



Libertad de expresión: protección y responsabilidades

Perla Gómez Gallardo

**Quito - Ecuador
2009**

Libertad de expresión: protección y responsabilidades.

© Perla Gómez Gallardo
2.000 ejemplares - Febrero 2008

ISBN: 978-9978-55-066-3
Código de barras 978-9978-55-066-3
Registro derecho autoral N° 030413

Portada

Mayra Cajilema

Impresión

Editorial "Quipus", CIESPAL
Quito-Ecuador

Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento del CIESPAL.

A

*Ernesto Gutiérrez y González
(In memoriam)*

*Alfredo Rivera, muestra ejemplar de la
congruencia y la amistad.*

*En reconocimiento al periodista y abogado
Miguel Angel Granados Chapa.*

INDICE

Introducción	13
Capítulo 1	17
Derechos humanos y derecho de la información	17
Derechos Humanos y Derechos Subjetivos	17
Historia de los Derechos Humanos	18
Derechos Humanos y Libertad Humana	25
Características de los Derechos Fundamentales	27
Teorías de los Derechos Humanos y Subjetivos	29
Derechos Subjetivos y Derechos Fundamentales	38
Clasificación de los Derechos Subjetivos	39
Derechos Fundamentales y Derecho Privado	41
<i>Drittwirkung</i>	42
Derecho de la Información, aspecto filosófico	52
La Información como objeto epistémico	53
Objetos y Sujetos de la Información	55
Características de los mensajes informativos	57
Desarrollo ideológico del Derecho de la Información	62
Concepción del Derecho de la Información	68
Derecho a la Información	75
Ciencia de la Información	77
El Derecho de la Información como ciencia	80
Principios de la Información	83
La función y el deber de informar	86

Capítulo 2	
Libertad de expresión y derecho de acceso a la información pública	95
Libertad de Expresión	95
Características de la Libertad	96
Evolución de la Libertad de Expresión	99
La Prensa	107
Funciones de la Prensa	111
Libertad de Expresión y Libertad de Información	114
Periodismo y Periodista	117
Concepto de censura. Agencias noticiosas	120
Veracidad y objetividad	123
Características de la objetividad	127
Características de la verdad y Libertad de Expresión	128
Democracia y medios masivos de comunicación	130
Derecho de Acceso a la Información	131
Concepto de Derecho de Acceso a la Información	132
Características del Derecho de Acceso a la Información	132
Indicadores y criterios en materia de Acceso a la Información	134
 Capítulo 3	
Derechos de personalidad y figuras públicas	145
Derechos de la personalidad	145
Derechos de personalidad y socialización	146
Clasificación de los Derechos de Personalidad	148
El ser de la modernidad y posmodernidad	149
Configuración de los derechos de la personalidad y responsabilidad	151
Concepto de Dignidad	160
Dignidad humana desde la filosofía del derecho	162
Desarrollo de la dignidad	163
Dimensión de la dignidad humana	168
Titularidad del derecho al honor	173
Honor, propia imagen, imagen humana	174

Vida privada e intimidad	177
Definición de vida privada e intimidad	178
Evolución del Derecho de la Intimidad	179
Conceptos doctrinales del derecho a la intimidad	180
Características del Derecho a la intimidad	182
Privacidad e intimidad	185
Relación de lo íntimo y lo público	187
Concepto de intimidad	192
Derechos de personalidad, libertad de expresión y acceso a la información	193
Derechos personalísimos	193
Libertad de expresión, honor e intimidad	196
Libertad de expresión y derecho a la intimidad	198
Derecho a la intimidad e información	199
Reconocimiento constitucional del derecho	201
Concepto de intimidad, dignidad, honor e información	205
Figura pública	207
Figuras públicas y su intimidad	212
Derechos fundamentales de figuras públicas	213
Político, su honor y vida privada	214
Tipos de figuras públicas	215
Presunción de intimidad en el político y tipo de presunciones en democracia	219
 Capítulo 4	
Protección y tipos de responsabilidad en el ejercicio de derechos	225
Protección de la persona humana	225
Posturas respecto a la protección de las personas	226
Teorías de protección de las personas	227
El daño a la persona, características	228
Daño moral y subjetivo. Derechos de personalidad	230
Fases históricas de la responsabilidad	232
Responsabilidad e Ilícitud	234
Principio de responsabilidad	235
Evolución de la Responsabilidad Civil	236

Concepto de acto ilícito	234
Derechos de Personalidad	244
Daño	246
Idea del daño	247
Daño general y resarcible	249
Cuantificación del daño	251
Concepto y características del daño moral	252
Teorías del Daño	261
Daño Patrimonial y daño moral	263
Daño patrimonial y extrapatrimonial	265
Reparación, resarcimiento y sanción	267
Uso abusivo del derecho	268
Criterios doctrinales sobre el abuso del derecho	269
Derechos subjetivos y abusos del derecho	270
Información inexacta	272
Protección civil y penal de la intimidad	273
Tipos de responsabilidad	274
Responsabilidad y Derecho de la Información	276
Responsabilidad desde el punto de vista informativo	280
Clases de responsabilidades informativas	280
Responsabilidad Penal	283
Delitos vs. el honor	283
Prevenir y castigar	286
Delitos Privados	288
Tipos de acciones civiles y penales	290

Capítulo 5

Comparación de derechos	293
Instrumentos Internacionales	294
Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789	294
Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948	296
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966	301
Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969	303

Otros Instrumentos Internacionales	308
UNESCO y Acceso a la Información	308
Declaración de Chapultepec, México 1994	310
Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión 2000	312
Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información 2003	316
Declaración de Santo Domingo "Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento" 2006	316
Primer caso de Acceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	317
Estados Unidos de Norteamérica	320
Libertad de prensa y derechos individuales en USA	320
Libertad de expresión y primera enmienda	321
Límites a los derechos fundamentales en USA	322
Primera enmienda en USA	324
Libertad de expresión y opinión en la declaración francesa	331
Derecho comparado en materia de intimidad y vida privada	334
Características de la información como límite a la intimidad	336
Jurisprudencia USA de la vida privada	337
Doctrina de la Corte USA y su influencia en Argentina	342
Criterios del tribunal constitucional	344
Evolución de jurisprudencias del tribunal europeo de derechos humanos	354
Libertad de expresión, derecho a la vida privada	357
Libertad de expresión e información	358
Vida privada e intimidad	359
Criterios de la Corte Argentina	360
 Capítulo 6	
Límites de los derechos fundamentales	367
Conformación y limitación a los derechos fundamentales	375
Tipos de límites a los derechos constitucionales	379

Jerarquía de derechos en la democracia	383
Ponderación de derechos, interés público	385
Restricción de los derechos fundamentales	386
Derecho a la información y figuras públicas	387
Derecho a la información y el límite de la intimidad	388
Derecho a informar y derecho a la intimidad	390
Medios de información y derecho a la intimidad	391
Veracidad e interés social como límite a la intimidad	393
Los límites de derecho a la intimidad	395
Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos	396
Límites y protección de derechos a figuras públicas	397
Uso abusivo del derecho a informar	398
Para la ingerencia en el ejercicio de derechos	400
Límites de derechos a funcionarios públicos	403
Real malicia	404
Derechos subjetivos, libertad de expresión y honor de funcionarios públicos	406

Capítulo 7

Alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información	415
Principios de derechos de personalidad de la figura pública	413
El derecho al honor, vida privada y la propia imagen como límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información	419
Límites en función del tipo de derecho	421
El caso de la Ley de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal	422
Análisis del Daño Moral en el Código Civil para el Distrito Federal antes de la reforma	426
Análisis de la Ley de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal	435
Deficiencia de la Ley	438
Propuesta de Ley respecto a los alcances y límites de la	439

libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figura públicas	
Contenido de la ley	439
Propuesta de ley	440
Implicaciones de la ley	453
Conclusiones	455
Fuentes de consulta	459

Introducción

La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas, es un tema que a raíz de la alternancia de poder en México y la diversificación y pluralidad en los canales de comunicación se ha convertido en tema nacional e internacional. Diversos han sido los casos que han llegado a tribunales (en vía civil y penal) a nivel de las Entidades Federativas y sobre todo del Distrito Federal.

Ante la falta de actualización de las leyes en materia civil y penal nos enfrentamos a una ambigüedad terminológica que termina perjudicando a las partes que concurren a dirimir sus derechos ante la autoridad, ahora, debido a la deficiente redacción se presentan casos de abusos de derechos tolerados y hasta permitidos por la propia ley.

Los objetivos del presente trabajo son: 1. Demostrar la necesidad de la construcción epistemológica de los alcances y límites de la libertad de expresión y derecho de acceso a la información frente a los derechos de la personalidad tratándose de figuras públicas. 2. Encontrar los principios y conceptos fundamentales que permitan hacer una nueva construcción de la concepción de Derecho de personalidad, acceso a información y libertad de expresión acordes con los estándares internacionales. 3. Demostrar el abuso que se ha hecho de la Acción de defensa de los derechos de personalidad como forma de coartar el ejercicio periodístico en detrimento de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, tratándose de sujetos públicos.

El derecho de la personalidad debe de ser matizado tratándose de sujetos públicos para robustecer los derechos de acceso a la información y la libertad de expresión. En la actualidad nos encontramos ante la incertidumbre del devenir sin la capacidad crítica para someter a evaluación y cambio las instituciones fundamentales que como sociedad hemos construido para la sana convivencia de los miembros que la integran.

Desde una perspectiva epistemológica se tratará de crear el marco teórico para argumentar acerca de los alcances y límites de la libertad de expresión y derecho de acceso a la información frente a los derechos de la personalidad tratándose de sujetos públicos.

1. Es necesario teorizar epistemológicamente sobre los alcances y límites del Derecho de acceso a la información y la libertad de expresión frente al derecho de la personalidad tratándose de sujetos públicos para su mejor aplicación.
2. Es necesario construir los alcances y límites del Derecho de acceso a la información y la libertad de expresión frente al derecho de la personalidad para evitar que se haga un uso abusivo del Derecho de Acción por parte de los sujetos públicos.

Tal es el caso del exceso en la responsabilidad penal de los delitos contra el honor, así como el cada vez más marcado uso lucrativo de las acciones para la reparación del daño moral.

Dentro de los métodos aplicados se iniciará con el Método Analítico, aplicándolo a las definiciones de los principales conceptos tales como Derecho de la Personalidad, Derecho de Acceso a la Información y Libertad de expresión, entre otros; para posteriormente aplicar el Método Sintético, haciendo modificaciones a los elementos que se considere no forman parte relevante de los conceptos, sustituyendo, suprimiendo o aplicando nuevos. (Inducción-Deducción), así como el método comparado al momento de explorar los instrumentos internacionales en la materia.

La presente tesis se compone de un preámbulo y siete capítulos mismos que se integran de la siguiente forma:

Capítulo 1. Derechos humanos y derecho de la información. Se inicia con el análisis de los derechos Humanos y Derechos Subjetivos a través de la historia y acompañado de las teorías clásicas y contemporáneas, se revisa el Derecho de la Información desde su aspecto filosófico y se determinan los alcances de la Ciencia de la Información.

Capítulo 2. Libertad de expresión y derecho de acceso a la información pública. Se precisan las características y evolución de la libertad de Expresión, la Prensa, Periodismo y Periodista, Democracia y medios masivos de comunicación para cerrar con el Derecho de Acceso a la Información Indicadores y Criterios con sus 17 componentes.

Capítulo 3. Derechos de personalidad y figuras públicas. Comenzando desde la definición y clasificación de los Derechos de Personalidad, la importancia de la dignidad, Vida privada e intimidad, relación de lo íntimo y lo público, Derechos de personalidad, libertad de expresión y acceso a la información y cerrando con las implicaciones de ser Figura pública.

Capítulo 4. Responsabilidad civil y penal. Se inicia con la revisión de la protección de la persona humana, a través de las teorías y las fases históricas de la responsabilidad, la responsabilidad e Ilícitud, Daño: Daño patrimonial y extrapatrimonial, reparación, resarcimiento y sanción, uso abusivo del derecho y tipos de responsabilidad.

Capítulo 5. Comparación de derechos. Instrumentos Internacionales, los casos de Estados Unidos de Norteamérica USA, libertad de expresión y opinión en la declaración francesa, Derecho comparado en materia de intimidad y vida privada, Criterios del tribunal constitucional y evolución de jurisprudencias del tribunal europeo de derechos humanos, así como criterios de la Corte Argentina.

Capítulo 6. Límites de los derechos fundamentales. Conformación y limitación a los derechos fundamentales. Tipos de límites a los derechos constitucionales, Restricción de los derechos fundamentales, Derecho a la información y el límite de la intimidad, límites y protección de derechos a figuras públicas.

Capítulo 7. Alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas. Principios de derechos de personalidad de la figura pública, el derecho al honor, vida privada (intimidad) y la propia imagen como límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, el caso de la Ley de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal cerrando con la propuesta de Ley respecto a los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figura públicas.

Capítulo 1

Derechos humanos y derecho de la información

Para entrar al análisis del problema que plantea la convivencia de los derechos de personalidad y el derecho de la información, con ayuda del método deductivo precisaremos las características y componentes, acorde con las teorías jurídicas contemporáneas.

Derechos Humanos y Derechos Subjetivos¹

El tema de los derechos humanos está en el centro del debate filosófico y político contemporáneo, en lo teórico, con relación a las diversas concepciones de justicia y moralidad y en el ámbito de lo práctico, por las diferentes posturas de los Estados, gobiernos y agentes públicos y privados concernidos.

Existen posturas que sostienen que el concepto de derechos humanos no tiene origen moral, sino una acuñación específica del concepto moderno de derechos subjetivos, esto es, de una terminología jurídica. Los derechos humanos tienen originariamente una naturaleza jurídica. Lo que le da la apariencia de derechos morales no es su contenido, y con mayor razón tampoco su estructura, sino su sentido

¹ Villar Borda, Luis. *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Colombia. 1998. pp. 15, 18.

de validez, que trasciende los ordenamientos jurídicos de los Estados a niveles supranacionales.

Las declaraciones de los derechos humanos, sean universales, regionales o internas de un país determinado, tienen el carácter de un postulado básico de convivencia social que se propone como premisa “política” de un vida en sociedad. “Su origen no está en el Derecho, sino en una concepción política de lo que debe ser una comunidad humana que sea grata al hombre y respetuosa de su dignidad. En último término, se vinculan, ciertamente, las ideas éticas y de justicia, pero en forma próxima constituyen la forma concreta e histórica que los hombres quieren dar a la sociedad en que viven, a partir de incierto grado de evolución de las ideas sobre organización y gobierno de una nación.”²

Esto significa que las leyes o las órdenes de autoridades de ese Estado habrán de respetar el marco inviolable que la Constitución asigna a esos derechos. En tal sentido, los textos constitucionales sobre reconocimiento de derechos del hombre tienen por principal finalidad amparar a los ciudadanos contra excesos o arbitrariedades de la autoridad o de los poderes públicos. Ellos no obstan, empero, para que tales reglas constitucionales impongan también el deber jurídico dictado por el más alto nivel normativo, a todos los súbditos el deber de respetar los derechos ajenos.

Tanto los derechos humanos y subjetivos encuentran su principal límite en el respeto de los derechos de los demás.

Historia de los Derechos Humanos ³

Fue solo en el siglo XX, y en especial tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se empezaron a adoptar textos internacionales que han

2 Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. (Un conflicto de derechos). 4ª. Ed. Siglo XXI. México. 1989. pp. 16 y 17.

3 Díaz Revorio, Francisco Javier (compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra Editores. Perú. 2004. pp. 16 a 20.

recogido los derechos con pretensión de alcance universal, si bien la garantía jurídica de los mismos solo se ha realizado en ámbitos geográficos más restringidos.

En el año 1945 se aprueba la Carta de las Naciones Unidas, mediante la cual que se constituye la ONU, cuyo artículo 13 establece, entre los propósitos de esta organización, “realizar la cooperación internacional (...) en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. A partir de ahí, y en los años sucesivos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó textos y auspició la firma de tratados cuyo objeto fue el reconocimiento y garantía de los derechos humanos. El primero más importante de estos textos es, sin duda, la declaración universal de derechos humanos.

