la intimidad, el honor o la imagen de una persona.
- 5) Implementar vías adecuadas que posibiliten máxima celeridad a este tipo de procesos.
- 6) Revitalizar los mecanismos de autocontrol de los medios de comunicación, a través del cumplimiento de los deberes de ética que impone la actividad periodística que son frecuente y voluntariamente aceptados por las entidades que nuclean a editores, periodistas, y a las propias empresas informativas. Si la ética es indispensable en cualquier profesión, lo es mucho más en aquella que tiene como misión informar la verdad.

V. LA ACCION DE DECLARATIVA DE FALSEDAD (INEXACTITUD) DE LA INFORMACION PUBLICADA

1. *Planteo de la cuestión. Importancia*

La acción declarativa de falsedad (inexactitud) de la información puede constituir un remedio jurídico de suma utilidad, cuya importancia ha pasado casi desapercibida para la doctrina nacional. No así en otros países, especialmente España, en donde se han producido algunos estudios de im-

portancia en torno a ella, como remedio jurídico civil *frente a informaciones strictu sensu (noticias) objetivamente inexactas*.⁴¹

A través de ella se persigue neutralizar los efectos de una información objetivamente inexacta, lesiva para derechos que hacen a la dignidad de la persona, mediante la declaración en sede judicial de que la misma asume aquél carácter y de la consiguiente publicidad del decisorio. Opera, de tal modo, una suerte de cesación y neutralización de los efectos lesivos de la acción que proyecta sus efectos hacia el futuro.

Repárese la importancia significativa que tiene esta acción para la tutela de la dignidad humana del protagonista de la información, independientemente de otros posibles remedios civiles defensivos o resarcitorios, alcanzados por reglas y principios no coincidentes. Aquí no está en juego la responsabilidad civil o penal que eventualmente pueda emerger de dicha inexactitud, ni tampoco el grado de mayor o menor diligencia puesto por el medio a la hora de emitirla. Se procura, tan solo, obtener en sede judicial una declaración de que la información emitida por el medio no se adecua, objetivamente, a la realidad, esto es, es inexacta. Cualquiera sea la causa de dicha inadecuación entre la realidad fáctica y lo publicado. Esto presupone, por ende, ubicarnos en el plano de la información de hechos (noticias o informaciones *strictu sensu*) descartando toda invocación de esta acción en el plano de las injurias formales o en los casos de expresión de ideas y opiniones.

Desde el punto de vista del medio, al no estar en discusión su responsabilidad civil o penal, las cuestiones relativas al factor de atribución y a la eventual invocación de la doctrina de la real malicia (y a sus pretendidas implicaciones constitucionales) pierden relevancia. Insistimos en que no se procura aquí sancionar al medio por una publicación inexacta o agravante, sino tan sólo poner al descubierto la verdad objetiva de los hechos. La pretensión resarcitoria, que es independiente de que me ocupa, se rige por reglas y principios distintos. Desde esta perspectiva, la cuestión se presenta menos gravosa para los medios, desvaneciéndose en torno a ella buena parte de los argumentos subjetivistas o ultrasubjetivistas esgrimidos a la hora de analizar las secuelas civiles y penales de la responsabilidad. Así las cosas, ningún agravio económico puede, razonablemente, experimentar el medio frente a una sentencia que declara la inexactitud de lo publicado. Éti-

41 Sobre el tema, Pantaleón, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, España, 10 de mayo de 1996, pp. 1 y ss. y “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, 1996, pp. 209 y ss.

ca y jurídicamente, el medio tiene el deber de reconocer dicha inexactitud.⁴² Para toda la comunidad, que tiene derecho a estar bien informada —y más todavía— a no ser *desinformada*,⁴³ los beneficios que apareja esta acción también son trascendentes: ella permite conocer con mayor exactitud la veracidad de los hechos publicados a diario en los medios de prensa y ponderar, como corresponde, las inexactitudes en que ellos puedan eventualmente incurrir. Las inexactitudes no obedecen necesariamente a dolo o culpa; también, a fallas en la organización informativa, o a contingencias propias de la actividad, entrañablemente ligadas a la noción de riesgo de empresa, cuya ponderación puede resultar de suma utilidad para el consumidor de información. En uno y otro supuesto hay inexactitud y nada debe impedir que la verdad sea puesta en evidencia ante los ojos de toda la comunidad.

