

Derecho a la información

Cátedra: Loreti

Profesor: Víctor Pesce

Teórico: 9

Fecha: 02/11/2009

La responsabilidad civil de la prensa

Mi nombre es Víctor Pesce, yo soy el otro JTP de la cátedra, el que no conocían masivamente.

La clase de hoy va a estar dedicada a la responsabilidad civil de la prensa.

Como ustedes saben y han visto con el profesor Loreti la clase pasada, no puede haber censura previa, tal como o señala con ese sentido categórico el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 13; no puede haber censura previa aunque sí caben responsabilidades ulteriores, es decir posteriores, por cualquier medio. Estamos hablando de la responsabilidad ulterior de la prensa. A propósito de esto hay que decir que no hay delitos ni ilícitos de la prensa, no hay ninguna ley en Argentina que diga que los haya. En todo caso, al haber responsabilidades ulteriores, los delitos o ilícitos se cometen *a través* de la prensa.

Estas responsabilidades pueden ser de dos clases: responsabilidad penal y responsabilidad civil. Ustedes vieron la clase pasada también los requisitos que postula el Pacto de San José de Costa Rica para la aplicación de las responsabilidades ulteriores en el país que ha suscrito el tratado, los requisitos que tiene que aplicar o seguir dicho país en cuanto a la aplicación de las responsabilidades ulteriores. Estos son los principios de legalidad, de necesidad y de fin legítimo.

El principio de legalidad se remite a una ley de carácter formal, que pertenece al país en cuestión, que haya seguido los procedimientos normales, es decir, que haya salido del Congreso de la Nación. En nuestro caso tenemos el Código Penal, para las responsabilidades penales, y el Código Civil, para las civiles.

En la clase de hoy vamos a basarnos en la siguiente bibliografía obligatoria que ustedes tienen en el módulo 6:

MÓDULO 6 (UNIDAD 6):

- 1) LORETI, DAMIÁN: “Capítulo 3. Las Responsabilidades Ulteriores por el Ejercicio del Derecho a Informar y Opinar en Cuestiones de Interés Público”, en *América Latina y la libertad de expresión*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 2005.
- 2) VELJANOVICH, Rodolfo Diego: “Análisis del fallo de la CSJN ‘Ponzetti de Balbín, Indalia v. Editorial Atlántida S.A.’, del 11 de Diciembre de 1984 (Fallos, 306-1892)”

Además, hay una bibliografía recomendada que es:

Bibliografía recomendada:

- 3) LORETI, Damián: *El derecho a la información*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1995.

NOTA: Se utilizó además: BADENI, Gregorio, *Doctrina de la real malicia*, Buenos Aires, Academia Nacional de Periodismo, 2005, y BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO; Enrique Tomás, *El derecho a la libre expresión. Análisis de fallos nacionales y extranjeros*, La Plata, Librería Editorial Platense, 1997

Esto va a ser el apoyo bibliográfico del teórico de hoy.

En primer lugar, hay que decir que existe un problema para el derecho en relación con la responsabilidad civil de la prensa y es que resulta difícil deslindar entre derecho a la privacidad y derecho a la intimidad, que son las dos cuestiones a las que vamos a referirnos. Podemos ver que son dos palabras, que si apelamos al diccionario nos vamos a encontrar con cierta sinonimia entre ambas. Sin embargo, en el caso del derecho, es preciso deslindar una de la otra. Es ahí cuando hay una dificultad de las normas en el derecho positivo argentino para hacer esta distinción, esta frontera, ¿dónde acaba la privacidad y dónde comienza la intimidad? Vamos a comenzar entonces a deslindar esta cuestión.

En el análisis que hace el profesor Veljanovich del fallo Ponzetti de Balbín, que es paradigmático respecto de la cuestión de la privacidad y la intimidad en cuanto a una figura pública, encontrarán un rastreo importante de esta diferenciación. El doctor Balbín fue una figura muy importante en el Partido Radical de Argentina y los hechos tienen que ver con un periodista que lo fotografió cuando estaba agonizando en la sala de terapia intensiva de un nosocomio. El profesor Veljanovich recorre varias definiciones tratando de dilucidar la problemática del tema de la privacidad y la intimidad.