Sin embargo, el principal problema de estos textos, cuya trascendencia en el proceso de internacionalización de los derechos es sin duda indiscutible, es su falta de garantía jurídica. La Declaración Universal de Derechos Humanos no es siquiera un tratado universal, y aunque después de más de 50 años podría incluso considerarse que sus contenidos gozan de la condición de principios generales del derecho internacional, lo cierto es que no hay sanción jurídica ante la violación de sus preceptos, lo que la deja como deberes. Los pactos internacionales sí son tratados internacionales, y desde esa perspectiva podrían considerarse jurídicamente vinculantes como parte del ordenamiento internacional, y del de los estados firmantes, pero sus textos no ofrecen mecanismos de garantía jurídica en sentido estricto, sino solamente ciertos medios de control basados más en la publicidad que en la respuesta jurídica.

En cambio, en ciertos ámbitos regionales sí se han producido algunos avances significativos en la garantía internacional de los derechos, y en la consideración del individuo como sujeto de derechos en el plano internacional, con capacidad para acudir a instancias internacionales para obtener una respuesta frente a la vulneración

de sus derechos imputable a un Estado. En Europa, la labor principal en este ámbito corresponde al Consejo de Europa, organización internacional creada el 5 de mayo de 1949.

En este ámbito pueden destacarse varios convenios auspiciados por esta organización, y en particular el convenio para la protección de los derechos del hombre y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (que entró en vigor en septiembre de 1953) dedicado fundamentalmente a los derechos civiles y políticos, y la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, que recoge sobre todo derechos del ámbito social y económico.

El convenio de Roma estableció como órganos de garantía de los derechos que contiene la Comisión Europea de los Derechos Humanos, establecida en 1954, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, establecido en 1959. Además, participaba en los procedimientos de garantía el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano establecido en el Estatuto Fundacional de esta organización. El protocolo número 11 modificó este sistema de protección, asumiendo todo el protagonismo de la misma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

Sus decisiones han adquirido una gran trascendencia, primero por el carácter obligatorio de las mismas para los Estados firmantes, con la posibilidad de establecimiento de una “satisfacción equitativa” en forma de indemnización económica; y segundo, porque en general los Tribunales Constitucionales o Supremos de los diversos Estados han ido aceptando e incorporando esa jurisprudencia a sus propias decisiones. Con lo anterior existe una relación vinculante de las decisiones.

Todo derecho humano puede desglosarse a partir de tres categorías, que constituyen su estructura interna: sujeto, objeto y facultades. Si se estudia el derecho a la información⁴ desde esta perspectiva se obtiene que:

⁴ La doctrina distingue entre derechos humanos y garantías individuales, dependerá de la postura (positivista o naturalista) la que determine su naturaleza jurídica.

1. El sujeto del derecho a la información es un sujeto universal: se atribuye a todos los seres humanos de igual manera. No cabe hablar de excepciones ni de privilegios. Ni siquiera una mayor preparación profesional o la dedicación a una tarea de comunicación rompen esta característica de igualdad.
2. Su objeto, el bien que se trata de asegurar y proteger es la información veraz, de utilidad para sentirse más integrado en la propia vida social, en lo que constituye la comunidad.
3. Las facultades son las posibilidades de acción del sujeto. Son las que dan vida al derecho en cuestión, por eso se dice que forman su contenido y que denotan su particular modo de ser.⁵

Tan solo cinco meses después de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la misma carta fundacional del Consejo de Europa, del 5 de mayo de 1949, se alude a ese compromiso como punto esencial de su Estatuto. De hecho, el primer proyecto de envergadura que acometerá será la elaboración de un convenio europeo de protección de los derechos humanos, el Convenio de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de Noviembre de 1950 y firmado por 17 miembros del Consejo de Europa. De este modo, todos estos países sí se encuentran obligados por el contenido del tratado internacional. Especialmente a partir de 1959, fecha en la que se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos -cuyo funcionamiento, prerrogativas y miembros están regulados por el Convenio Europeo, el control sobre el cumplimiento o no de su contenido se ha hecho efectivo. El Convenio Europeo reconoce el derecho a la información en los siguientes términos:

Artículo 10

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de*

⁵ Azurmendi, Ana. *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. 2ª. Ed. Ediciones Universidad de Navarra. España. 2001. pp. 53 a 56.

comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. *El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones o sanciones previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la fama o de los derechos de otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

Fue el desarrollo del Estado moderno, unido al relajamiento de los vínculos estamentales, el que planteó en términos nuevos el problema de la limitación del poder del Estado, que en una primera fase era prácticamente el poder de la Corona, en su relación con los súbditos en cuanto individuos. La época de la Reforma y la Contrarreforma constituye, en este contexto, un período de transición. La primacía que en la conciencia de la época correspondía a la religión, la ruptura de la unidad de la fe y el carácter absoluto de las exigencias de ésta, explican que el primer derecho procesal que, en cuanto tal, fue reivindicado sea el que corresponde a la libertad de la opción religiosa.⁶

En el campo jurídico – positivo y constitucional, el papel de vanguardia corresponde a Inglaterra. La *Petition of Rights* de 1628 protege los derechos personales y patrimoniales. El Acta de *Habeas Corpus* de 1679 tiene un significado trascendental, por cuanto prohibía la detención de nadie sin mandamiento judicial. En 1689, la Declaración de Derechos

6 Rogel Vide, Carlos. *Bienes de la Personalidad. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1985. pp. 98 a 100, 102.

(*Declaration of Rights*) confirmaba los derechos ya consagrados en los textos anteriores.

La Declaración de Derechos (*Bills of Rights*) de Virginia, de 12 de junio del mismo año, redactada por George Mason, es la primera que contiene un catálogo específico de derechos del hombre y del ciudadano.

Si la burguesía liberal ascendente había logrado el reconocimiento jurídico-positivo de los derechos individuales de libertad, el proletariado, que aparece como protagonista histórico (el “cuarto estado”) al compás del proceso de industrialización de las sociedades occidentales, y con especial conciencia de clase en la segunda mitad del siglo XIX (el *Manifiesto comunista* es de 1848), hubo de reivindicar los “derechos económicos y sociales”.

Coincidimos con Castan⁷ que señala: “La frase ‘*derechos del hombre*’, en sí, es muy poco significativa y lleva consigo una redundancia. Todos los derechos son humanos. Sin embargo, se la ha empleado hace algún tiempo y se la sigue empleando hoy en sentido específico, en relación con los determinados derechos. Podría decirse que hay un grupo de derechos, diferenciados de los demás, y que son humanos por antonomasia. Lo que pasa es que, según las épocas, han sido diversos los derechos aludidos y también sus denominaciones.”

En la historia de la formación de las declaraciones de derechos -dice Bobbio-⁸ las declaraciones nacen (con salvedad de las declaraciones británicas) como teorías filosóficas. Su primera fase ha de buscarse en las obras de los filósofos la idea de que el hombre tiene, en cuanto tal, derechos por naturaleza que nadie, ni siquiera el Estado, le puede sustraer y que ni él mismo puede enajenar (incluso si los enajena en casos de necesidad, la transmisión no es válida) ha sido elaborada por el iusnaturalismo moderno. Su padre es John Locke.

7 Citado en Ibidem. p. 103.

8 Citado en Ibidem. p. 104. Para mayor profundidad remítase a Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2ª. Ed. Temis. Colombia. 2005.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París, y de acuerdo con el artículo 68 de la Carta, después de consultar por intermedio de la UNESCO a pensadores ilustres de diversos países, aprobó y proclamó, con fecha 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (*Universal Declaration of Human Rights*). Fue autor del anteproyecto el representante de Francia, que fue Presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos, René Cassin, galardonado con el premio Nobel de la Paz.⁹

Pueden señalarse como características principales de esta Declaración las siguientes:

1. Su fundamentación en el principio filosófico – jurídico de dignidad de la persona humana, del que se derivan los postulados de libertad, igualdad y fraternidad...
2. La mayor amplitud de los derechos reconocidos. Además de los derechos y libertades clásicos, tanto civiles como políticos, da entrada a la Declaración de una manera patente... a los nuevos derechos humanos de sentido económico, social y cultural...
3. La preocupación político-democrática...
4. La extensión de la protección de los aludidos derechos humanos, trasladada ahora del plano estatal al internacional...
5. El propósito de que la declaración llegue a ser vinculante para los Estados miembros de la ONU.

Los derechos individuales recogidos en la Constitución -concluye atinadamente Aubert- regulan las relaciones entre el individuo y el Estado. Las relaciones de los individuos entre sí son reguladas por otros textos. No hay con toda seguridad una barrera infranqueable entre la Constitución y esos otros textos. Aquella puede servir para

9 Ibidem. pp. 106 y 107.

comprender mejor éstos. Mas, serán siempre los otros textos, y jamás la Constitución, los que se apliquen directamente a las relaciones privadas. De ahí la necesidad de legislar los principios que se contienen en la Carta Magna.¹⁰

Por cuanto a los bienes de la personalidad se refiere, e independientemente de la discusión planteada respecto de alguno de ellos y respecto de que pueda hablarse de “derecho” respecto de otros, el elenco doctrinal más amplio de los mismos, siguiendo, básicamente, las pautas marcadas por el profesor De Castro, es el siguiente:¹¹

- Bienes esenciales: vida, integridad corporal y libertad. Tales libertades serían, las siguientes: libertad de locomoción, de residencia y de domicilio; libertad matrimonial; libertad contractual y comercial; libertad de trabajo.
- Bienes sociales e individuales: honor y fama, intimidad personal, la imagen, la condición o el llamado derecho moral de autor. Finalmente, el nombre.

Derechos Humanos y Libertad Humana¹²

El alcance de ambos derechos en relación con la obligación positiva de los Estados de procurar la evolución progresiva hacia la plena vigencia de todos los derechos fundamentales implica, respecto del *habeas data*, un objetivo concretamente vinculado con la protección de las esferas de la libertad humana más intensamente amenazadas.

¹⁰ Ibidem. pp. 123 y 124.

¹¹ Ibidem p. 147.

¹² Baez de Figuerola, Alicia. *Protección Jurídica de los Derechos Personalísimos y Libertad de Expresión*. Editorial Jurídica Panamericana. Argentina. 1997. pp. 13 y 14, Desantes Guanter, José María. *Derecho a la Información*. (Materiales para un sistema de comunicación). Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. España. 2004. pp. 212 y 213. Se maneja de igual forma el tema en: Mieres Mieres, Luis Javier. *Intimidad Personal y Familia. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Aranzadi. España. 2002.

Las constituciones nacidas bajo el signo histórico del liberalismo no contienen en general declaraciones sobre la intimidad de la persona, porque no era éste un asunto de la incumbencia del Estado.

Una característica típica de los derechos subjetivos, que se conoce como su elasticidad. En determinados momentos de la vida jurídica, los derechos pueden contraerse, sin desaparecer, y recobran su dimensión efectiva cuando cesa la causa determinante de la contracción. Esta pausa excepcional en la eficacia del derecho se produce cuando, por ella, el derecho constreñido cobra una mayor fuerza en el momento del cese de su constricción. Nunca puede desaparecer un derecho subjetivo natural porque hay otro derecho, por natural que sea, que impida que se realice el eventualmente contraído. El derecho se retrae eventualmente en provecho de su más plena eficacia en el futuro, más o menos próximo.

La *libertad*, que es objeto de un derecho natural, está, además, en la base de todos los derechos. Reconocer un derecho y privar de libertad para ejercitarlo es una cruel ironía jurídica que se ha dado históricamente con cierta frecuencia. En relación con la información, ya que ha quedado dicho que la libertad de expresión constituye el modo libre de ejercitar el derecho a comunicarse. No hay verdadero derecho, que tiene por axioma una finalidad operativa, si no hay libertad moral para ejecutarlo. La libertad es un derecho inseparable de la persona, que no hay que confundir con el libre albedrío. Es el poder subjetivo de elegir y, por tanto, de optar por el ejercicio, sin obstáculos, de un derecho, entre ellos la gama de facultades que constituyen el derecho a la información. Ir contra la libertad, desde la información, es ir contra la información desde el libre albedrío. Defender y propugnar la libertad a través de la información es defender y propugnar este derecho único a comunicarse y a vivir en comunidad.

Como se aprecia, el conocimiento jurídico va construyendo categorías a las que el contexto determina en cuanto a los conceptos que los componen.

Características de los Derechos Fundamentales¹³

Existe una teoría de tipo lógico-pragmático sobre el significado de dos de los cuatro aspectos de la persona: sus sentimientos y su lógica de pensar (los otros son su religiosidad y su “biologicidad”), y las formulaciones del daño, hasta llegar a su posible reparación por modelos económicos.

La psicología, la psicología social y la sociología nos permiten formular la idea de sentimiento de la siguiente forma: la continuidad genética incorpora al ser humano un fenómeno imposible de describir, que es el sentir, y los sentidos transmiten aspectos que equilibran y desequilibran al ser humano emocionalmente (desde la irracionalidad).

La posmodernidad cambia el ángulo de la investigación en materia de reparación de daños hacia los modelos de cuantificación (en la modernidad, estos eran aspectos secundarios). Significa, en cierto sentido, una vuelta a la postura de los sofistas (considerar la cuantificación una situación particular y subjetiva). Si hasta la modernidad existía un espíritu de cuerpo, éste ahora aparece diluido y ha renacido la materialidad individualista.

a) Derechos individuales de primera generación

En este sentido, la idea es partir de la constitución de los Estados modernos con la caída de la última monarquía en 1789 (sin desconocer que se trató simplemente del último hito y no del primero, como intentan hacernos creer algunos historiadores en beneficio de algunas ideologías), que comenzó en la independencia de los Estados Unidos de América y las revoluciones inglesa y holandesa, que fundaron una concepción del y para el hombre propietario.

13 Gherzi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico. Cuantificación Económica*. 2ª. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina. 2002. pp. 2 a 5 y 15 a 23. Fuente que precisa epistemológica y pragmáticamente esta materia, para mayor referencia remítase a: Lozano, José María. *Tratado de los Derechos del Hombre*. (Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los Derechos del Hombre). Imprenta del Comercio de Dublan y Compañía. México. 1876.

En este simple hecho está el nacimiento de la primera generación de los derechos del ser humano: el derecho a preservarse frente al Estado y a la protección de su patrimonio (este último como producto de la acumulación previa y, a veces, sin legitimidad).

b) Derechos sociales de segunda generación

Las tensiones sociales aumentaron durante la primera posguerra, y la crisis del 30, en realidad, no hizo más que acentuarlas con el desempleo de miles de trabajadores.

De ahí en más comenzaron a plantearse masivamente los derechos de los trabajadores y el respeto a la dignidad humana, y se instalaron en el mundo los derechos de segunda generación: los sociales.

c) Derechos personalísimos de tercera generación

Fue necesaria una Segunda Guerra Mundial y numerosos campos de exterminio para darse cuenta que con los derechos de primera y segunda generación no bastaba; la agresión al ser humano estaba en las mismas entrañas del sistema, que estimulaba la voracidad del lucro, la apetencia por el poder, la destrucción de la familia, la vida fácil y licenciosa, y así nacieron los derechos personalísimos de tercera generación.

Los derechos personalísimos así entendidos aseguran un mínimo de dignidad en la persona (ya no en sus fases de productor obrero o de mero consumidor, sino como ser humano), tales como el derecho a la vida y la integridad física, el derecho al propio cuerpo, a la espiritualidad, a los datos personales, a la intimidad, etcétera. Todos ellos van conformando una especie de halo protector e irreductible.

d) Derechos ambientales de cuarta generación

Por último, fue necesario preservar de la contaminación el medio ambiente y el sistema ecológico, y así nacieron los derechos de cuarta generación.

Los derechos ambientales son inalienables e irrenunciables y, por ende, no pueden ser perturbados con el pretexto de generar “bienestar económico” para toda la sociedad.

Desde la visión de los derechos humanos se han realizado las adecuaciones necesarias en cada proceso cuando se tendió a la entropía por su ausencia.

Teorías de los Derechos Humanos y Subjetivos¹⁴

Es teoría conocida y aceptada dentro del Derecho Constitucional, que la definición de los derechos surge de lo que denominamos contenido esencial. Esto implica la dificultad de establecer un contenido genérico para todos los derechos, debiendo acudir a la delimitación del núcleo de forma específica en cada uno de ellos. Tampoco conviene realizar una fundamentación de los derechos aislada y que desconozca el sistema en el que se incardinan, ya que la configuración jurídica es de sentido contrario, es decir, los derechos adquieren relevancia y significación, precisamente inmersos en un contenido jurídico, y esta circunstancia es aún más necesaria en los derechos fundamentales.