42 Pantaleón, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, España, 10 de mayo de 1996, pp. 1 y 2), con la agudeza que lo caracteriza, muestra la razonabilidad del remedio que analizamos, a través de un delicioso ejemplo: “Antonio va a almorzar aun restaurante y cuelga su abrigo en una de las perchas, la primera a la derecha, de un perchero del local. Luego entra Pedro, que cuelga el suyo, en apariencia igual al de Antonio, en una percha diferente, la primera a la izquierda del mismo perchero. Un camarero con prisa tira los abrigos al pasar, y vuelve a colocarlos en el perchero, situando el abrigo de Pedro en la percha que Antonio había colgado el suyo. Termina Antonio de comer, sale del restaurante llevándose con la mejor buena fe el abrigo de Pedro, vuelve a su oficina y lo cuelga en su armario sin apercibirse del error. ¿Procedería condenar a Antonio por hurto? Imaginemos que el suceso provoca un serio perjuicio económico a Pedro, porque, por ejemplo, llevaba en un bolsillo de su abrigo un documento irremplazable e imprescindible para cerrar esa tarde una beneficiosa operación de conclusión inaplazable. ¿Debería ser Antonio condenado a indemnizar a Pedro el daño en cuestión? En fin, ¿Debería Antonio devolver a Pedro su abrigo?” Dice Pantaleón que él da por seguro que existirá consenso en general respecto de que Antonio no podrá ser condenado por hurto y que tampoco tendrá que responder civilmente por los daños sufridos por Pedro. Pero nadie dudará que deberá devolverle el abrigo. La buena fe de quien posee una cosa ajena, en nada obsta a su obligación de restituirla ni a la acción reivindicatoria del verdadero dueño. Trasladada la cuestión al ámbito de la protección del honor, frente a agresiones derivadas de informaciones objetivamente inexactas, dice Pantaleón, la cuestión transita por similar razonamiento. El honor de una persona, por ejemplo, no puede merecer una protección inferior a la de su abrigo. Ante una información objetivamente inexacta, cualquiera sea la causa de la inexactitud, podremos discutir si el medio debe o no responder civil o penalmente, a tenor de las mayores o menores exigencias que requiramos para ello. Puede discutirse, en mayor o menor medida, si el medio debe o no indemnizar al agraviado. Lo que no será controvertible es que pesa sobre el medio la obligación de “devolver” al protagonista de la información su honor mancillado, por la información inexacta, a través de la pertinente publicación de la inexactitud.

43 Riesgo que se potencia, curiosamente, frente a construcciones sobre protectoras de los medios, como la doctrina de la real malicia, que termina operando como una válvula de cierre de muchos litigios potenciales, por dificultades probatorias.

Desde otra perspectiva, la acción que nos ocupa presenta una proyección todavía más importante: contribuye a robustecer la libertad de prensa, que *hoy más que nunca debe estar edificada en torno a la credibilidad de los medios de prensa antes que en actitudes marcadamente corporativas, que abundan a diario, frente a la más mínima condena judicial*. La decisión judicial que declara la inexactitud de lo publicado representa no sólo un medio idóneo para neutralizar los efectos de una acción lesiva ya iniciada, sino también un duro golpe a la credibilidad del medio y un instrumento idóneo para asegurar una competencia transparente en el mercado de la comunicación de informaciones.