Nosotros vamos a comenzar con un recorrido somero. Vamos a comenzar con el artículo 19 de la Constitución Nacional que dice: “Las acciones privadas de los hombres

que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Es lo primero con que nos encontramos respecto a esta cuestión de la privacidad y la intimidad. La ley, respecto de las acciones privadas de los hombres, mucho no dice. El artículo 19 no habla de intimidad, habla de acciones privadas. Ahí tenemos un obstáculo para la cuestión hermenéutica del derecho. Ustedes saben que esto es fundamental en cuanto al derecho, porque es la interpretación a través de los fallos mediante la cual se dinamiza el derecho, es una interpretación concreta y una aplicación concreta sobre un caso concreto. Por eso fíjense que son tan importantes los casos, son como la columna vertebral del derecho. Entonces, ahí no se habla de acciones privadas. Por ejemplo, pensemos en un edificio de propiedad horizontal. Dentro del departamento, según la Constitución, podemos hacer cualquier cantidad de cosas que no afecten al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero. El artículo 19 nos protege de las puertas para adentro, siempre y cuando no ofendamos al orden ni a la moral pública. Podemos realizar “acciones reservadas a Dios”, en el caso en que creamos en Dios, desde ya. Hay aquí un fuerte indicio de cómo aún persiste la cuestión religiosa sin habérsela separado convenientemente del Estado en nuestra Constitución. Ahora bien, ahí tenemos una definición que pertenece a nuestra Ley Fundamental, pero sigue teniendo una cierta elasticidad, flexibilidad semántica, en el tema de la privacidad. Voy a mencionar a dos juristas que están citados en el texto de Loreti de 1995 llamado “Derecho a la información”. Uno de ellos es Norberto González Gaitano y el otro es Aurelia Romero Coloma.

González Gaitano introduce en lo privado y lo íntimo el concepto de lo público y dice: “En tanto la vida pública y la vida privada son términos relativos, la intimidad es una cuestión absoluta. El ámbito personal de lo secreto es infranqueable y no se puede acceder a él en tanto el interesado no renuncie a su dominio.” ¿Puede haber un interesado que renuncie a su origen, al dominio, a la propiedad que tiene ese involucrado sobre su vida íntima? Fíjense, González Gaitano hace una diferencia entre vida pública y vida privada como esferas relativas, en cambio la intimidad es absoluta. ¿Ustedes conocen algún ejemplo de personas que renuncien a este dominio de la intimidad?

Alumno 1 (alumna): Sí, los llamados “mediáticos” y sus peleas mediáticas en las que se dan a conocer sus intimidades. Las personas que entran en los *realities* como Gran Hermano.

Profesor: En cuanto al adjetivo “mediático” podemos decir que fue creado por los medios. “Mediáticos” siempre son los otros. En general es una acusación que se hace a otro desde un lugar en donde supuestamente no están involucrados los medios de comunicación, e incluso las personas que dicen que otro es “mediático” son personas que frecuentan los medios de comunicación. Incluso hay políticos que dicen con frecuencia que un determinado personaje adversario políticamente es “mediático”, cuando ellos frecuentan los medios y necesitan de los mismos para decirles “mediático”. La cuestión del *reality show* debemos dejarla momentáneamente de lado ya que podemos definirla como una transición más o menos momentánea hacia la fama, porque son personas anónimas las que buscan subir ese peldaño¹. Me refiero a los *realities* que no trabajan con famosos. Pero hay personas de reconocimiento público, cuya vida de famoso depende de ese acceso a su privacidad. Por ejemplo: ahí tienen los *paparazzi*; *paparazzi* es una palabra italiana, que se escribe igual en español y que remite a una función de la prensa, es suerte de moscardón-periodista que persigue el sensacionalismo con la privacidad de los otros. Ahora bien, a veces son fundamentales para la democracia. Fíjense el tremendo lío que ahora armaron en Italia los *papparazi*, revelando el despilfarro de los sentidos y despilfarro de los fondos públicos con señoritas de vida aireada, que hizo *Il Cavaliere*, que es como llaman en Italia al Presidente Berlusconi. De paso, digamos que se trata de otro Presidente al que no le gusta la libertad de prensa. En resumen, hay famosos que necesitan que les saquen fotos en privacidad, estos son los llamados mediáticos, entonces, que acceden a que los otros vean su privacidad. En consecuencia, en esos casos, volviendo a la definición de González Gaitano, el interesado ha renunciado a su dominio de su propia intimidad. Esas personas necesitan vivir de lo público para existir.