Las primeras concepciones de los derechos fundamentales conciben a la persona (física)¹⁵ como único sujeto posible de aquellos. En el ámbito de los derechos de la personalidad, esta circunstancia se realiza, se concreta aún más, dado que configuramos al derecho a la intimidad con el carácter de individual, lo que se protege es precisamente la autonomía privada del individuo.

Una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental es una teoría de determinados derechos fundamentales positivamente

14 Pizarro, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. (Daños por noticias inexactas o agraviantes). 2ª. Ed. Hamurabi. Jose Luis de Palma Editor. Argentina. 1999. pp. 112 y 206. Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 2002. p. 277, 349, 350, 353 y 354.

15 Las reflexiones sobre las personas morales o jurídicas vendrán después.

válidos. Esto la distingue de las teorías de los derechos fundamentales que han tenido vigencia en el pasado (teorías histórico-jurídicas) como así también de las teorías sobre los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas) y de teorías sobre derechos fundamentales que ni son los de la Ley Fundamental.

La concepción de una teoría jurídica general de los derechos fundamentales expresa un ideal teórico. Apunta a una teoría integrativa que abarque, de la manera más amplia posible, los enunciados generales verdaderos o correctos que puedan ser formulados en las tres dimensiones y los vincule óptimamente. A una teoría tal se la puede llamar una “teoría ideal de los derechos fundamentales.” Toda teoría tácticamente puede ser considerada solo como una aproximación a este ideal. Debemos destacar que desde la construcción teórica que hace Alexy ya se contemplan las restricciones a estos derechos.

Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos solo a través de, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, *indirectamente constitucionales*. Para aprehender la sistemática de las restricciones de la Ley Fundamental es indispensable, además, distinguir entre *restricción* y *cláusula restrictiva*. El concepto de restricción corresponde a la perspectiva del derecho; el de cláusula restrictiva, a la perspectiva de la norma. Una cláusula restrictiva es la parte de la norma completa de derecho fundamental que dice cómo está restringido, o puede ser restringido, lo que el supuesto de hecho de derecho fundamental garantiza *prima facie*. Las cláusulas restrictivas pueden ser *tácitas* o *expresas*.

La teoría de las esferas se encuentra ya en el fallo Elfes, donde el Tribunal habla de un “ámbito último intangible de la libertad humana”.

La garantía de la libertad general de acción es presentada como una extensión de la protección más allá de este ámbito: “Con el ‘libre desarrollo de la personalidad’, la Ley Fundamental *no* puede haber querido designar solo el desarrollo dentro de aquel ámbito central de la personalidad”. En muchas decisiones, el Tribunal ha seguido ampliando la distinción de esferas de diferente intensidad de protección: la *esfera más interna* (‘ámbito último intangible de la libertad humana’, ‘ámbito más interno (íntimo)’, ‘esfera íntima intangible’, ‘ámbito núcleo absolutamente protegido de la organización de la vida privada’), la *esfera privada amplia*, que abarca el ámbito privado en la medida en que no pertenezca a la esfera más interna, y la *esfera social*, que abarca todo lo que no ha de ser incluido en la esfera privada amplia.”¹⁶

La teoría de los derechos de libertad tácitos se apoya, en parte, en la teoría de las esferas y, en parte, va más allá de ella. Su discusión presupone claridad sobre el concepto del derecho de libertad tácito. Es aconsejable establecer tres distinciones para su aclaración. En primera, de lo que se trata es de saber si el bien protegido del derecho de libertad tácito es una *acción* o una *situación* del titular del derecho fundamental. Se trata de acciones en los casos de viajar, de quien realiza una colecta y de alimentar palomas. En el caso de las acciones, puede formularse una norma permisiva: *a* puede realizar colectas. En el caso de las situaciones no pueden formularse normas permisivas, pero sí prohibiciones dirigidas a los destinatarios de derechos fundamentales a las cuales corresponden derechos de igual contenido del titular del derecho fundamental: le está prohibido a *b* afectar el ámbito secreto de *a*; *a* tiene frente a *b* un derecho a que *b* no afecte el ámbito secreto de *a*.

La segunda distinción es la que se da entre derechos de libertad tácitos abstractos y concretos. Un derecho muy abstracto es el “derecho general a la personalidad garantizado constitucionalmente”; uno más concreto, “el derecho a disponer sobre presentaciones de la persona” y uno muy concreto el derecho a que no se lleve a cabo “la

16 Alexy, R. Ob. Cit. pp. 349 y 350.

repetición de un informe televisivo sobre un delito grave que no responde ya a intereses actuales de información” si ello pone en peligro la resocialización del autor del delito”.

Finalmente, la tercera distinción se refiere a la diferencia entre posiciones *prima facie* y *definitivas*. Una posición *prima facie* es el derecho a viajar. El viajar está protegido por la ley pero, puede ser restringido.

Los derechos humanos fijan límite a la soberanía de los Estados. En síntesis, los derechos humanos tienen, para Rawls,¹⁷ las siguientes funciones:

1. Son condición necesaria de la legitimidad del régimen y de la decencia de su orden jurídico.
2. Cuando operan en debida forma, resultan suficientes para excluir la justificada intervención de otros pueblos mediante sanciones económicas o, en casos graves, la fuerza militar; y,
3. Fijan un límite al pluralismo entre los pueblos.

La realidad ha demostrado que no bastaba con los derechos tradicionales, sino que éstos debían complementarse con derechos de las minorías. También podría decirse esto dentro de los propios grupos, cuando tales derechos sirven para que una élite domine o explote a los demás miembros del grupo protegido. Por eso es tan importante establecer las condiciones para que los derechos de las minorías puedan conciliarse con los derechos humanos, a fin de que puedan coexistir sobre bases de “libertad individual, democracia y justicia social”.

Esos derechos tendrían dos límites, que no conduzcan al dominio de un grupo sobre otros y que no permitan la opresión del grupo sobre sus miembros.

17 Citado en Villar Borda, L. Ob. Cit. pp. 23 y 24.

Está claro que se trata de la ponderación en derechos excluyentes, en donde debe ceder aquel que se considera proporcionalmente más valioso para el caso concreto controvertido y de ninguna manera como una generalización universal. Estos principios sirven de barrera de contención ante la ausencia de ajustes legislativos que fomentan la entropía, siendo aplicables en la técnica jurídica.¹⁸

En trabajo sobre el tema, Luis Villar Borda¹⁹ planteaba la siguiente pregunta: “¿Es exclusivamente el Estado, como lo sostiene la doctrina ortodoxa, responsable tanto de la preservación como del desconocimiento e infracción de estos derechos, o tal responsabilidad puede extenderse a otros actores, como entidades transnacionales, grupos subversivos, asociaciones supraestatales o incluso organizaciones criminales, según pretenden otras corrientes de la filosofía jurídica y el derecho internacional?”

Así lo señalaba Otfried Hoffe²⁰ al decir que “existen jurídicos que, como su nombre lo indica, tienden a la universalidad, se trata de los derechos humanos. Estos vieron la luz en Occidente y sus formas tradicionales de legitimación se sirven de elementos de carácter occidental. Los derechos humanos son por esta razón un ejemplo de lo que en otro momento se denominó ideología, o sea, una institución de derechos que se ha definido como universal cuando en realidad su validez no es sino parcial”.

Teorías de los derechos subjetivos²¹

La mayoría de los autores coincide en señalar la imposibilidad de que, tal como fueran formulados por Jellinek, los derechos públicos

18 Ibidem. pp. 31, 33 y 42. Entendida técnica jurídica como el arte de la aplicación e interpretación del derecho.

19 Luis Villar Borda, ponencia en el *Congreso Mundial de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 1997. Citado en Ibidem. p. 43.

20 Citado en Ibidem. pp. 43 y 44 Otfried Hoffe. *Los principios universales del derecho y la relatividad cultural* en *Diálogo Científico*. Vol. 2. 1993.

21 Julio Estrada, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2000. pp. 52 a 54, 61 y 62, 73 a 76 y 90 a 92. En este apartado se precisan las teorías tradicionales, se abordará otra vertiente en el

subjetivos puedan tener validez frente a los particulares, lo que reduce su campo de acción únicamente a las relaciones entre el individuo y el Estado.

De lo anterior se desprenden, siempre según los críticos de la teoría de los derechos subjetivos, algunas consecuencias inevitables. En primer lugar, se desconoce el carácter de absolutos que tienen muchos de estos derechos, es decir, su eficacia *erga omnes*, frente a todos los demás sujetos, sean públicos o privados, que estén en capacidad de lesionarlos, y en consecuencia se reduce su oponibilidad únicamente a las personas de derecho público; y, en segundo lugar, la distinción entre derechos subjetivos públicos y privados supone, a su vez, una diferenciación según la cual los primeros sí tendrían eficacia ante terceros mientras en los segundos el Estado debe ser necesariamente parte de la relación jurídica.

Como toda categoría jurídica, el concepto de derecho público subjetivo está relacionado con un proyecto ideológico y con un momento histórico y político preciso. Ahora bien, el mérito de la construcción de Jellinek fue que supo reconciliar las aspiraciones del liberalismo burgués con la existencia de un Estado fuerte, en una figura que encajaba de manera exacta en el imperio alemán de finales del siglo XIX y comienzos del XX. De ahí precisamente la gran aceptación de la figura y su rápida difusión en otros países como Italia, y en menor medida en Francia, que atravesaban una coyuntura histórica similar: la de la formación del Estado de derecho liberal.

La teoría de la integración

Es sin duda la teoría de la integración el antecedente más cercano a la moderna concepción axiológica de los derechos fundamentales. El punto de partida de Smend es la concepción del Estado como una entidad dinámica en permanente transformación y renovación: “para este proceso, que es el núcleo sustancial de la dinámica del Estado, he propuesto ya en otro lugar la denominación de integración”. Tal despliegue de actividad es denominado por Smend integración material

cuando está orientado a la consecución de objetivos comunes, los cuales justifican la existencia del Estado. Dichos objetivos son “contenidos sustantivos de tipo eidético”; es decir, valores.

Valores y comunidad se justifican recíprocamente ya que, la condición para que los valores tengan eficacia y vida propia es la misma comunidad en que son vividos y a la que actualizan, y viceversa, también la comunidad depende de los valores que la sustentan.

Esta exaltación del carácter valorativo de los derechos fundamentales, tal como ha señalado Leisner, va acompañada de un paralelo menosprecio de su fuerza normativa. En efecto, Smend niega el carácter de derecho aplicable de los derechos fundamentales, y afirma que la validez que tienen éstos es de una naturaleza distinta a la del resto del ordenamiento jurídico: una validez “positiva” que se manifiesta en su función legitimadora del orden estatal, lo que llevado al extremo produciría un efecto paradójico que redundaría en una limitación de los derechos fundamentales de una manera hasta entonces totalmente desconocida: serían reducidos a fundamentos legitimadores del Estado sin ninguna eficacia normativa.

Sin embargo, Smend no lleva esa posibilidad hasta sus últimas consecuencias, y deja abiertas algunas vías que la atenúan considerablemente, por lo que se puede afirmar que la teoría de la integración es el punto de partida para una ampliación de la validez de los derechos fundamentales.

En primer lugar, se esfuerza por resaltar la pertenencia de éstos al Derecho Constitucional, y por tanto su carácter de grupo normativo *sui generis*. De este modo “regulan sus objetivos no desde el punto de vista de las distintas ramas del Derecho Técnico, sino desde el del Derecho Constitucional”, lo que supone que ejercen su influencia sobre todos los ámbitos del ordenamiento, y “cuando incluyen una norma perteneciente a un Derecho especial en su forma literal, le dan con ello un sentido distinto”. Reconoce, así, que los derechos fundamentales tienen similar repercusión sobre todos los ámbitos

jurídicos, incluso también en aquellos donde en principio no proceden. El derecho constitucional proporciona, entonces, una gran base de *analogía ex lege*, que permite que toda disposición que pertenezca a él, y por consiguiente también los derechos fundamentales, tenga un triple significado: son reglamentación técnica especial; sirven como reglas de interpretación para este y para otros ámbitos; y, por último, son parte -independientemente de su normativa especial- de la proclamación de un sistema de valores unificador, que es a su vez el sentido de la existencia constitucional.

Desaparece, así, la antigua división existente en el mundo jurídico, a su vez resultado de la contraposición sociedad-Estado propia del ideario liberal, en donde la primera era un orden autónomo que se autorregulaba, mientras que el segundo solo debía actuar como garante de las libertades y de la igualdad formal. El Código Civil pierde su carácter de supremo regulador de las relaciones *inter privatos*, y cede su lugar a los mandatos constitucionales, entre los que ocupan un lugar privilegiado los derechos fundamentales.

Surgen de este modo muchos problemas: la independencia del derecho privado respecto de los derechos fundamentales, el papel de los tribunales constitucionales en la concreción de los derechos fundamentales, y así las relaciones entre la jurisdicción constitucional y los tribunales ordinarios. Sin embargo, sea cual fuere la postura que se adopte, contraria o favorable al efecto de irradiación, no cabe duda que, tal como afirma Diederischen, “actualmente el influjo del Derecho Constitucional sobre el Derecho Civil es enorme. El edificio del Derecho Civil no ha sido solamente restaurado, sino que con fundamento en el Derecho Constitucional ha sido reedificado por completo”. Cabe recordar que la normatividad de derecho privado de manera alguna es ajena a los principios constitucionales.

Se trata aquí del comportamiento que deben asumir los órganos estatales cuando la conducta de terceros -principalmente particulares, pero también otros Estados- vulnera o pone en peligro los bienes *iusfundamentalmente* protegidos de los asociados. Es decir, ante

amenazas o lesiones que provienen de “personas” o “poderes” que no son los destinatarios tradicionales de los derechos fundamentales.

La típica función de defensa de los derechos fundamentales no procede en estos casos, pues el individuo afectado no ganaría nada con que se ordene a las autoridades estatales abstenerse de intromisiones en la esfera de su libertad. Más bien vendría a cuento reclamar una actuación del órgano competente según las circunstancias, sea éste el ejecutivo, el legislativo o el poder judicial, para impedir que la amenaza se concrete o para que se ponga fin a la vulnerabilidad *iusfundamental*.

En el debate de los años 50 se impone la forma abreviada, acuñada por Ipsen de *Drittwirkung der Grundrechte*, que desde entonces se ha generalizado dentro de la doctrina del Derecho Constitucional. Dicha denominación busca inicialmente, ante todo, destacar el nuevo destinatario de los derechos fundamentales, los terceros *-Dritte-* frente a la tradicional vinculación estatal; pero al mismo tiempo que destaca ese aspecto no dice nada sobre el problema sustancial: que ese tercer destinatario, y por lo tanto obligado por los derechos fundamentales, es, a su vez, un titular de los mismos, por lo que se puede válidamente hacer el reproche de equiparar la vinculación de los particulares con la del Estado, sin establecer la distinción de rigor.

Posteriormente, una nueva corriente evita esta denominación y habla por el contrario de la *Horizontalwirkung* de los derechos fundamentales; destacando de este modo que la problemática tiene lugar en el plano horizontal de las relaciones ciudadano-ciudadano, y no en el plano vertical de las relaciones Estado-súbditos. Aunque esta denominación tiene la ventaja de resaltar el aspecto descuidado por la concepción anterior -que se trata de una relación entre dos titulares de derechos fundamentales-, al hacer énfasis en esta circunstancia ignora precisamente que en muchas situaciones -sobre todo cuando se está en presencia de los así denominados poderes sociales- la cualidad de horizontal de la relación, que por otra parte sugiere implícitamente una igualdad de posiciones ente los participantes, es más supuesta

que real, pues, en verdad, en estos casos una de las partes goza de mayor poder que la otra, sometida a una condición de inferioridad.

Lo mejor, entonces, es seguir el ejemplo de Alexy y, ante la ausencia de un término unificador, utilizar indistintamente las diferentes acepciones de acuerdo con el rasgo particular que quiera destacar dentro de la exposición, pero dejando claro que se utilizará preferentemente el término *Drittwirkung*, aunque solo sea porque es el que goza de mayor consenso entre la doctrina, y es la de más generalizada utilización. El vocablo alemán ha sido traducido al castellano, generalmente, como eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

Derechos Subjetivos y Derechos Fundamentales²²

Puchta y después Ihering afirman que el derecho civil ha de incluir también los derechos que cada uno tiene sobre su propia persona. Se les objeta que no se concibe una relación jurídica en la que el sujeto y el objeto se confundan. Otros piensan que solamente caben dentro del Derecho Civil los derechos con carácter patrimonial.