La acción, en consecuencia, se inserta como un instrumento de suma importancia para la defensa de los derechos humanos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona, dentro de un esquema doctrinario y jurisprudencial que en forma mayoritaria, predica en forma generalizada e inconveniente, sin ningún tipo de reserva, que toda información objetivamente falsa, si es contrastada con debida diligencia, goza de protección constitucional frente a derechos como el honor o la identidad personal.⁴⁴

2. Naturaleza jurídica

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la acción declarativa de falsedad? En mi opinión, razones de prudencia llevan a emplazarla en el ámbito de las vías de neutralización o de cesación de los efectos de una acción lesiva ya iniciada y como un contenido indispensable para la satisfacción de derechos humanos básicos como son los ligados a la personalidad (intimidad, honor, imagen, identidad personal).

44 Pantaleón, “La Constitución, el honor y unos abrigos”... *cit.*, señala que hace varios años un periódico italiano había publicado una penosa noticia, que daba cuenta que un padre abusaba sexualmente de su pequeña hija, cuando en verdad, la niña padecía de un raro cáncer anal. A causa de tales apariencias, el médico había sospechado el ataque sexual al examinar a la niña, comunicando sus sospechas a la policía y la justicia. Los medios publicaron tomando como referencia las fuentes policiales. Supongamos, dice jurista español, que el medio hubiera cumplido con su deber de diligencia profesional al contrastar la información. Si tal situación pudiese ser considerada suficiente “para desestimar la pretensión del padre de que el periódico publicara que lo relatado sobre él era falso —o de que un juez declarase en una sentencia la falsedad de tal información y obligara al propietario del periódico a publicar dicha sentencia a su costa— merecería el calificativo de payasada iuris, si no fuera porque su gravedad excluye cualquier broma al respecto”.

A través de ella se procura, técnicamente, más que una reparación del daño ya producido (la declaración de inexactitud no borra el agravio ya producido del mundo de los hechos, ni lo resarce plenamente desde el mismo momento en que no lleva implícita ninguna valoración de la conducta del informador ni del daño), una neutralización de los efectos futuros de una acción lesiva ya iniciada.

Todo lo relativo a la reparación del daño, cualquiera sea la forma y modo en que opere la misma, constituye una cuestión diferente, alcanzada por principios distintos.

Para neutralizar los efectos de una información inexacta, a través de la acción que me ocupa, alcanza con el reconocimiento en sede judicial de dicha inexactitud. En cambio, para que opere la responsabilidad del medio, inclusive en especie o por equivalente no dinerario, es menester un juicio valorativo distinto, que transita por parámetros no coincidentes .

No desconozco que con sólidos argumentos, podría sostenerse que este remedio tiene carácter defensivo y también reintegrador de los derechos conculcados. Si bien la idea no parece en modo alguno desacertada, ni incompatible con el carácter neutralizador que se le asigna, razones de prudencia llevan a emplazar esta acción en un ámbito *distinto* del resarcitorio. Finalidad perseguida: evitar que por vía de su encuadramiento como mecanismo de reparación en especie, sea alcanzada por los principios que predominan en la jurisprudencia argentina y comparada sobre la responsabilidad civil de los medios y, por ende, se termine exigiendo a quien sólo pretende que se declare la inexactitud de lo informado, la acreditación de la real malicia del informador, o al menos de su culpabilidad. De ocurrir esto último, la acción pierde toda su eficacia.

3. Bases normativas

¿Dónde emplazar las bases normativas de esta acción?

En Argentina, parece que dicha base normativa se integra con:

- a) El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuanto consagra el derecho de toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en su vida privada, o ataques ilegales a su honra o reputación, consagrando que en tales supuestos, tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques. La acción de-

clarativa de inexactitud constituye una vía específica orientada a tales fines.

- b) El artículo 17 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos y artículo 16 de la Convención sobre los derechos del niño determinan una solución similar.
- c) Artículo 1071 *bis* del Código Civil, que protege el derecho a la intimidad, cuya interpretación estricta en dicha materia y analógica en lo que hace a menoscabo a otros derechos personalísimos, permite la adopción de medidas de cesión de la acción dañosa ya iniciada.