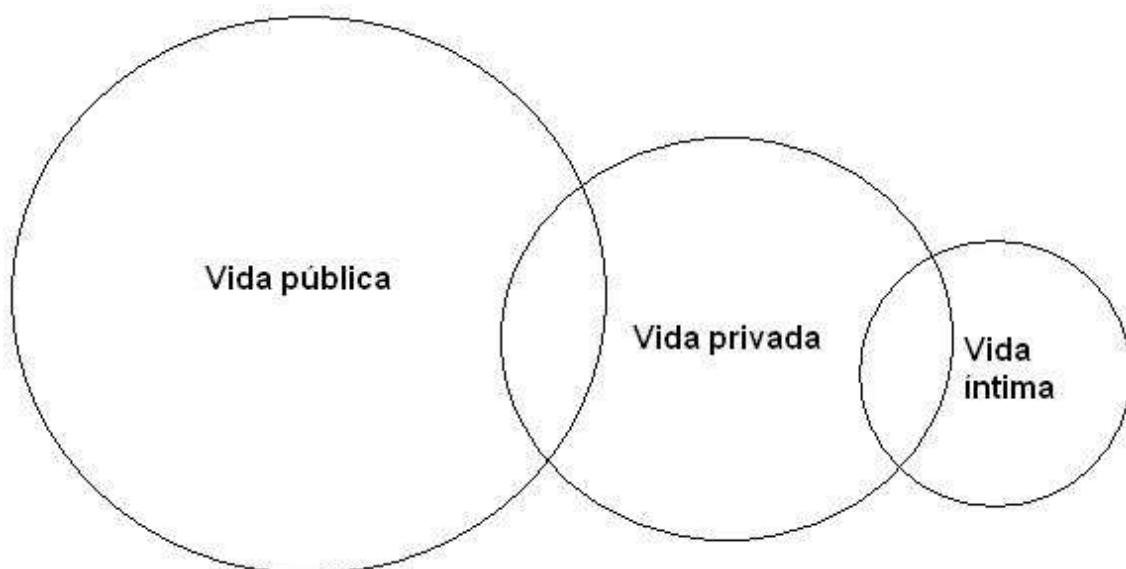
Aurelia Romero Coloma profundiza, por su parte, esta cuestión y dice que: “La intimidad consiste en preservar la libertad de la persona en lo íntimo”, por supuesto la descripción se refiere a todos los que no buscamos vivir de la fama. Pero, ¿qué ocurre con las figuras públicas que tienen responsabilidad en el Estado? Tenemos figuras de

¹ Son aquellos que buscan tener sus “15 minutos de fama”, como tan lúcidamente lo vaticinó Andy Warhol en los años '60: “En el futuro [nuestro presente] todos tendrán sus 15 minutos de fama”. Aprovecho para recordarles o anotarlos de la primera retrospectiva de Warhol en la Argentina, que se inauguró recientemente en el MALBA.

reconocimiento público y tenemos figuras públicas, que son conocidas públicamente, pero que tienen responsabilidad en el Estado. Existe una permanente inmovilidad de la frontera entre lo privado y lo público. Y podemos decir, como primera conclusión, que cuanto más vida pública se tiene más se resiente la vida privada. Entonces, en este punto, ¿cuáles son los límites de la vida privada de los funcionarios públicos? ¿Tienen derecho a la vida privada y a la posesión de la intimidad como cualquier otra persona?

Alumno: Sí, tienen derecho.

Profesor: ¿Los límites son los mismos que para cualquiera de nosotros? Voy a realizar un esquema para que quede un poco más aclarada esta cuestión:



Lo que podemos ver es que de la vida pública sale la vida privada, o se intersecta mejor dicho y, dentro de esta última, tenemos la vida íntima.

Veamos un ejemplo. Pasando por alto los grandes problemas de inseguridad de hoy en día. En un edificio de propiedad horizontal ¿cuáles son las zonas que corresponden a lo público? Son públicos la vereda del edificio, la entrada, el palier. Lo privado sería de las puertas de cada departamento para adentro. Y, dentro del departamento, la esfera íntima sería el baño o determinadas habitaciones.