Para esta elaboración de los derechos sobre la propia persona, los civilistas también utilizan la forma analógica del derecho subjetivo más tradicional y con sustancia a su rama, el derecho de propiedad, con sus caracteres de absoluto e inviolable.

Si los derechos fundamentales son básicamente derechos subjetivos, su ejercicio consistirá en actuar esas facultades o poderes que lo integran. En este sentido, las limitaciones que afecten a su ejercicio constituirán en actuar esas facultades o poderes que lo integran. En es sentido, las limitaciones que afecten a su ejercicio constituirán un

22 Novoa Monreal, E. Ob. Cit. pp. 19 y 20. Catoira, Ana Aba. *La Limitación de los Derechos Fundamentales por razón del sujeto*. (Los Parlamentarios, Los Funcionarios y los Reclusos). Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos. España. 2001. pp. 26 a 28 y Julio Estrada, A. Ob. Cit. pp. 43, 44.

elemento jurídico de su dimensión dinámica que se materializa en la puesta en práctica del mismo.

Así pues, el contenido constitucionalmente protegido de un derecho puede ser definido como aquellas “manifestaciones o proyecciones del bien jurídico cuya tutela se encomienda el derecho fundamental” o como “la pretensión jurídica que para defender el objeto el ordenamiento coloca en manos del titular del derecho”.

Los derechos fundamentales pierden entonces todo su carácter *iusnaturalista* y con ello toda pretensión de ser derechos absolutos: no son derecho pre-estatales de contenido indeterminado, son derechos creados por el ordenamiento estatal y con un contenido específico.

La libertad no es, entonces, un valor absoluto, sino que requiere una minuciosa reglamentación que regule su ejercicio. Para Jellinek, la libertad sancionada incondicionalmente en un campo cualquiera podría tener el efecto de subvertir todo el orden estatal; es por ello tarea del legislador, teniendo en cuenta las características particulares de cada Estado, dar a estos mandatos un contenido concreto, para el cual no es posible encontrar una fórmula que tenga validez universal. Lo anterior tiene plena vigencia frente a la tesis que presentamos en este trabajo.

Clasificación de los Derechos Subjetivos²³

Más complicados que los derechos referidos a acciones son los derechos referidos a situaciones. En derecho sumamente abstracto de este tipo es el “derecho general a la personalidad garantizando constitucionalmente”, cuya tarea es “garantizar la esfera personal estricta de la vida y la conservación de sus condiciones básicas”. Esto responde exactamente a la teoría formal-material, según la cual el principio de la libertad negativa, en tanto principio referido también a la situación, interviene conjuntamente con otros principios.

23 Alexy, R. Ob. Cit. p. 356. y Julio E. Ob. Cit. pp. 49.

Romano realiza asimismo una nueva clasificación de los derechos públicos subjetivos que fue ampliamente acogida por la doctrina italiana. Los divide en:

1. Los derechos de la personalidad, llamados también derechos fundamentales, que tienen por objeto atributos de la persona en sus distintas manifestaciones, y que comprenden:
 - a. los derechos de “estado”, o sea pretensiones a la atribución o al reconocimiento de una determinada condición jurídica como la de ciudadano;
 - b. el derecho al respeto de los signos distintivos de la persona;
 - c. los derechos sobre los elementos constitutivos de la propia persona; y,
 - d. los del Estado y de otros entes dotados de supremacía en el ejercicio de actividades garantizadas como lícitas por el ordenamiento jurídico (por ejemplo libertad de pensamiento, de religión, de reunión...)
2. Los derechos funcionales, que tienen por objeto la investidura de funciones públicas (*ius ad officium*), y el ejercicio de los poderes a ésta atribuida. Como subcategoría de gran relevancia los derechos políticos, relacionados con una función de la que se es titular como ciudadano (derecho electoral) o como componente de asambleas de carácter político (derecho al oficio representante).
3. Derechos a una prestación, cualquiera que sea el objeto: cosas, dinero, o de servicios tanto del Estado y de los entes públicos al ciudadano, como de este último respecto de los primeros.
4. Derechos reales del Estado sobre bienes, de contenido general o especial.

5. Derechos de monopolio, o sea la facultad de excluir a cualquier otro sujeto del ejercicio de determinada actividad económica.

La moderna doctrina italiana ha creado el concepto de *diritti affievoliti*, que podría traducirse como derecho subjetivo condicionado o debilitado. Expresión utilizada para referirse a aquellos derechos subjetivos susceptibles de ser afectados en virtud del interés público. En caso que se verifique una condición prevista por el ordenamiento, dichos derechos resultan sacrificados. Dada la prevalencia del interés general sobre el interés particular que reconocen la mayoría de las constituciones modernas, tal condicionamiento está hoy en el fondo de todos los derechos públicos subjetivos del particular frente al Estado; por lo tanto, más que una clase distinta de derechos subjetivos es una característica común de estos.²⁴

Derechos Fundamentales y Derecho Privado²⁵

Los derechos fundamentales regulan relaciones de derecho privado, de derecho administrativo, de derecho penal, no en virtud del derecho privado, del derecho administrativo, del derecho penal, sino en virtud de la Constitución. No persiguen los fines técnicos especiales de cada ámbito jurídico particular, sino el fin global constituyente del Derecho Constitucional.

Este específico *quid aliud*, en comparación con los singulares ámbitos jurídicos técnicos, que constituye el objeto del Derecho Constitucional, es el proceso vital del Estado en su conjunto. La Constitución regula este proceso, esto es, la renovación constante y la construcción permanente de la formación de la voluntad estatal como unidad vital real. En la medida que se deja de actualizar la norma fundante básica (parafraseando a Kelsen) se tiende al caos del sistema jurídico.

24 Como se acotó, su límite se encuentra en el respeto a los derechos del otro.

25 Smed, Rudolf. *Ensayo sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. Traductor Joaquín Brague Camazano. UNAM. IIJCAS. México. 2005. pp. 5 a 6, 12, 17 y 18.

La libertad de expresión de opiniones es llevada desde el principio a una relación estrecha con la libertad de conciencia y de pensamiento y justificada como una consecuencia de estos derechos fundamentales que protegen los valores individuales de la personalidad. Y no sin razón; es, en principio, una parte del aire moral vital necesario para que el individuo pueda decir la verdad. Pero, el sentido del derecho fundamental no se agota en ello. Ya la ilustración vio en la libertad y publicidad de las opiniones la organización automática efectiva de la opinión correcta y de la moralidad política.

Como lo refiere Smend que el caso de una Ley Imperial que sujeta a sanción penal la crítica al gobierno del Imperio. Y pese a ello, todos nosotros la consideramos inconstitucional: la falta de crítica al gobierno no es un bien que merezca la primacía frente a la libre expresión de opiniones en un país al que la vida constitucional, justamente, presupone la formación de los partidos y la opinión pública a través de la libre expresión de opiniones.²⁶

Ante el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información por particulares que pueden afectar los derechos de personalidad de otros particulares, cabe presentar la teoría de mediados del siglo XIX como una propuesta de solución.

Drittwirkung²⁷

Responsabilidad por la violación de derechos fundamentales. Efecto en terceros. La doctrina alemana ofreció una construcción jurídica refinada al establecer el llamado efecto en terceros (*Drittwirkung*), o

26 El criterio de Piloty, según el cual el deber general del funcionario de comportamiento respetuoso de su dignidad, ya solo es "una forma de regla de decencia" que viene en consideración sobre todo para la forma de la expresión de la opinión, mientras que el deber especial oficial autoriza la libre expresión de opiniones solo en tanto "que con ello no se causen daños ni de forma directa ni de forma indirecta al cargo que se ocupa". Con ello, para la fundamentación de todas las restricciones a la libertad de los funcionarios que sean necesarias en atención al deber del servicio solo vienen en consideración aquellos intereses relativos al servicio "que constituyen para el funcionario particular un contenido de su deber de servicio". Smend, R. Ob. Cit. p.21.

sea la aceptación de que las normas fundamentales no solo influyen en la relación entre el Estado y los ciudadanos, sino igualmente entre ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal. “Tanto el problema de construcción como el de colisión resultan de una diferencia fundamental entre la relación Estado/ciudadano y la relación ciudadano/ciudadano. La relación estado/ciudadano es la relación entre un titular de derecho fundamental y un no titular de derecho fundamental. En cambio, la relación ciudadano/ciudadano es una relación entre titulares de derechos fundamentales.”²⁸

Avanzando más en la teoría del efecto horizontal, Ermacora afirma: “Este efecto obligatorio de las libertades fundamentales y los derechos humanos en la esfera de los individuos e instituciones no dotadas de poder soberano es designado en la teoría alemana como eficacia hacia terceros (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales; pero es más que eso y significa un efecto para todos (*Allwirkung*). “

Concretamente, uno de los principales problemas que ha planteado siempre la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales ha sido y sigue siendo el de su articulación con el principio de autonomía de la voluntad, sobre el que se asienta todo el Derecho Privado. El “dogma” de la autonomía privada reconoce a cada individuo la facultad de organizar libremente sus relaciones jurídicas con los demás particulares dentro del marco determinado por el ordenamiento.

Basándose en este principio, la objeción a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales se formula, de forma sucinta, en los siguientes términos: si en el tráfico privado (es decir en el ámbito regulado por la autonomía privada), los sujetos estuvieran vinculados por los

27 Villar Borda, L. p. 50 a 52. Para profundizar en el tema remítase a: Cfr. Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado*. (Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada). Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. España. 2005. pp. 18, 19, 22, 23, 25, 29, 31, 42 45, 47, 50, 54, 73, 79, 83, 95, 112, 135, 205 y 230.

28 Robert, A. Ob. Cit. pp. 510 y 511.

derechos fundamentales en la misma medida en que lo están los poderes públicos, no podrían establecer libremente el contenido de esas relaciones y, por lo tanto, se vulneraría el principio de la autonomía de la voluntad.

El proceso de “constitucionalización” del Derecho Privado, iniciado tras la Segunda Guerra Mundial, implica una transformación del principio de autonomía privada que se desmarca definitivamente de su caracterización tradicional como dogma del Derecho Privado. Esa redefinición es, precisamente, el punto de partida para analizar el problema de la relación entre la autonomía privada y la proyección horizontal de los derechos fundamentales. El actual principio de autonomía está muy lejos de la “concepción clásica, que lo equiparaba” a “la facultad de la voluntad de ser la fuente y la medida de los derechos subjetivos, de ser un órgano creador del derecho”, según la definición de E. Gounot, autor del primer estudio que analizó de forma sistemática el principio de autonomía de la voluntad en el Derecho Privado. Es ese “dogma” de la autonomía privada, que consagra la hegemonía de la voluntad, el que parece excluir la proyección horizontal de los derechos fundamentales, en la medida en que ésta supondría una restricción al imperio de la voluntad. En cambio, la configuración actual del principio se distancia de las tesis voluntaristas, incorporando una serie de valores que permiten cuestionar la incompatibilidad entre autonomía privada y *Drittwirkung* de los derechos fundamentales.

Durante mucho tiempo, el principio de autonomía ha sido considerado como un “dogma” y uno de los cimientos más sólidos del Derecho Privado, hasta el punto que su mera invocación sigue siendo para algunos un argumento suficiente para rechazar o limitar considerablemente la proyección horizontal de los derechos. Precisamente por ello, el análisis de esta cuestión desde la Filosofía del Derecho puede resultar particularmente fructífera si pensamos, como afirma L. Prieto, que a ella le corresponde “ante todo una función desenmascaradora de algunos persistentes mitos que han dominado la doctrina de la interpretación jurídica, tanto científica como

operativa, y que han servido, entre otras cosas, para mantener el prestigio de una 'doctrina' y de una jurisprudencia neutral y apolítica". Recurriremos por tanto a este enfoque para analizar, primero, el principio de autonomía de la voluntad, examinando las características de la "concepción clásica" supuestamente consagrada por el Código Civil francés de 1804 y poner así de manifiesto sus diferencias con la actual definición del principio.

Los trabajos que analizan la evolución del Derecho de contratos a partir del siglo XIX suelen centrarse en las vicisitudes del principio de autonomía privada, dividiendo su trayectoria en dos o tres grandes etapas marcadas por tendencias generales que determinan el auge en la crisis del principio de autonomía de la voluntad. El primero correspondería a la primera mitad del siglo XIX: con el triunfo del liberalismo se impone lo que se conocerá como "concepción clásica" del contrato, basada en el dogma de la autonomía de la voluntad y consagrada en el Código Civil francés de 1804, el código liberal por excelencia. Las profundas transformaciones económicas que se producen en las décadas siguientes, con la revolución industrial y el proceso de concentración de la economía y del comercio, ponen de manifiesto la incapacidad de la concepción voluntarista y de sus construcciones para dar respuesta a la nueva realidad del tráfico. Surgen entonces las primeras críticas al dogma de la autonomía privada, en un contexto marcado por la crisis de la filosofía individualista y liberal. Comienza, a partir de ahí, el declive de la autonomía de la voluntad como núcleo del Derecho Privado. Este principio ya no se puede identificar con la idea de una primacía absoluta de la voluntad individual, sino que es necesario redefinirlo, de tal forma que integre nuevos elementos, desvirtuándose así para unos autores y enriqueciéndose para otros.

La versión clásica del principio de autonomía, con todo lo que implica en cuanto a sus presupuestos individualistas, parece la menos compatible con una figura como la *Drittwirkung*, que cabría más fácilmente en una visión más abierta a otros valores, menos "dogmática" de la autonomía de la voluntad, esa misma configuración clásica ha

sido cuestionada por algunos autores que descartan que aquella fuera la concepción recogida por el *Code ni*, de hecho, por sus primeros interpretes. De ser así, la objeción formulada a la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales y sustentada en el “dogma” de la autonomía de la voluntad podría perder consistencia, si se demostrara que ese dogma ha funcionado más bien como un mito explicativo del derecho y no tanto como una descripción del ordenamiento positivo.

En suma, la idea jurídica de autonomía de la voluntad recoge una influencia general de las ideas de las Luces, tal y como aparecen, por ejemplo, en las declaraciones de derechos, cuyo sujeto es el hombre libre, emancipado, sobre el que se construye toda la sociedad y el Derecho que ha de regirla. Pero generalmente los juristas de la época no basaron de forma explícita sus teorías jurídicas en unos principios filosóficos o políticos determinados.

Según la interpretación mayoritaria, el principio de autonomía de la voluntad es el eje de todo el derecho privado del siglo XIX; se habla así del “dogma” de la autonomía de la voluntad para evocar la hegemonía de un principio incuestionable que se admite como verdad fundamental; en virtud de este principio, la fuente del Derecho se encuentra en el propio individuo, en su libertad y en su voluntad, en su voluntad autónoma en definitiva. Esta idea se enraíza en el *Credo filosófico y jurídico de los siglos XVIII y XIX* que, tal y como indica A. Rieg, gira entorno a la voluntad: “en la base del edificio social se encuentra el individuo, es decir, una voluntad libre: el Estado, la ley no son más que emanaciones de las voluntades individuales que se conjugan entre sí (...). Todo el edificio jurídico está dominado por el principio de autonomía de la voluntad”. De este modo, toda obligación se hace derivar de una voluntad expresa o tácita, una voluntad que garantiza la legitimidad del pacto.

Partiendo de estas premisas, carece de sentido hablar de una mayor o menor autonomía del individuo, en función de circunstancias específicas en las que se encuentre en cada momento, éstas son del todo irrelevantes, en la medida en que la voluntad es por definición

autónoma. Las vicisitudes que afectan a la existencia de cada sujeto no alteran en nada lo que es su esencia. Los seres humanos son libres, igualmente libres.

Al igual que el contrato social se presenta como el origen del poder político legítimo, también en la esfera privada el contrato es fuente de obligaciones justas. Si se puede afirmar que según el contractualismo clásico “sobre la voluntad humana, libre y responsable se sustenta todo el edificio social y político”, del mismo modo cabe declarar que esa misma voluntad, libre y responsable, es la que se encuentra en el origen del pacto jurídico – privado, constituyéndose en fuente y medida del Derecho.