En la inmensa mayoría de los países de Europa continental y de Latinoamérica, existen también normas similares, que consagran de manera expresa, inclusive con proyección constitucional en algunos casos, el pleno reconocimiento al derecho a la intimidad, al honor, la propia imagen y la identidad personal.

Aceptada la existencia de tales derechos, y su emplazamiento en una dimensión superlativa en la estimativa jurídica, surge de manera inequívoca la viabilidad de esta acción como contenido del derecho, o lo que es igual, como vía instrumental que posibilita satisfacer su objeto y finalidad.

4. *Ámbito de aplicación*

La acción declarativa de inexactitud, tal como la hemos insinuado, tiene en el ámbito de la tutela del honor y del derecho a la identidad personal frente a noticias inexactas su campo de actuación más relevante. Nada impide, que pueda ser ejercitada en casos de lesión a la imagen o, inclusive, a la intimidad. En todos los casos, los efectos son similares: acreditar, a través de un proceso judicial sumario, que la información lesiva para dichos derechos es objetivamente inexacta.

Por razones obvias y dada la naturaleza de este tipo de publicaciones, no es aplicable en el campo de la expresión de ideas u opiniones, aun cuando puedan resultar agraviantes. Exactitud y inexactitud, verdad o falsedad son nociones predicables solamente de hechos, informaciones sobre hechos (noticias) y no de ideas y opiniones.

5. Diferencias con otras figuras

La acción de declaración de inexactitud difiere de otras figuras, sin que esto importe desconocer las importantes conexiones que pueda, en muchos casos, existir.

Se distingue de la *responsabilidad civil*, desde el mismo momento en que a través de la declaración de inexactitud no se procura alcanzar la reparación del perjuicio sufrido por la víctima, sino meramente neutralizar los efectos de una acción lesiva ya iniciada, deteniéndolos hacia el futuro. Esta diferencia nítida de emplazamiento, lleva a otra mayor que vale la pena reiterar: para la acción que nos ocupa, no es menester acreditar culpa o dolo del informador, ni la presencia de un daño resarcible. Basta la mera inexactitud, sin ningún tipo de connotación valorativa. Esto permite entender la diferencia que existe entre la publicación de la sentencia que declara la inexactitud de lo informado de aquella otra que contiene un pronunciamiento jurisdiccional en el que el Tribunal se pronuncia sobre la responsabilidad del medio.

Con el *derecho de réplica, rectificación o respuesta*, las diferencias son también evidentes: en tanto la respuesta emana del propio agraviado y constituye un medio instrumental que le posibilite acceder al medio para dar “su” versión de los hechos, con relativa fuerza de convicción frente a terceros, la declaración de inexactitud procura un pronunciamiento judicial que en forma concreta se pronuncie sobre la falsedad objetiva de lo publicado. Ambos institutos operan en el plano de las medidas de neutralización del daño futuro, aunque con efecto e intensidad diferentes.

Con la publicación de la retractación del ofensor, las diferencias son todavía más perceptibles, pues en la retractación encontramos un acto de reconocimiento del agraviado del carácter agravante de su afirmación, quien se desdice de lo expresado. Notas que no advertimos en la sentencia que declara la inexactitud de lo publicado, que emana de un organismo jurisdiccional y no contiene ningún tipo de estimación valorativa respecto a la conducta del sujeto de quien emana la información.

6. Efectos

La acción sólo persigue, como se ha dicho, que se dicte un pronunciamiento en sede judicial que declare que la información emitida por el me-

dio ha sido inexacta. Nada más que eso. No importa, por ende, ninguna declaración acerca de la responsabilidad del medio, ni sobre los posibles daños. Más todavía: ni siquiera acerca de las causas (justificables o no) que pudieron haber motivado la inexactitud.

El medio puede ser condenado a publicar el decisorio que declara la inexactitud de lo informado, siendo aplicables en esta materia, por analogía, las mismas consideraciones vertidas en oportunidad de analizar la publicación de la sentencia como forma de reparación por equivalente no pecuniario. Remito a lo allí expuesto.