Ahora bien, en el caso de los funcionarios públicos podemos decir que tienen derecho, como cualquiera de nosotros, a la privacidad y a la intimidad. Pero, a su vez, los funcionarios públicos tienen que someterse al derecho a la información, que es

sumamente beneficioso para la salud de la democracia, derecho que tienen todos aquellos en una comunidad democrática determinada, a conocer su vida pública y, la vida privada cuando está en relación profesional o comercial con las decisiones gubernamentales. Es decir que, en el caso de las figuras públicas, están más expuestas que el resto. Y mientras no se le puede pedir responsabilidad a aquellos famosos que se exponen deliberadamente al público, los funcionarios públicos deben informar acerca de su vida privada y de su vida pública a los gobernados, es una manera de debilitar la brecha entre gobernantes y gobernados, porque sus decisiones afectan a la salud de la democracia y a los ciudadanos o al sujeto universal, el cual tiene todo el derecho a acceder a esa información pública de carácter privado. Cuanto menor es el secreto de las decisiones gubernamentales más dinámica y funcional es la democracia. Entonces, es menos infranqueable la barrera entre lo privado y lo público en relación a los funcionarios gubernamentales. Fíjense, a veces se da un caso donde la persona famosa tiene, a su vez, responsabilidades gubernamentales, por ejemplo, Karina Rabolini que es la esposa del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, otro con fama previa, y que tiene una línea de ropa, perfumes y demás. Supongamos que el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires abre una licitación para darle anteojos a todos los docentes de la Provincia de Buenos Aires y esa licitación la gana Karina Rabolini. Esa licitación puede ser sospechosa de corrupción. Por eso es obligatorio que el gobernante permita el libre acceso a la información de su patrimonio. Este es otro ejemplo de cómo la diferencia entre lo privado y público de los funcionarios públicos tiene una movilidad constante. Aquí la diferencia entre lo privado y lo público es relativa. Por eso los funcionarios públicos están obligados ética y legalmente, y también desde el punto de vista del acceso a la información pública a dar a conocer sus propiedades, sus ganancias anuales y demás. Cuando no quieren darlas a conocer aparece la función importantísima del periodismo denunciando esa carencia, esa falta de información. De aquí provienen las llamadas leyes de desacato, que tienden a restringir la participación del periodismo como poder fundamental de la democracia en la vida privada de los gobernantes. Como otro ejemplo, hay que mencionar que el primer ministro de Suecia (que es una de las democracias más avanzadas) está obligado a exponer al público su correspondencia privada. Por supuesto que se tachan las frases o nombres que están referidos a su vida familiar o íntima, porque no hacen a lo público.

En este punto hay que remitirse a una frase de la jurisprudencia norteamericana que dice “*right to be let alone*” (“*derecho a ser dejado a solas*”) que significa el derecho a ser dejado a solas, y que está específicamente relacionada a el caso de Ponzetti de Balbín.

Aparte del artículo 19, debe haber una normativa que se refiera a esta cuestión que es la vida privada y la vida íntima. Con lo primero que nos encontramos es con el artículo 1071 bis del Código Civil que dice: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.” En estas últimas palabras se refiere específicamente a la prensa como un lugar donde se puede aplicar el resarcimiento después del fallo del juez. Entonces tenemos dentro de la normativa del derecho civil argentino el artículo 1071 bis.

También tenemos el artículo 31 de la ley 11723 que es la ley de propiedad intelectual que ustedes vieron con el profesor Lanzón. El artículo 31 se refiere a la imagen privada diciendo: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.” Este artículo dice que nosotros tenemos la posibilidad de elegir que esa imagen sea utilizada. Por ejemplo, cuando se nos pide un currículum con foto. Uno tiene todo el derecho de pensar que va a haber una interpretación aplicando un prejuicio respecto de la imagen. Pero si uno quiere acceder a ese trabajo hace la concesión de presentar el currículum con la foto. También es muy interesante el último párrafo de este artículo. Por ejemplo, en las facturas de algunos servicios como el teléfono o la luz vienen fotos de personas desaparecidas, como hace la ONG *Missing Children*, ¿verdad? Lo familiares de estas personas han concedido que se publiquen esas fotos para poder encontrarlos. Otro

ejemplo es que uno vaya a una manifestación, donde se saquen fotos y esas fotos sean publicadas en los medios. Hay casos concretos donde los jueces interpretan esto de una manera o de otra.