Si el contrato es necesariamente obligatorio, porque las partes han consentido libremente en obligarse a través de él, también es necesariamente relativo, es decir, no vinculante para terceros. Las partes no pueden obligar, a través del contrato, a un tercero ajeno al propio negocio jurídico. En efecto, la voluntad de unos no puede trabar la voluntad de otros. Y si cada hombre es el más capacitado para juzgar con mejor criterio cuales son sus propios intereses, entonces no lo es, por definición, para ponderar mejor cuales son los intereses ajenos.

Desde el momento en que los individuos expresan en el contrato su voluntad autónoma, se puede sostener que cada una de las partes solo se obligará si considera que el pacto es equitativo, de ahí que se afirme que todo pacto libremente querido es justo, segundo postulado del principio de autonomía de la voluntad.

En definitiva, no es la voluntad, sino la ley (de tal forma que el orden institucional tiene plena injerencia) la fuente de la fuerza obligatoria de los pactos. El principio de autonomía de la voluntad no supone, según el propio Código Civil, que la voluntad de las partes sea la fuente de la obligación que se establece entre ellas. Si el contrato tiene fuerza obligatoria, no es porque el pacto proceda de la voluntad de los contratantes, sino porque la ley reconoce ese efecto al acuerdo de dos o más voluntades. Por otra parte, para tener fuerza de ley, el

contrato deberá haber sido elaborado de conformidad con la propia ley, ajustándose a las condiciones esenciales para la validez de las convenciones, establecidas en el propio Código Civil.

Pese a todo, conviene recordar el alcance de ese principio y cómo el acuerdo de dos o más voluntades solo produce efectos jurídicos en la medida en que el propio Derecho se los reconoce. Y el ordenamiento atribuye a la voluntad esa facultad creadora de Derecho, estableciendo la fuerza obligatoria del contrato, porque ésta se configura como un medio para alcanzar los fines superiores que persigue el Derecho. De este modo, la autonomía deja de ser un fin en sí mismo (como parece implícito en la “concepción clásica”) y se transforma en instrumento para alcanzar la mayor utilidad y la mayor justicia.

Si bien, como se analizará, no se trata propiamente de un cambio de paradigma, es indudable que, bajo la influencia de las corrientes socialistas de la segunda mitad del siglo XIX, las referencias a la utilidad y a la justicia del contrato se convierten en una constante entre el sector más crítico de la doctrina, adquiriendo estos valores una relevancia de la que hasta entonces carecían. También es cierto que estas reflexiones iniciales van a fijar, en gran medida, los términos de la reflexión sobre la célebre crisis del contrato, que tanto ha marcado la actual comprensión del fenómeno contractual.

Se consolida de este modo una concepción social del Derecho, fruto de las aportaciones de diversas escuelas. En líneas generales, se puede afirmar que el fundamento del Derecho se desplaza desde la voluntad hacia el ámbito de los fines, siguiendo una línea de reflexión iniciada entre otros por R. Von Iherin. Según este autor, los derechos no son el producto de una voluntad soberana y abstracta que “se mueve en el vacío,” sino que se trata de “intereses jurídicamente protegidos” pues los derechos existen “para garantizar los intereses de la vida, ayudar a sus necesidades y realizar sus fines”. Unos intereses y unos fines que deben armonizarse para alcanzar el equilibrio social. En efecto, el Derecho no sanciona la persecución de cualquier fin, sino que únicamente protege aquel que responda a un interés legítimo, a

un bien que redunde en beneficio de la sociedad. Esto es lo que permite afirmar a R. Von Iherin que la utilidad, no la voluntad, es la sustancia del Derecho.

La misma idea aparece en la doctrina alemana. En su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, R. Alexy inicia el epígrafe dedicado a la “Construcción en efectos en terceros” exponiendo que “actualmente se acepta, en general, que las normas *iustfundamentales* rigen en la relación ciudadano - ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros y un efecto horizontal.” Lo que se discute es cómo y en qué medida ejercen esta influencia. También R. Singer afirma que, si bien persiste la disputa en torno a cuál es la teoría “correcta” de la *Drittwirkung* de los derechos fundamentales “el resultado principal no se discute, a saber, que los derechos fundamentales tienen en todo caso, en cierta medida, vigencia en el tráfico jurídico – privado y que dentro de ese ámbito establecen límites a la libertad contractual.”

El Estado se ve así conducido ante el siguiente dilema: o bien respeta el contenido del pacto acordado en el ejercicio de la autonomía privada y en ese caso no interviene, o bien interviene porque considera que el derecho fundamental de una parte debe prevalecer no solo frente al derecho fundamental de la otra parte que ha entrado en colisión con el primero, sino también “frente al derecho de los particulares (incluido el del sujeto aparentemente protegido) a que el Estado no interfiera en su actuación individual (protegida por la libertad genérica de actuación, la libertad de expresión, la libertad contractual, el derecho de asociación, derecho a la intimidad, etc.)”

Reconocer la eficacia horizontal (directa o indirecta) de los derechos fundamentales implica mantener que éstos constituyen, de una u otra forma, límites a la autonomía privada: ante un funcionamiento defectuoso de la libertad contractual, “la pregunta no es si se debe desarrollar una justicia contractual, sino únicamente cómo y en qué medida es necesario hacerlo”. Es ese “cómo” lo que varía, en función de la tesis que se mantenga. Así, a diferencia de la *Drittwirkung* mediata, la teoría de la eficacia inmediata sostiene que los derechos

fundamentales son directamente invocables en las relaciones privadas como límites a la autonomía privada, aunque el legislador no lo haya previsto expresamente y sin necesidad de pasar por el filtro del Derecho Privado.

Lo que la *Drittwirkung* plantea en última instancia es un problema de colisión de derechos, que el legislador deberá regular conforme al principio de proporcionalidad y que, en caso de alguna normativa, el juez deberá resolver teniendo en cuenta la influencia de los derechos fundamentales sobre las normas de Derecho Privado, pero sin recurrir directamente a ellos.

Al finalizar la década de los 50, la problemática de la *Drittwirkung* se coloca en el centro del debate constitucional de la época, constituyéndose en uno de los aspectos esenciales del moderno desarrollo jurídico. La postura tradicional que consideraba al Estado como único destinatario y el único sujeto vinculado por los derechos fundamentales entra en crisis, y por parte de la doctrina constitucional se elabora toda una nueva construcción teórica, que intenta justificar los nuevos alcances de la figura de los derechos fundamentales en el Estado Social del Derecho, para justificar en el mismo texto constitucional dicha extensión de la libertad, radica en los poderes públicos la obligación de protegerla y respetarla. Tal obligación solo puede “entenderse aquí literalmente como la protección contra las fuerzas no estatales”. Entonces, las normas constitucionales que consagran derechos y libertades hacen una nueva entrada en el sistema normativo, consagrando valores que son eficaces también el tráfico jurídico privado.²⁹

Pronto la literatura contraria a la *Drittwirkung* se hizo casi tan inabarcable como los escritos a favor; sin embargo, los principales argumentos esgrimidos por esta tendencia se pueden resumir en los siguientes:

1. La *Drittwirkung* va en contra de la tradición histórica y el concepto de los derechos fundamentales.

29 Julio Estrada, A. Ob. Cit. pp. 97 a 99.

2. La administración de la eficacia frente a particulares debe estar supeditada a su reconocimiento expreso por el texto constitucional.
3. No era cometido del constituyente la regulación de las relaciones entre particulares.
4. De los antecedentes del debate constituyente no se desprende que los “padres de la Ley Fundamental de Bonn” tuvieran la intención de consagrar una *Drittwirkung*.
5. La Ley Fundamental de Bonn en su artículo 1.3 solo vincula a los poderes públicos con los derechos fundamentales como derecho directamente aplicable.
6. La *Drittwirkung* anula autonomía privada, y terminaría por destruir el derecho privado al hacerlo por completo innecesario, pues los jueces podrían basar sus decisiones directamente en el texto constitucional prescindiendo de las prescripciones legales existentes.
7. Por último, se acusa a esta doctrina de retirar importantes ámbitos de la configuración social de las manos del legislador democrático, cuya libertad de configuración resulta restringida a causa de la interpretación extensiva de la Constitución, trasladándolo a los tribunales, donde por igual se sustraerían tanto el debate liberal como de la corrección democrática. De este modo se acabaría en un “Estado judicial”.

No obstante las críticas, la teoría aporta los elementos que se pueden complementar ante las problemáticas contemporáneas.

30 Soria Saiz, Carlos. *Derecho de la Información: Análisis de su concepto*. se. s.p. s.a. pp. 5 y 7. de Buen, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. (Ideas Generales. Fuentes Históricas del Derecho Civil Español. Codificación. Normas Jurídicas) 3ª. Ed. Porrúa. México. 1998. pp. 245 y 246.

Derecho de la Información, aspecto filosófico³⁰

Acotando los derechos fundamentales nos centraremos en este apartado al Derecho de la Información aplicando la epistemología en su estudio.

No se pretende gravar el término realidad informativa con connotaciones filosóficas. Se utiliza con un sentido directo, y alude al conjunto de fenómenos sociales desencadenados por la información: a la totalidad de actos, operaciones y efectos que la información pone en juego. Realidad informativa es así sinónimo de vida informativa, de vida social nacida y desarrollada como consecuencia de la actividad informativa.

Para Brajnovic, que estudió la cuestión conceptual de los términos información y comunicación, el binomio no es ni una dicotomía ni un simple sinónimo que designa una misma: se trata de dos áreas conceptuales que se encuentran juntas en un determinado espacio, de encontrarse juntas no quiere decir que sean inseparables o idénticas, aunque casi toda información necesita ser comunicada, mientras que la comunicación no tiene que ser siempre informativa.

Fuente de derecho es el medio de expresión de las normas jurídicas; las fuentes de derecho están constituidas por el conjunto de signos exteriores, capaces de ser interpretados por la persona humana, donde se revelan y manifiestan las reglas de derecho. Son así, fuentes del derecho, una ley, una costumbre, una obra jurídica, etcétera.

Son fuentes formales las dotadas de fuerza para obligar por mandato de dicho ordenamiento legislativo. Reciben el nombre de formales porque se caracterizan por la forma que revisten, no por la índole de los mandatos que contienen. Las fuentes materiales no tienen fuerza de obligar por disposición autoritaria; pero aportan elementos o factores para el conocimiento del derecho o para su más certera aplicación. Reciben el nombre de materiales porque valen, no por la forma que revisten, sino por su contenido, o sea por los materiales aportados.

La verdad propia de la información no es la misma verdad científica, tampoco lo es la objetividad, porque la objetividad y la verdad propias de la información no son la identidad del relato de los hechos con los hechos en sí. La verdad y objetividad informativas están más emparentadas con la verdad artística, con la creación, con la invención.

A los informadores corresponde la elección de la forma (modos y medios) y de la materia (contenidos) de los mensajes informativos. Allí mostrarán sus talentos. La creatividad de los informadores consiste en conjugar la realidad observada - descubierta, ¿inventada?- por ellos, con la versión del mensaje que emitirán. A ellos también corresponde conjugar su propia libertad y responsabilidad, que son los únicos límites a la propia subjetividad, en la búsqueda de la verdad propia de su profesión.

Más que la objetividad de unos hechos que se cuentan a sí mismos, lo que se debe exigir a los periodistas es la veracidad del que reconoce que manipula los hechos, pero los dispone en la forma que él considera más próxima a la realidad y que mejor contribuye a la comprensión de esos hechos por parte del público.

La información como objeto epistémico³¹

La interactividad de mensaje y medio se produce a través de la información. Pero las palabras tienen vida: nacen, crecen, se reproducen y mueren. La palabra información constituye un ejemplo de plurivalencia significativa. Aunque originariamente se refiere a una operación unitaria, poner en forma equivale, por una parte, a cada uno de los actos de esa operación; por otra, a la recepción del sujeto que se llamó pasivo hasta que se demostró que no lo era y que ni siquiera era meramente receptor puesto que su relevancia en la relación informativa, en la puesta en común, lo equiparaba de hecho al nivel del emisor y de derecho lo situaba como su acreedor.

31 Desantes Guanter, José María. *La Información como deber*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Argentina. 1994. pp. 8, 9 y 12.

De ese significado primario o etimológico, la palabra información se ha trasladado al resultado final de la información, lo factible, a lo que llamamos mensaje. La información traduce la realidad en palabras. La realidad informada se ha convertido en un objeto verbal o icónico que la representa y que, en cierto modo, es ella misma: primero en forma intelectual por el conocimiento y después en forma expresiva a través de la locución. El derecho a la información es, en otra acepción, un modo de decir el derecho al mensaje, a la consecuencia final de la información como acto al que llamamos también información. A la existencia del mensaje en el mundo del intelecto se ha llegado por una serie de operaciones que se pueden analizar o descomponer como en un laboratorio: el conocimiento de la realidad, su modulación y la comunicación efectiva de lo modulado.

El derecho a la información ha pasado, en pocos años, de ser una expresión desconocida, a estar en boca de todos. Lo que no significa que su noción esté clara en la mente de quienes lo invocan; ni que se conozca cumplidamente su concepto y sus elementos. La información, en efecto, es objeto de un derecho natural, derivado del derecho primario a la vida humana en su doble dimensión, personal y comunitaria. Lo describió, por primera vez y de una manera suficientemente acertada, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 19. Lo nominó, también por primera vez, el decreto *Cum mirifica* del Concilio Vaticano II con el sintagma sustantivo que ya conocemos: derecho a la información.

La información como objeto epistemológico -o, mejor habría que decir, como objeto de una ciencia (la transdisciplinariedad existente en las hoy llamadas Ciencias de la Información permite afirmar la existencia de una Ciencia de la Información con una división funcional y pedagógica de diferentes disciplinas)- es polifacética: se puede contemplar bajo perspectivas diferentes que no solo no se excluyen entre sí, sino que se complementan. No es científico oponer, por ejemplo, el aspecto técnico de la información al moral, aunque aparentemente parezca posible tal divorcio en teoría y se siga más

o menos inconscientemente en la práctica. Todo principio técnico, desde el momento en que ha de favorecer a la información es, al mismo tiempo, un principio saturado de contenido moral porque la comunicación afecta al *homo qua homo*, ser personal complejo en el que no se deben separar sus componentes, sino tratarlo desde la totalidad de su naturaleza única.

Objetos y Sujetos de la Información³²

El Derecho de la Información, como Derecho objetivo que es, es decir, como ordenamiento jurídico y como ciencia, se orienta siempre con arreglo a un principio general que es la efectividad del derecho subjetivo a la información, el derecho al mensaje que informe -y que no sea una apariencia de mensaje que desinforme- al que se ha llegado después de un conjunto de operaciones que lo garantizan si son lógicamente perfectas en el sentido de operaciones terminadas. Ya sabemos que la maduración y el progreso de las ciencias valorativas es menos espectacular y rápido, pero no menos cierto, que el de las ciencias aplicadas. Este avance seguro llegó a fructificar las ideas vertidas desde la antigüedad clásica a la edad contemporánea, positivizando el derecho a la información en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas en su artículo 19, complementando por otros artículos de la misma Declaración, como el 27, describió -que no definió, siguiendo la máxima romana- con toda precisión los elementos de un derecho ajustado al mundo actual, que es el que llamamos derecho a la información. Técnica y ciencia jurídicas han completado la evolución especificando el derecho a la comunicación a través del derecho a la información.

El derecho subjetivo a la información es el que nos sirve de contraste para valorar las tendencias políticas y legislativas y la acción puntual de los informadores y del público. Se puede sentar un principio general: cuando estos actos y estas tendencias favorecen el derecho de la

32 Desantes Guanter, J. *Derecho a la Inf.* Ob. Cit. pp. 59, 60. Desantes Guanter, J. *La Inf...Ob.* Cit. pp. 23 a 25.

información, estamos ante unas actuaciones buenas, que valoraremos positivamente. Cuando no favorecen o son indiferentes ante el derecho que exponemos, hay que calificarlas negativamente. La estructura de este derecho, al que hay que atender para comprobar su efectividad, es fácil obtener analizando al artículo 19 de la Declaración Universal. Así lo han hecho los mejores intérpretes de esta norma supranacional. Globalmente, cabe decir que el citado precepto viene a garantizar la personalidad del ser humano y la comunidad de sus miembros.