7. Vías procesales

La índole de la acción de declaración de inexactitud y la entidad de los valores comprometidos, determinan la conveniencia de aplicar las vías procesales previstas por las distintas legislaciones de forma para procedimiento sumario, de suerte que se conjuguen armónicamente las exigencias de celeridad procesal que derivan de la índole de los intereses comprometidos y el pleno respeto del derecho de defensa del medio demandado.

VI. CONCLUSIONES

- A. Los derechos personalísimos (intimidad, honor, imagen, identidad personal), que hacen a la esencia misma de la dignidad humana, no alcanzan en nuestros días una tutela eficaz frente a las agresiones que experimentan a raíz de noticias o informaciones inexactas o agraviantes emitidas por medios de comunicación social.
- B. Dicha situación de desequilibrio produce efectos perniciosos y sus secuelas nocivas son claramente perceptibles cuando se formula un juicio valorativo disociado de la defensa de intereses corporativos, idóneos para distorsionar la realidad.
- C. Entre los factores relevantes que inciden negativamente en la protección de los derechos personalísimos, destacan:
 - a) La recepción de doctrinas fuertemente tutelares para los medios de prensa que no siempre cuentan con bases normativas suficientes.
 - b) El desconocimiento sistemático por numerosos medios de prensa de instituciones relevantes como el derecho de réplica.

- c) La falta de normativa adecuada para sancionar ilícitos lucrativos.
 - d) La escasa incidencia disuasiva de la condena penal, que raramente se concreta.
 - e) Pocos incentivos para que el medio rectifique lo publicado, reconozca la inexactitud o se retracte con celeridad.
 - f) Rechazo injustificado y absoluto de medidas preventivas judiciales, necesarias e indispensables en materia de tutela de los derechos personalísimos frente a informaciones inexactas o agraviantes.
 - g) El accionar corporativo de las principales entidades que nuclean a los medios de comunicación social y la presión que ellos ejercen sobre los magistrados y sobre la dirigencia política, en general.
 - h) La Lentitud vejatoria de los procesos judiciales.
- D. Quien resulta damnificado por una publicación inexacta o agraviante, lesiva para su dignidad humana, requiere de soluciones prontas, eficaces, idóneas para neutralizar los efectos de la acción dañosa ya iniciada. Este tipo de remedios tiene importancia sensiblemente mayor que aquella que ofrecen las tradicionales vías resarcitorias, que en el contexto actual tienen una relevancia relativa y un valor que se diluye con el correr de los años de litigio.
- E. Las respuestas deben *transitar más allá de los esquemas tradicionales de responsabilidad civil* que —sin ser abandonados— requieren de una necesaria complementación, acorde con las particularidades que tiene la materia y a la índole e importancia de los derechos constitucionales comprometidos.
- F. Podría resultar de suma utilidad:
- a) Asignar a la retractación oportuna y al reconocimiento igualmente inmediato por parte del medio de la inexactitud de lo publicado, valor de circunstancia sobreviniente, neutralizadora o limitativa de responsabilidad civil.
 - b) Abrir las puertas a la acción declarativa de inexactitud o falsedad
 - c) Reconocer un régimen de penas privadas para los medios que incurran en graves inconductas, particularmente para aquellos que desconozcan injustificada y deliberadamente el ejercicio del derecho de réplica, rectificación o respuesta por el agraviado y

- para quienes obtengan beneficios lucrativos derivados de publicaciones agraviantes efectuadas con dolo o culpa grave.
- d) Implementar vías adecuadas que posibiliten máxima celeridad de los procesos judiciales relativos a estas cuestiones.
- G. El sistema debe reafirmar el valor y la trascendencia superlativa que deben tener, en la estimativa jurídica, a la luz de la Constitución, los derechos personalísimos que hacen a la dignidad de la persona humana.