Por supuesto, todos nosotros conocemos querellas que se inician porque determinada foto de personajes famosos son publicadas en determinado lugar sin el consentimiento del famoso.

Podríamos decir que estas son las restricciones pautadas por la norma a la responsabilidad civil de los periodistas.

Me voy a referir ahora a casos en el derecho comparado. Hay un caso famoso en Estados Unidos que tiene que ver con la Doctrina de la Real Malicia. Es el caso llamado *The New York Times* contra Sullivan y es de 1964. Hablamos de derecho comparado porque este fallo de Estados Unidos va a crear la doctrina mencionada anteriormente. Una doctrina es un conjunto de normas o reglas a seguir. Este fallo va a tener repercusiones en Argentina, aunque tardías (recién en los años 90). En general los jueces argentinos van a ser reacios a la aplicación de la doctrina de este fallo por considerarlo foráneo. Pero ese fallo es el modelo respecto de la libertad de prensa y de la aplicación de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Ustedes saben que la Constitución de los Estados Unidos es paradigmática y una de las más avanzadas en relación a una democracia republicana. La Primera Enmienda es un agregado a la Constitución de dicho país, la cual fue ratificada en 1791 y dice: “El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente; o se coarte la libertad de palabra o de imprenta o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, y para solicitar al gobierno la reparación de agravios.” En Argentina la religión no está separada del Estado, eso lo vemos en la Constitución, la cual obviamente debe ser reformada nuevamente para separarlos, como hicieron los uruguayos, que han separado la Iglesia del Estado a fines del siglo XIX. La Primera Enmienda de los Estados Unidos coloca en un lugar privilegiado a la libertad de expresión. Por otro lado, es la fuente de la que va a surgir el artículo 32 de la Constitución Nacional, que dice que no se puede imponer jurisdicción federal sobre la libertad de prensa en otros estados o provincias. Volvamos a los años 60. Los negros luchan por sus derechos civiles, sobre todo en los estados sureños. Hay un líder en esta lucha que es Martin Luther King.

Volviendo al caso Sullivan. El diario *The New York Times* publica una solicitada con críticas severas a una represión policial que se ha dado en el Estado de Alabama, sobre

todo en el ámbito estudiantil. Sullivan es el comisionado encargado de la policía en Alabama, es decir que es un funcionario público. Éste demanda al diario y pide un resarcimiento, una gran cantidad de dinero, por ante el Estado de Alabama. Algunos hechos de la solicitada respecto de Sullivan son agraviantes e inexactos. Este proceso va a seguir ciertas etapas: comienza en Alabama y llega a la Corte Suprema de Estados Unidos, la cual resuelve que los funcionarios públicos no pueden obtener resarcimientos judiciales por la publicación de noticia inexactas, es decir, que resuelve a favor del diario, de la prensa. Esto es así, a no ser que el funcionario pruebe que hay real malicia (lo cual significa dolo, intención de cometer un delito, intención de hacer daño al otro) o falsedad por parte del medio involucrado. Y, además, debe probar la existencia de un grave desprecio o negligencia por parte del periodista para averiguar la verdad de los hechos que van a ser publicados. Entonces, en lugar de ser el periodista el demandado por el funcionario público, el que debe probar el daño es este último.

Alumno: ¿Qué es una solicitada?

Profesor: ¿En serio? Bueno, en fin... Despejando la ignorancia, podemos decir que una solicitada es una opinión, una intervención o interpretación firmada que se hace pública a través de un medio de comunicación. Puede ser institucional, de una empresa o de un conjunto de individuos respecto a un hecho determinado. Se paga el espacio del diario para la publicación de la solicitada.