Si la comunidad implica la personalidad de los que la construyen, el problema de la comunicación, que es la señal inequívoca de ser persona, y el problema del hombre sociable van estrechamente unidos; es decir, son el mismo problema visto desde dos perspectivas.

El acto de comunicarse, lo que en términos técnicos informativos llamamos difusión, es el último en la serie compleja de actuaciones que constituyen el proceso interno hasta que el mensaje está presto para ser transmitido. La difusión hace entrar en juego el tercer elemento, o elemento externo del proceso: el medio.

Los sujetos de la realidad informativa, cuando la información se considera jurídicamente como el objeto de un derecho humano -el derecho a la información-, se reconducen a un único sujeto: el sujeto universal del derecho a la información.

El titular del derecho a la información es toda persona: todas y cada una de las personas. De ahí su denominación como sujeto universal de la información, titularidad que no admite excepciones porque se identifica pura y simplemente con todas las personas que integran la sociedad.

Dentro del sujeto universal de la información, distingue el Derecho, en primer término, los sujetos especialmente regulados, mejor aún, especialmente regulados, mejor aún, especialmente protegidos en razón de su minoría: minoría de edad, minoría religiosa, lingüística, cultural, étnica, etcétera, y en segundo término distingue dos tipos

más de sujetos: el sujeto organizado y el sujeto cualificado o profesional de la información.

Desde un punto de vista no valorativo, que tuviera de la libertad una noción estrictamente física -poder o no poder-, el objeto de la información poseería dos notas fundamentales: la universalidad y la indeterminación. La universalidad vendría reclamada por la universalidad del interés y la curiosidad sociales, tanto en razón de la materia como en razón del espacio. De esa nota derivaría la indeterminación del objeto de la información. No sería posible determinar previamente, con un rigor y una precisión mínimas, lo que es o no es información.

Características del derecho de la Información³³

En cuanto al *objeto*, la Declaración, al referirse a “opiniones” e “informaciones”, incluye todo tipo de mensajes y, por tanto, cuando es susceptible de ser comunicado, distinguiendo tres facultades esenciales: la de *recibir*, la de *investigar* y la de *difundir* informaciones.

Sánchez Freís³⁴ propone los siguientes *caracteres* del derecho a la información:

1. Es un derecho “natural”, por cuanto su razón de ser radica en la naturaleza sociable del hombre.
2. Es personal, porque incide en el perfeccionamiento de la persona, sobre todo en su esfera social.
3. No es un derecho absoluto, sino susceptible de limitaciones.
4. Es público, por las razones antes aludidas.

33 Desantes Guanter, J. *Derecho a la Inf.* Ob. Cit. pp. 62, 62 y 66. Soria Saiz, C. Ob. Cit. pp. 9 a 11.

34 Escobar de la Serna, Luis. *Derecho de la Información*. 3ª. Ed. Dykinson. España. 2004. pp. 79, 84 a 86, 89, 91, 92, 105 y 106.

5. Es un derecho político, en el sentido de que posibilita y se funda en la participación política o en las funciones públicas.
6. Es un derecho universal, inviolable e inalienable.

De esta naturaleza se deducen las siguientes *conclusiones*:

1. Que todo miembro de la sociedad, y ella misma en su conjunto, tiene derecho a la información.
2. Que los entes públicos tienen el deber de facilitar tal información.
3. Que los profesionales de la información son intermediarios entre los entes públicos y los destinatarios de la información.
4. Que tienen igualmente derecho a obtener información y el deber de transmitirla lo más fiel posible.
5. Que la información, objeto o contenido del derecho, y por lo tanto también del deber, no puede ser otra que aquella cuya naturaleza y calidad sea adecuada para satisfacer los intereses, que se intenta proteger, de realización personal y social en la participación de los ciudadanos en la vida pública.
6. Que es evidente la necesidad de que sea tutelado el sujeto activo o acreedor del derecho a ser informado, en lo que el grado de educación y formación del receptor es cuestión fundamental.

Todas estas consideraciones le llevan a definir el Derecho de la Información como el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la tutela, reglamentación y delimitación del derecho a obtener y difundir ideas, opiniones de normas predominantemente de Derecho Público -incluye también los preceptos aplicables al Código Penal, igualmente de Derecho Público- y siempre impositivas (*ius cogens*), que constituyen un derecho fundamental, de carácter natural, ordinariamente recogido y formulado en la Constituciones o leyes fundamentales de todos los

países civilizados, y desarrollado después a través de normas que constituyen el núcleo del Derecho de la Información.

Ambas definiciones, partiendo de supuestos distintos aunque esencialmente coincidentes, se complementan mutuamente. Una consideración del objeto primordial del Derecho de la Información como Derecho regulador y protector de las libertades de expresión y de información reconocidas constitucionalmente, Escobar lo define como “aquella rama del Derecho que comprende el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la actividad informativa y de la tutela efectiva del derecho a las libertades de expresión y de información en la forma en que se reconocen y quedan constitucionalmente establecidas.” Se deduce de aquí:

1. Que el Derecho de la Información es una parte sustantiva y autónoma de la Ciencia del Derecho, y en ese carácter participa plenamente de los principios que configuran la teoría general del Derecho.
2. Que, como tal, comprende y abarca un conjunto de normas reguladoras de la actividad normativa.
3. Que dichas normas, encabezadas por la Constitución, comprenden una doble faceta correspondiente a la dual dimensión del derecho que protegen: el individual, que abarca a todos los sujetos activos y pasivos de la información, lo que le otorga un carácter general y universal; y la social o colectiva como función capaz de contribuir a la libre formación de una opinión pública plural, que es la base de todo el sistema democrático y, por ende, del Estado de Derecho.
4. Que teniendo como finalidad esencial la regulación jurídica de la actividad y las relaciones informativas, aquella ha de basarse en la tutela efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución.

Cuando poseemos ya formulados y resueltos los grandes problemas de la construcción jurídica general del Derecho de la Información para

concebir su construcción unitaria, podemos esquematizar así las vías posibles:

- a) utilizar los conceptos de la teoría general de las diferentes disciplinas;
- b) iniciar la búsqueda de aquellas causas que, desde otras ramas del Derecho, no han podido explicar los fenómenos jurídico informativos, y cuyo nivel de generalización no excederá al de la teoría general del Derecho; y
- c) suplir con la generalización que exijan los condicionamientos aparentes informativos, la falta de una teoría general de las Ciencias de la Información en la situación actual de los fenómenos de comunicación de masas.

Son características destacables del Derecho de la Información su universalidad y su generalidad. En cuanto a la primera, porque, en efecto, ha sido precisamente la información desbordando fronteras en el plano de la difusión y de las ideas, la que, en un lenguaje jurídico, ha postergado los conceptos de soberanía y de territorialidad. Y esto en dos sentidos: el meramente técnico, haciendo necesaria la regulación de los medios de transmisión que se convierten enseguida de su aparición en medios de comunicación; y en el ideológico, dada la comunidad que se forja con la comunicación inmediata de hechos, ideas y opiniones. Respecto a la segunda, porque la especialidad o la excepcionalidad, a las que define negativamente el derecho común, no se contraponen, sin embargo, al hipotético carácter de Derecho general del Derecho de la Información o, lo que es lo mismo, a atribuirle una función generalizadora en la Ciencia del Derecho.

La ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos, les confiere una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídicoinformativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información.

- a) Que el Derecho de la información se define como ciencia y no como ordenamiento, al que presupone y completa, ya que la Ciencia del Derecho no es solamente ciencia de normas, sino también ciencia normativa;
- b) Que es ciencia jurídica universal, formulación que aspira a servir no solamente para un Derecho interno, sino para el Derecho en todas sus dimensiones territoriales y, por tanto, universales;
- c) Que es ciencia jurídica general, pues se nutre de los principios de la teoría general del Derecho y, a la vez, suministra criterios a dicha teoría general que le proporciona el objeto de su conocimiento y el hecho de que Derecho y comunicación sean, en gran parte, términos solapados;
- d) Que es una ciencia jurídica pluralista, pues se define por varios criterios, no simplemente yuxtapuestos, sino enlazados: acotamiento, perspectiva, actividad, situación, relación jurídica y derecho a la información;
- e) Que está al servicio de una finalidad: la realización del derecho a la información como fundamental del ser humano, que se convierte así en un principio de integración como núcleo, principio y fin del Derecho de la Información.

Es también, sin duda, un derecho personalísimo, y como tal tiene atribuidos los siguientes *caracteres*, consecuencia de la nota fundamental de ser derechos esenciales del individuo:

1. Son derechos *originarios* o *innatos*, que se adquieren simplemente por nacimiento, sin necesidad del concurso de medios legales de adquisición. No obstante, no todos los derechos de la personalidad son derechos innatos, ya que algunos de ellos, como el derecho moral de autor, no surgen sobre la base del simple supuesto de personalidad y necesitan la concurrencia de ciertas circunstancias de hecho.

2. Son, en principio, derechos subjetivos *privados*, ya que corresponden a los individuos como simples seres humanos y se proponen asegurarles el goce del propio ser, físico y espiritual. Sin embargo, algunos de esos derechos de la personalidad pueden también ser clasificados entre los derechos subjetivos públicos y participan de elementos públicos, como sucede también con los derechos de familia, por lo que la mayor parte de estos derechos son a la vez deberes.
3. Son derechos *absolutos* o de *exclusión*, en el sentido de su oponibilidad *erga omnes*. No son, en cambio, absolutos en cuanto a su contenido, pues están condicionados por las exigencias del orden moral y las del orden jurídico, que obligan a ponerlos en relación con los derechos de los demás hombres y los imperativos del bien común.
4. Son derechos *personales* o, más propiamente, *extrapatrimoniales*; lo que no obsta para que su lesión pueda dar lugar a consecuencias patrimoniales, por la vía del resarcimiento del daño, encaminada a garantizar el equivalente de aquellos bienes personales que constituyen el objeto de los derechos de la personalidad.
5. Son, finalmente, y por razón de su misma nota de esencialidad, *irrenunciables* e *imprescriptibles*.

Desarrollo Ideológico del Derecho de la Información³⁵

Todo lo que es físicamente comunicable no es jurídicamente comunicable, porque en las relaciones contractuales, potencias o efectivas, puede verse comprometida la justicia relativa al sujeto universal, es decir, lo estrictamente debido a cada sujeto tomado personalmente, o al sujeto universal tomado en su conjunto.

Todo esto quiere decir que las posibles relaciones *iusinformativas* reclaman la determinación de su contenido y están sometidas, de una

35 Citado en Ibidem. p. 83.

u otra forma, al principio de responsabilidad jurídica. Y este ingrediente de la responsabilidad constituye -como se tendrá ocasión de ver- otro núcleo importantísimo del análisis *iusinformativo*.

Para Terrou, todos los elementos jurídicos fundamentales de la doctrina liberal se ponen en pie entre 1789 y 1791. El artículo 11 de la declaración francesa de 1789 es su expresión típica: "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede en consecuencia hablar, escribir o imprimir libremente, sin perjuicio de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley".

La concepción ideológica que subyace en el artículo se confirmará más tarde en los principios de libertad de empresa, libertad de profesión y prohibición de toda clase de corporaciones, establecidos los dos primeros principios en el Decreto de marzo de 1791 y el último, en el de junio del mismo año. La libertad de expresión y la libertad de prensa pasan a ser, en el contexto de las libertades y derechos públicos, piezas decisivas de la organización política. Se conciben como derechos naturales, personales e imprescriptibles.

Se viene abriendo paso desde comienzos del siglo XX, la conciencia de una crisis profunda en la cultura de la modernidad y la oportunidad subsiguiente de intentar superar esta crisis a partir de una nueva sensibilidad de ruptura. La modernidad es un proceso cultural que tiene su origen en el nominalismo bajomedieval de los siglos XIV y XV. Su primera gran manifestación teórica va a producirse a lo largo de los siglos XVI y XVII, principalmente a través de los planteamientos que condensan cuatro hombres: Maquiavelo, Lutero, Bacon, Descartes.

La cultura de la modernidad conocerá inmediatamente después, a lo largo del siglo XVIII, una amplificación a través de una triple aportación: el principio de tolerancia, tan próximo a la idea de indiferencia, es decir, a que todo es aceptable porque todo es equivalente, vale igual; la

propuesta, en segundo lugar, de que la ciencia sustituya a la fe como principio de unidad entre los hombres; y finalmente, la fijación axiomática de que todo lo racional es real, y por otra parte, que solo es real lo que puede captarse por la razón. La concreción práctico-operativa de esta cultura de la modernidad se asumirá en la ideología liberal progresista, sea lineal o dialéctica, del siglo XIX, es decir, en la secularización de la ideología religiosa protestante.

El derecho a la información se inscribe plenamente en la teoría de los derechos humanos y forma parte del elenco expreso de derechos, técnicamente formulados en las correspondientes declaraciones y convenciones supranacionales. A partir de su formulación en 1948 ha sido presentado como un derecho que en razón de su sujeto es universal, en cuanto es reconocido y predicado por todo individuo, con independencia de su adscripción política a una comunidad determinada.

La protección jurídica especial, en razón de las diferencias individuales y sociales significativas, se completa con una última orientación. Suele hallarse en los ordenamientos una clasificación de los medios que toma en cuenta su contenido.

La noción de actividad informativa está llamada a ser un hilo conductor que, en el Derecho de la Información, empalme entre sí todas las posibles actuaciones, con trascendencia jurídica, de los sujetos *iusinformativos*. “La actividad informativa -afirma Desantes- la desarrollan unos sujetos que, a través de unos medios, transmiten un contenido a otros sujetos, determinables o no. Es la que realiza el sujeto agente, la que permite manipular el medio, la que configura el contenido y la que repercute en el sujeto pasivo o receptor.

A través de la idea de actividad, el conocimiento *iusinformativo* se hace dinámico; se pone de manifiesto otra vez más que tal conocimiento está referido al *iter* real de la información y a todas las manifestaciones jurídicas que están inervadas en ese proceso. La idea de actividad, en fin, abre el panorama hacia la noción de relación jurídica.

Corresponde a Desantes el mérito de haber establecido una clasificación de las actuaciones informativas con un “sentido más orientativo que normativo, más tendencial que inamovible, más de utilidad práctica que de paradigma”, pero que en todo caso es una clasificación basada en unos depurados criterios.

En una primera aproximación, Desantes clasifica en tres partes los actos con trascendencia en la información: actos preambulares, que “se producen necesariamente antes de que se ponga en marcha el proceso informativo con todas las consecuencias y actos que provoca”; los actos simultáneos, “que tienen su origen en el proceso mismo, aun cuando no tomen parte del proceso o actividad informativa estrictamente hablando”; y los actos epilogales, “que surgen no necesariamente del proceso informativo estricto, pero sí del hilo de su desarrollo”.

En primer término, afianza la idea de que todos los posibles sujetos a los que se refiere el Derecho de la Información se reconducen, sin violencia alguna, a la triple clasificación del sujeto universal, organizado y cualificado de la información. Desde este punto de vista, el análisis descriptivo de las posibles actuaciones informativas confirma suficientemente que el Derecho de la Información no es básicamente el Derecho de un segmento profesional, o un Derecho mosaico, constituido por una simple agregación o yuxtaposición de estatutos, ni es tampoco un Derecho cuyo objeto científico se localiza en las actuaciones informativas consideradas reductivamente, es decir, limitadas solo a las que constituyan manifestación o ejercicio de las facultades que integran el derecho a la información; la noción de actividad informativa es más amplia y se refiere también a las actividades que, en el ámbito jurídico, tienen trascendencia para la información.

La actividad, por otra parte, resulta un punto de referencia, un criterio de contraste, a la hora de acotar las normas jurídicas que integran el Derecho de la Información entendido como ordenamiento. Esas normas empiezan y acaban donde nace y finaliza la actividad

informativa. Ya se comprende, por supuesto, que no toda actividad informativa tiene que estar regulada por normas de carácter positivo.

¿Es posible hablar de *un* objeto en las relaciones jurídicas informativas? La duda se plantea, por supuesto, ante la multiplicidad de posibles relaciones *iusinformativas* y el problema que siempre representa -en la búsqueda de un objeto común determinante- todo proceso de abstracción. Cobra aquí plena vigencia la labor epistemológica.

Está, en primer lugar, el criterio de la armonía con la teoría general de la relación jurídica, lo que quiere decir que el objeto de las relaciones *iusinformativas* se circunscribirá, en todo caso, a bienes o a derechos; a las cosas propiamente dichas existentes en el mundo físico, a los productos del espíritu humano, a los actos o prestaciones de los seres libres, las facultades propias de la persona, y determinados sectores, manifestaciones o direcciones de la actividad humana.

Pero el objeto se acota además, con la ayuda de otros dos criterios: en razón de la naturaleza y en razón del destino del objeto, aunque, bien vistas las cosas, ambos criterios son susceptibles de resumirse en uno solo: El criterio del destino.

Si a efectos esquemáticos consideramos que las relaciones *iusinformativas* diferenciadas tienen en cada uno de sus extremos a un solo sujeto, el cuadro fundamental de esas relaciones sería el siguiente:

- a) *La relación constitucional iusinformativa*, en cuyos polos estarían situados el Estado y el sujeto universal de la información.
- b) *La relación de trabajo informativo* que vincula al sujeto cualificado de la información con el sujeto organizado; y,
- c) *La relación iusinformativa profesional* que se establece entre los sujetos organizados y cualificados de la información y el sujeto universal.

La relación constitucional *iusinformativa* tiene en uno de sus polos al Estado; en el otro, al conjunto de ciudadanos. Todas las personas físicas o jurídicas ocupan en esa relación una posición radicalmente igualitaria. El derecho a la información no es, en este sentido, un derecho atribuible exclusivamente a los grupos sociales dotados de personalidad jurídica, sino un derecho individual.

Ahora bien, la posición del sujeto universal como destinatario de la información puede entenderse de diversos modos. A veces, por ser destinatario, se le emplaza en la misma situación que puede predicarse de cualquier consumidor de bienes o servicios.

El sujeto universal no es, en efecto, un puro receptor pasivo. Ni en el campo sociológico cabe decir que es pasivo, ni en el campo jurídico se nos presenta desprovisto de una posición jurídica, o desposeído de facultades *iusinformativas*. No es ni puede ser considerado como un sujeto receptor pasivo porque, en última instancia, tiene atribuidas las facultades de investigar, recibir y difundir ideas, hechos y opiniones.

Dentro de la relación *iusinformativa* profesional, los sujetos organizados y cualificados asumen lo que de modo sintético puede llamarse el deber profesional de informar: comprende el deber de difundir las ideas, hechos y juicios de interés público y los deberes anteriores, coetáneos o subsiguientes a la difusión informativa.

Ese derecho a la información se presenta, por tanto, como un criterio interpretativo de las normas positivas. No solo en el sentido de que las dudas o las oscuridades que se presenten en los análisis exegéticos han de intentar resolverse con ayuda de la luz que difunde el derecho a la información; sino especialmente como un principio generalizado e integrador del sistema *iusinformativo*. La necesaria unificación y coherencia de los materiales jurídicos referidos a la información -tantas

veces dispersos y fragmentados- únicamente puede venir por el camino de la aplicación del principio entrañado en el derecho a la información.

*La memoria es la vida, y está sometida a la
dialéctica del recuerdo y el olvido*
Luis Escobar de la Serna

Concepción del Derecho de la Información³⁶

El Derecho de la Información es una parte sustantiva y autónoma de la Ciencia del Derecho, y en ese carácter participa plenamente de los principios que configuran la teoría general del Derecho. Segundo que, como tal, comprende y abarca un conjunto de normas reguladoras de la actividad informativa. En tercer lugar, que dichas normas, encabezadas por la Constitución, comprenden una doble faceta correspondiente a la dual dimensión del derecho que protegen: el individual, que abarca a todos los sujetos activos y pasivos de la información, lo que le otorga un carácter general y universal; y la social o colectiva como función capaz de contribuir a la libre formación de una opción pública plural, que es la base de todo sistema democrático y, por ende del Estado de Derecho. Por último, se desprende también que tiene como finalidad esencial la regulación jurídica de la actividad y las relaciones informativas.

La manera de formarse la rama del Derecho que se conoce como Derecho de la Información difiere en cierto modo de la forma en que habitualmente se configuran las demás ramas del Derecho, que nacen con una autonomía propia a la vida jurídica al desgajarse de un tronco común, como consecuencia de la aparición de nuevos fenómenos sociales que han de ser regulados por las normas jurídicas adecuadas para la correcta organización y funcionamiento de aquellos. Su historia, tan breve como intensa, responde, no tanto con la tradición de otras disciplinas, cuanto de la fusión producida de la nueva realidad informativa y la necesidad de su regulación legal, para dar solución a una serie

36 Cfr. Soria Saiz, C. Ob. Cit. pp. 53, 57, 62, 63, 73, 75 a 78, 81 a 83, 89, 91 y 92.

de planteamientos que solo desde el Derecho podían afrontarse, tanto desde el punto de vista de la doctrina, como desde el más arduo en la puesta en práctica de la normas jurídicas, con la consiguiente repercusión en el ámbito profesional, laboral, judicial o administrativo, que la interpretación y aplicación del Derecho hace inevitable.

Con la aparición en 1973 del libro de Daniel Bell *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, se fraguó el concepto de *sociedad de la información* o *sociedad del conocimiento*, divulgado después por Alvin Toffler en 1980 en *La tercera ola* y por John Naisbitt en *Megatrends* en 1982. Desde entonces, la denominada *Revolución de Nuevas Tecnologías* está teniendo unas insospechadas capacidades de transformación de la sociedad y de las vidas de los seres humanos pues, además, se trata de un proceso continuo en el que las últimas innovaciones desplazan a las que las preceden, que muy poco antes parecían incluso definitivas. De ahí que se observe con acierto que tal revolución provoca, entre otras, las siguientes consecuencias:

- a) Ha dado su más espectacular salto con la *revolución digital*, que representando la información mediante impulsos binarios (*binary digits* o su contracción *bits*, definidos como el ADN de la información) multiplica la cantidad, la calidad y la velocidad de lo que se transmite y aumenta la capacidad de compresión o condensación, permitiendo manejar cada vez más información en menos tiempo y menos espacio;
- b) Constituye -y esto es lo más importante- un fabuloso *mecanismo de distribución del poder* y, por eso mismo, de su capacidad para promover y garantizar la libertad. Si la información es poder, ya nadie podrá monopolizar el poder que ahora está en el teclado de un ordenador. Tampoco será posible la censura por la dificultad creciente de controlar el funcionamiento de estas nuevas tecnologías;
- c) Es sin duda uno de los instrumentos básicos que ha acelerado el proceso de globalización, que es, posiblemente, el aspecto más

sobresaliente del mundo en que vivimos, y que, a la vez, impulsa la innovación en este campo, por la demanda creciente de tecnologías cada vez más eficaces y rápidas. No podemos perder de vista que el mundo globalizado es, ante todo, una sociedad de la información;

- d) Por otra parte, ese amplio mundo de la informática y de las telecomunicaciones aparece cada vez más estrechamente vinculado con el de los medios de comunicación de masas. Es decir, *la sociedad de la información converge con la sociedad mediática*. Las participaciones cruzadas de las empresas son cada vez más frecuentes, hasta el punto que empieza a hablarse de un *hipersector de la información*, que engloba los medios tradicionales y las modernas tecnologías en una veintena de sectores o grupos de actividad.

En todo caso, la concepción sociológico-realista del Derecho de la Información se integra -sin solución de continuidad- en aquella otra mantenida también a lo largo del trabajo, que hace de la justicia el punto de referencia. Como afirma Rodríguez Paniagua, siendo muy difícil determinar de antemano o en general las exigencias de la justicia con respecto al Derecho, “habrá que decir, al menos que no puede estar ausente la aspiración a lograrla en la medida de lo posible; y que en ningún caso podrán quebrantarse las exigencias de la justicia que cuenten con un asentimiento general, equivalente a la evidencia”.

La justificación última del Derecho de la Información es que representa un estudio informativo de la información desde el prisma jurídico, no desde el prisma sociológico, filosófico, histórico o ético. Tiene, pues cierta importancia plantearse la razón de unidad y las diferencias existentes entre el Derecho de la Información y la Ética Informativa.

Un enfoque distinto del tema diferencia ambas esferas de conocimiento en razón de la diversidad de puntos de vista o perspectivas que se adopten a la hora de su aplicabilidad. Con un criterio unilateral y subjetivo nace el deber moral, que hace relación a las acciones de

un mismo sujeto, determinando cuales debe llevar a cabo u omitir; con un criterio bilateral, intersubjetivo o transubjetivo y también objetivo, se relacionan las acciones de diversos sujetos para establecer cuales pueden realizarse sin impedimento de los demás: aparece entonces la categoría del Derecho.

Así pues, la ciencia del Derecho de la Información, entendida como un conocimiento valorativo de la información, se integra en una esfera más amplia -el conocimiento ético o moral de la información-, pero se distingue específicamente de él porque se trata de un conocimiento valorativo de la información que se produce solo únicamente desde un prisma jurídico.

Es obvio que en el estadio actual del Derecho de la Información no puede hablarse de un *corpus* unitario y sistemático en el que encontrarán ubicación todas las normas positivas con vocación o destino *iusinformativo*. En este punto bien puede decirse que el Derecho de la Información se encuentra en la misma posición que el resto de Ciencias Jurídicas que tampoco disponen de un *corpus* legal unitario y sistemático.

Los problemas de la dispersión normativa son, en realidad, otros. En primer lugar, hay que situar el de búsqueda y depuración de los criterios que permitan decidir si una norma determinada está *vocada* al Derecho de la Información. Esa vocación será fácilmente detectable en ocasiones, pero otras muchas no, en cuyo caso la resolución del conflicto sólo podrá venir deducida de la solidez y justicia de los criterios empleados.

En segundo lugar, será necesario superar la mera recepción mecánica de las normas dispersas para alcanzar la recepción que podemos llamar *iusinformativa*. Las normas recibidas al proceder de un trasplante jurídico pueden ser verdaderos cuerpos extraños en el sistema del Derecho de la Información, que acaben por morir -es decir, carecer de sentido *iusinformativo*- o por enquistarse, que es otra manera de perder su sentido originario.

Finalmente, se impone determinar el nivel de especificidad que hay que atribuir a los materiales normativos del Derecho de la Información. Dicho con otras palabras: Una nueva ciencia no puede ni debe aspirar a ser un mundo miniaturizado del conjunto -en nuestro caso- de ciencias jurídicas o informativas, sino que ha de guardar con todas ellas las oportunas relaciones que presuponen, por una parte, la solidaridad y el apoyo científico mutuo y por otra parte, la especificidad del objeto que cada una de esas ciencias aborda.

La realidad *iusinformativa* está, en ocasiones, tenuemente relegada o incluso presenta importantes lagunas en la normatividad jurídico-positiva. Así lo veía Terrou en 1952, y su pensamiento sigue teniendo todavía una cierta validez: “el derecho de la información -escribía- es, a veces, un derecho que no se atreve a decir su nombre o a afirmar abiertamente sus fines. Con frecuencia nos vemos obligados a comprobar la ausencia de una legislación concreta: de hecho, la situación está determinada por lo que se ha convenido en llamar las ‘prácticas administrativas’”. Son varios los factores determinantes de esta situación. En primer término, hay que situar la ausencia o la insuficiencia de un tratamiento científico-jurídico de la información imputable en buena medida a la juventud del Derecho de la Información. El estudio jurídico de la realidad informativa está facilitando ya -y lo seguirá haciendo en el futuro- el despliegue de las necesarias normas positivas.

En segundo término, es forzoso hacer referencia a las suspicacias que la ordenación jurídico-positiva genera en el ámbito de los sujetos cualificados y organizados de la información. En ocasiones, las suspicacias están favorecidas por el buen resultado que tienen otros sistemas jurídicos diferentes, en los que se otorga un valor preponderante a la actuación judicial concreta y a la invocación jurisprudencial de los precedentes aplicables.

El campo roturado por el *ethos* informativo interesa al ámbito *iusinformativo* por varias razones de peso. Tal vez la más importante sea la fuerza legitimadora que presta al derecho su enraizamiento

en la Ética. Con independencia de que sean esferas distintas, hay que reconocer que la fuerza moral del Derecho, su autoridad intrínseca, procede siempre de configurarse armónicamente con la Ética.

Hay un círculo de influencias entre el *ethos* informativo y el ordenamiento del Derecho de la Información, cuya dinámica está presidida por el postulado de la realización de la justicia. El *ethos* se muestra en muchas ocasiones con una ductilidad de la que carece también en ocasiones la norma jurídico-positiva. Otras veces es la dificultad de regular una materia con normas generales abstractas la que confiere a las soluciones éticas una mayor perfección. Otras veces, es la preocupación de que el Derecho positivo resulte un instrumento parcial, cuyas operaciones puedan producir efectos secundarios no queridos, como un mayor intervencionismo estatal o una limitación indirecta de los niveles de libertad individual o profesional, lo que lleva a buscar soluciones éticas a los problemas planteados -en el área de la justicia- por la actividad informativa.

La fuerza y la función del *ethos* informativo es tal que, aun siendo diferenciables ética y derecho, sin un determinado nivel de conocimiento de lo ético-informativo, resulta muy difícil -por no decir imposible- tener un conocimiento profundo de los problemas, soluciones, matices y fundamentación de las normas jurídico-positivas de la información.

Todo este esfuerzo conceptualizador confiere al Derecho de la Información un horizonte muy amplio. Se ve con claridad la interrelación existente entre el derecho de autor -considerado por Desantes como elemento fundamental, constitutivo de la información- y el Derecho a la Información. Quedan integrados conceptos que fenomenológicamente pudieran parecer distantes, como documentación e información, y educación e información. Se resuelve la aparente contrariedad entre la finalidad relacional y, en consecuencia, integradora de la comunicación, y la función personalizadora del Derecho que solo atribuye a la persona -física o jurídica- el Derecho en todas sus dimensiones. Se tratan unitariamente todos los medios

de información y se conecta de una forma armoniosa el Derecho Internacional, como ordenamiento y como ciencia, con el nascente Derecho de la Información.

El propósito de ofrecer ahora una definición final, y quizá más solemne, de la Ciencia del Derecho de la Información, no puede significar repetir de nuevo cuanto ya se ha dicho: la definición, por otra parte, tampoco requiere ser explicada, porque hacerlo equivaldría a desconocer la vinculación, -al menos, a minusvalorarla- entre concepción y cláusula definitoria del Derecho de la Información. Esta definición final aspira, en definitiva, a recoger los rasos conceptuales expresivos y a formularlos en un lenguaje más abstracto que descriptivo, como corresponde a todo proceso de generalización de conceptos y nociones previos.

El concepto de Derecho a la Información es relativamente conocido en México a partir de la reforma política de 1977, particularmente con la adición al artículo 6º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya señalada. Como se ha dicho, este nuevo derecho fundamental generó grandes problemas para determinar su significado.

Jorge Carpizo y Ernesto Villanueva³⁷ sostienen que el derecho a la información (en su sentido amplio), de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la garantía fundamental que toda persona posee a atraerse información, a informar y a ser informada.

- a) El derecho a atraerse información incluye las facultades de i) acceso a los archivos, registros y documentos públicos y, ii) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.
- b) El derecho a informar incluye las i) libertades de expresión y de imprenta y, ii) el de constitución de sociedades y empresas informativas.

37 Escobar de la Serna, L. Ob. Cit. pp. 27, 33, 35, 36. Soria Saiz, C. Ob. Cit. pp. 123 a 130, 137 y 140.

- c) El derecho a ser informado incluye las facultades de i) recibir información objetiva y oportuna, ii) la cual debe ser completa, es decir, el derecho a enterarse de todas las noticias y, iii) con carácter universal, o sea, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.³⁸

El derecho a la información emplea los más diversos espacios, instrumentos y tecnologías para la transmisión de hechos e ideas. Algún medio puede presentar peculiaridades propias, pero las instituciones del Derecho a la Información son las mismas para todos ellos, aunque acomodándose a sus características.

Del propio artículo 19 se desprende con toda claridad que el Derecho a la Información es un derecho de doble vía en virtud de que incluye, y en forma muy importante, al receptor de la información; es decir, al sujeto pasivo, a quien la percibe y quien -ya sea una persona, un grupo de ellas, una colectividad o la sociedad- tiene la facultad de recibir información objetiva e imparcial.