Este es un fallo muy importante para la libertad de prensa, porque no es el periodista el acusado, de alguna manera es el funcionario público. De ahí viene la doctrina. La Corte Suprema de Estados Unidos sienta la doctrina. A Sullivan le resulta difícil probarlo, ya que debe probar por qué fueron agraviantes las acusaciones, por qué fueron inexactas y tiene que probar que, el periodista, sabiendo que la información era inexacta, la publicó igual. Piensen que si el funcionario recibe un resarcimiento, ciertamente es una severa restricción a la libertad de prensa. Por otro lado, con la velocidad de los cambios tecnológicos y la necesidad de la publicación de la noticia es muy difícil que el periodista corrobore la exactitud o inexactitud de los hechos. Es preferible que exista la libertad de prensa y no la restricción a la misma. Jefferson escribía en 1787, el mismo año de la Constitución estadounidense: “Si tuviera que decidir si debemos tener un gobierno sin periódicos o periódicos sin gobiernos, yo no vacilaría un momento para preferir el segundo régimen”. Ese es el espíritu de la Primera Enmienda. Pero en la Argentina, no. Acá la culpa la tienen siempre los periodistas, son absolutamente culpables de la pobreza, del mal funcionamiento de la Selección Nacional, etc.

La doctrina de la real malicia consiste en tres reglas:

- El funcionario público debe probar fehacientemente el carácter agravante de las impresiones vertidas y el daño que le ocasiona.
- Debe probar fehacientemente sobre la falsedad de las informaciones vertidas o formuladas.
- Tiene que probar fehacientemente sobre el dolo real o eventual.

El dolo eventual consiste en la aceptación previa por parte de una persona de la posibilidad de que se produzca una determinada consecuencia. Por ejemplo, la preparación de determinados autos comunes para las famosas picadas, como para desarrollar una velocidad no en una pista de carrera. Eventualmente puede cruzarse una persona y morir atropellada por este automóvil. La persona que adapta el auto a esas condiciones de vehículo de carrera para correr picadas en una calle cualquiera de la ciudad eventualmente sabe que puede provocar un daño. Entonces, el funcionario debe probar que el periodista conocía la falsedad de la información y debe probar que se mantuvo despreocupado o negligente para chequear si era falsa o no la noticia que estaba publicando.

Esta doctrina fue resistida en Argentina hasta los años 90, como les mencioné anteriormente, y el primer caso donde se da por sentado el reconocimiento y la aceptación de esta doctrina es el caso de Morales Solá que estarán viendo en las próximas clases. Como ustedes saben Joaquín Morales Solá es periodista de *La Nación* y uno de los periodistas más “preferidos” de l actual gobierno. Los hechos de este caso remiten al período que va de 1983 a 1989. Si bien podría ser pertinente la doctrina de la real malicia se dice en el fallo que no se puede aplicar en esas circunstancias y se falla a favor del periodista por otras razones, por una cuestión formal.

Respecto de la jurisprudencia argentina hay una doctrina llamada doctrina Campillay, que es un caso de la corte de 1986. Esta doctrina no tiene ninguna relación con la doctrina de la real malicia. Y claro está no es una doctrina foránea o, como se dice, yanqui, sino bien argentinísima.

Un sucinto relato de los hechos nos dice que Julio César Campillay es un ex funcionario policial que le inicia una querrela a los diarios *La Razón* y *Diario Popular*. Pide un resarcimiento económico y los diarios fueron condenados civilmente a abonarlo, a raíz de la transcripción de un comunicado policial donde se lo involucra a Campillay en el tráfico de drogas, y donde se lee además que el dinero de las ganancias por el narcotráfico se dedicaba a gastarlo en el mundo de la noche, caballos y demás. El fallo

llega a la Corte, una vez que fue apelado por los diarios, y la Corte confirma la condena a los diarios y sienta la doctrina Campillay. La doctrina dice que el emisor de una información u opinión inexacta, incluso si es agravante aunque esté ajustada a la realidad, va a quedar exento de responsabilidad civil y penal si se adecua a alguna de las siguientes reglas:

- Debe atribuirse el contenido a una fuente pertinente que tiene que ser individualizada con precisión.
- Tiene que utilizarse un tiempo de verbo potencial y no afirmativo.
- Hay que dejar en reserva la identidad de los agraviados. Es decir que no se deben publicar sus nombres o cualquier otro dato que permita su individualización.

Evidentemente esta es una doctrina argentina, bien nacionalista y supone una cierta restricción de la libertad de expresión en el ámbito de la prensa.

Esto es todo por hoy. Ha sido un gusto. La próxima clase retorna el profesor Loreti.