Derecho a la Información³⁹

Entre el derecho y la información hay una interrelación: se informa sobre el derecho y hay normas jurídicas referidas a la información. El derecho “de la información” es el conjunto de normas que regula todo lo referente a la información: derechos y deberes. Es más amplio, comprende el derecho “a” la información como la relación que existe entre género y especie. El derecho “a” la información es la facultad de acceder a la información. Es un derecho natural y, al mismo tiempo,

38 Carpizo, Jorge y Ernesto Villanueva. *El derecho a la información. Propuestas de algunos elementos para su regulación en México* en Valadés, Diego y Rodrigo Gutiérrez Rivas. *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2001. pp.71-102.

39 Escobar de la Serna, Luis. *Manual de derecho de la información*. Dykinson. España. 1997. pp. 54-60 y 380-381. López Ayllón, Sergio. *El derecho a la información*. Miguel Angel Porrúa, librero-editor. México. 1984. pp. 160,161. Villanueva, Ernesto, *Régimen jurídico de las libertades de expresión e información en México*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1998. pp. 34-36.

un derecho humano. Es natural porque está radicado en la naturaleza sociable del hombre; es universal, inviolable e inalienable. Y es un derecho humano porque contribuye a la dignidad humana; es necesario para que la personalidad de cada ser humano se pueda desarrollar.

Desde el punto de vista jurídico, la noticia, como objeto del derecho a la información, es una comunicación sobre los hechos con trascendencia pública, conformes con la realidad, asequible por igual a todos y rápida. Una noticia atrasada en el tiempo es una información sin relieve, sin interés.

El derecho a la información incluye el de recibir informaciones y opiniones y también la posibilidad de negarse a recibirlas. La persona humana tiene derecho a recibir información y a seleccionar, positiva o negativamente, aquella información o grupo de informaciones, aquella opinión o aquel grupo de opiniones que le satisfagan más o menos plenamente. La libertad exige la libertad de informar, exige la libertad de los medios de expresión.

No cabe ninguna duda de que el llamado Derecho a la Información guarda relación estrecha con otros principios considerados como inherentes a la personalidad del ser humano, como la libertad de opinión, de expresión y de prensa.

A través de la cristalización de las corrientes de pensamiento que ofrecen los textos legales, el concepto que hoy entendemos como *derecho universal a la información* es el resultado de un devenir histórico que comienza por reconocer derechos a quienes son propietarios de las estructuras informativas, luego a quienes trabajan bajo la dependencia de aquéllos y, finalmente, a todos los seres humanos.

Es destacable que, en las dos primeras etapas, los derechos son reconocidos únicamente a quienes cumplen un rol de producción o emisión de la información, en tanto que el reconocimiento del derecho

a la información como derecho humano universal implica admitir jurídica e institucionalmente las facultades propias de quienes perciben o reconocen los datos o las noticias sistematizados y publicados por empresarios y periodistas.

Ciencia de la Información⁴⁰

El “Derecho de la Información”, con mayúsculas, es aquella ciencia jurídica que estudia el ordenamiento informativo y, a partir de su valoración, juzga si es aceptable o no y facilita principios para su correcta regulación. El sustantivo Derecho significa aquí Derecho objetivo; y el sustantivo Información, un concepto institucional de esta palabra que engloba a todos los elementos del proceso informativo. Por supuesto, no hay que confundirlo -aunque a veces se confunde- con el “derecho a la información”, con minúsculas, como derecho subjetivo, fundamental con arreglo a los términos de nuestra Constitución; humano, conforme a la Declaración de la ONU de 1948; e innato, según la tradición occidental, desde Sócrates a René Bassin, pasando por la profunda aportación de los estoicos, los escolásticos y la Escuela de Salamanca en los siglos XVI y XVII. Aquí el sustantivo información se concreta a un mensaje determinado: derecho a la información equivale así a derecho al mensaje.

El afán de buscar y precisar un concepto es parte vital de la actividad investigadora, ya que permitirá establecer la fórmula que abarca comprensivamente la realidad de la nueva ciencia. El concepto propuesto es el siguiente: *Derecho de la Información es la ciencia jurídica universal y general que, acotando los fenómenos informativos, les confiere una específica perspectiva jurídica capaz de ordenar la actividad informativa, las situaciones y relaciones jurídico-informativas y sus diversos elementos, al servicio del derecho a la información.*

40 Nespral, Bernardo. *Manual de Periodismo Judicial*. (Periodismo y Derecho). García Alonso. Argentina. 2005. pp. 32 y 33. Romero Coloma, Aurelia María. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*. Cuadernos Civitas. España. 2001. pp. 34 a 36. Loreti, Damián M. *El derecho a la información relación entre medios, público y periodistas*. Paidós. Argentina. 1999. pp. 15 y 17.

- Al ser ciencia jurídica universal, su ámbito de acción no puede quedar limitado por un ordenamiento interno, sino que su ambición es llegar a servir el Derecho en todas sus dimensiones territoriales, ordenamientos supranacionales y universales.
- Como ciencia jurídica general no está limitada a unos determinados fenómenos informativos, sino que los niveles de abstracción alcanzados lo ponen en condiciones de ser útil para todos los medios y todos los elementos del proceso informativo con lo que se evidencia, una vez más, la estrecha relación entre Derecho y comunicación.
- La definición contesta perfectamente al “qué es, por qué es y para qué es la ciencia” en la que lo esencial va a ser su teleología: la ciencia tiene una finalidad muy clara que es servir a la realización de derecho a la información, el que se convierte así en un sólido principio de integración que por tratarse de un derecho humano, se convierte en “principio, núcleo y fin de nuestra disciplina”.

La ciencia, entendida como el conocimiento por causas y de causas, no es, sin embargo, una noción pacífica. Son numerosos los filósofos de la ciencia e incluso los científicos que sostienen que la ciencia positiva no debe buscar -porque se trata en el fondo de un imposible- la explicación causal, sino limitarse únicamente a localizar y explicar la relación de ciertas constantes o frecuencias. A partir de estas premisas, la conclusión no se hace esperar: las ciencias particulares han de circunscribirse a la indagación de cómo se producen aquellas relaciones, renunciando a la investigación de los *porqués*. Tal vez todo este planteamiento adquiriría un tono más esperanzado si se matizara oportunamente que las respuestas a los *porqués* tienen, por decirlo de alguna manera, un calado diferente en función del carácter mismo de las ciencias que se lo plantean.

En términos clásicos, son cuatro las cuestiones, los problemas y los tipos de preguntas que, en síntesis, se plantean en el conocimiento científico de un objeto: *an est, quid est, quia, propter quid*, lo que

equivale respectivamente a indagar el ser, la esencia, alguna propiedad o la causa. Fayt ha reformado esta visión clásica sosteniendo que el concepto de una ciencia ha de contestar a tres preguntas de naturaleza ontológica, axiológica y teleológica, a saber: qué es, por qué es y para qué es la ciencia sometida a estudio.

El método adquiere una importancia temática decisiva en la filosofía moderna, y es a partir de Descartes cuando comienza a fraguarse la primacía del método. En la búsqueda de un método que aspira a resolver todos los problemas que la razón pueda plantear, Descartes pone en marcha en 1637 aquel *Discurso del Método*, cuyos efectos se han prolongado hasta nuestros días. Lo que Descartes propuso -comenta Cardona- “no es propiamente ni un estudio ni un tratado; es realmente un *discurso*, un movimiento de la razón pensante que tiene el método no solo como objeto -no es un discurrir solo sobre el método- sino más bien como principio y como norma y, en cierto modo al menos, como fin. Su posesión equivale ya a sabiduría, como conocimiento reflejo del discurrir que se realiza en la construcción de un universo racional, hecho por mano de hombre, idéntico al fin al hombre mismo, como satisfacción definitiva de su deseo.”

Debe darse aún un paso más en el razonamiento: en la medida en que el objeto no se encuentra bien delimitado, en esa misma medida el método sigue idéntica suerte. Hay, pues, un esfuerzo que ha de preceder y acompañar siempre al nacimiento y fluir de una ciencia a través de la cual se materializa el propósito de conferir a esta ciencia un estatuto objetivo.

La idea de finalidad puede tener -según se desprende de las líneas anteriores- un sentido subjetivo, que hace referencia a la finalidad perseguida en una determinada investigación por cada investigador concreto. O puede tener también un sentido objetivo, que vendrá especificado con mayor o menor precisión por la naturaleza del objeto, el método científico empleado, y las propias conclusiones que se han forjado.

El Derecho de la Información como Ciencia⁴¹

Toda ciencia tiene sus fuentes. Pero todas las palabras empleadas como metáfora en la vida científica pueden tener varios sentidos. En el caso de las fuentes científicas, hay dos principales: la *fons essendi*, que nos señala el núcleo esencial de la ciencia, que en el Derecho es, en último término, la justicia; y las *fontes cognoscendi*, que nos ofrecen datos acerca de su existencia. A estas últimas nos vamos a referir.

Sentido que la familiariza con la información puesto que la información constituye el mensaje que soporta el documento. Y la información cuida, conserva, clasifica y pone el documento a disposición del investigador. Es como el principio y el fin del documento y un vestigio imprescindible para el estudio, por lo que se ha podido decir que es información de información. La documentación, como ciencia, es un supuesto particular de la ciencia de la comunicación. Y el derecho a la documentación, un supuesto concreto del derecho a la información.

Uno de los autores clásicos en la materia de la organización, Mooney, la define como “forma de toda asociación humana para el logro de un determinado propósito”. Más que oponerse a esta definición, procede anotar que, siendo correcta, no es suficiente, ya que expresa tan solo un fin o propósito que necesita unos medios y una formalización para alcanzarlo. En eso están todos los especialistas de acuerdo. Decantando otras definiciones de organización, me inclino por aquella que abarca de manera eficaz y suficiente el ser y el deber ser de la enseñanza de una disciplina, que implica -hay que insistir- la de investigación; y la investigación exige siempre el dominio de la documentación como testimonio de una de las fuentes importantes de las ciencias.

La comunicación humana es una humana comunicación. Es decir, algo tan natural al ser humano como la palabra o el gesto de los que la

41 Desantes Guanter, J. *Derecho a la Inf.* Ob. Cit. p. 69. Bel Mallén, Ignacio y Loreto Correidora y Alfonso (Coords.) *Derecho de la Información*. Ariel. España. 2003. pp. 58 y 59. Soria Saiz, C. Ob. Cit. pp. 115, 116, 118 a 120.

persona dispone, precisamente, para relacionarse con sus semejantes. Como tantas otras riquezas del patrimonio de la humanidad, este pensamiento agudo, aunque sea de algo que hoy nos parece evidente, es una herencia de Grecia. El primer *comunicacionista* “moderno” del mundo, no ya en un sentido cronológico, sino por su autoridad intelectual, que se proyecta hasta hoy, es Aristóteles. El Estagirita trató en dos obras específicas lo que actualmente llamaríamos Teoría de la Comunicación: la *Retórica* y la *Poética*; y en otra su trascendencia comunitaria: la *Política*. Sin embargo, la sinopsis más importante que Aristóteles dejó escrita acerca de la comunicación la llevó a cabo desde una vertiente moral. Es en la *Ética*, dirigida y dedicada a su hijo Nicómaco, donde se contiene un capítulo corto y brillante que se titula *Del donaire en el decir*. Y en esta breve expresión -el donaire en el decir- se encuentra no solamente lo que se refiere a la materia de lo que se comunica, sino también lo que afecta a su forma de expresión. Además de lo que atañe a lo que se deba decir -y a lo que no se deba decir-, también se extiende a cómo se debe decir.

Comunicar bien supone cumplir adecuadamente cada uno de los actos constitutivos de un proceso que tiene como meta pasar de la realidad interior o exterior al conocimiento del receptor. Una sola deficiencia en uno de estos actos perturba la comunicación entera. El conjunto de actuaciones con un fin determinado es el *agere* de los filósofos que ha de llevar a un *facere*, a un resultado que, si es perfecto, le llamamos mensaje, que es lo que se “da”. A este dar mensajes le llamamos difundir. Si carece de esta doble perfección, no es nada o menos que nada desde el punto de vista comunicativo: es una comunicación negativa o una incomunicación, como resulta de la doctrina personalista aristotélica.

De los tres elementos que se obtienen cuando se analiza el proceso informativo -sujetos, mensaje y medios-, solamente los dos primeros y, por tanto, su investigación, no cambia de signo por el progreso y proliferación de los medios, cuyo estudio supone la parte variable del sistema. La investigación acerca de los sujetos ha ido avanzando hasta lograr demostrar su total universalidad. Son sujetos del derecho a la

comunicación las personas físicas, las personas jurídicas y las agrupaciones humanas no personalizadas, como ocurre con los dos extremos comunitarios: la familia y la humanidad. La teoría del mensaje, aunque como toda realidad es susceptible de ser estudiada hasta un límite que nunca se encuentra porque no existe, nos viene dada en sus principios invariables desde la antigüedad. De esta manera, el mensaje constituye el fuste sobre el que se apoya toda la teoría y la valorización de la comunicación. La modulación del mensaje, conforme al lenguaje del medio en que va a ser difundido, no influye en su naturaleza.

Pasamos casi insensiblemente de hablar de comunicación a hablar de información, porque entre estos dos términos hay una relación directa de género y especie. Toda información es comunicación, aunque no toda comunicación haya de estar necesariamente informada. Comunicar es poner en común algo. Cuando esa puesta en común se dirige a muchas personas, incluso desconocidas e innominadas, la comunicación exige difusión a través de un medio técnico.

Los estudios de comunicación, considerados como un área de problemas intermedios entre las humanidades y las ciencias de la conducta, han adquirido rango académico en las universidades solo desde la primera década del siglo XX. La educación sistemática, la investigación, sin embargo, se han desarrollado más recientemente, hablando en números redondos, después de la Segunda Guerra Mundial, y particularmente en los años setenta. Estamos refiriéndonos a una etapa en la que, tanto los estudios de comunicación como la enseñanza buscaban su propio cauce científico al hilo de lo que se venía haciendo en el ejercicio de la profesión. Han debido pasar muchas décadas hasta llegar a un estudio científico de la Información que discurre por el cauce de la enseñanza universitaria. Es interesante detenerse a observar la historia de ese proceso, que camina marcado por las exigencias del desarrollo tecnológico y por los requerimientos exigidos por la sociedad hasta llegar a la idea de conceptualizar a la información como un saber que debía ser tratado científicamente.

El Derecho es una ciencia muy especial porque es la única cuyo principio más general es una virtud cardinal: la justicia. La justicia va a ser el punto de apoyo donde también la norma encuentra su posibilidad de aplicación. En efecto, puede decirse que la condición para que una regla sea universalmente válida, tanto en el pensamiento como en la realidad, es la justicia.

Principios de la Información⁴²

Del mismo vocablo *Información* pueden detectarse hasta tres significados diferentes. Un sentido que pudiéramos llamar de vieja escuela, de los que habiéndose acercado al fenómeno informativo con una intención técnica y no científica, dejaban la información reducida a lo que era más susceptible de tratamiento técnico: la noticia. Este concepto estrecho de la información es, por una parte, el más adecuado a una política informativa puesta en práctica en un ambiente político autoritario; es el que con otra intención continúan cultivando los primeros teóricos de la Información como Roger Clausse, y es el que pasa todavía al artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos, en el que la palabra “informaciones”, como opuesta a opiniones, tiene este alcance reducido al mínimo. Hay una significación intermedia que considera que información abarca no solo las noticias, sino también las opiniones. Procede del campo de la Sociología y de la Teoría de la Información y de la Comunicación. Hay ejemplos recientes de autores que a ella se adhieren como, entre nosotros, Sanabria. Está contradicha desde la perspectiva jurídica por el citado artículo 19, que, según se acaba de decir, opone “informaciones” a “opiniones”. No es extraño que el significado más amplio de la palabra información se dé precisamente entre los juristas, como Bourquin y Barrelet, según los cuales la información esta constituida por todo lo informable, por todo aquello que es susceptible de comunicación. Esta última acepción está fundada en la realidad práctica de que es necesario normar todo aquello que existe en la realidad informativa,

⁴² Desantes Guanter, J. *Derecho a la Inf.* Ob. Cit. pp. 35, 37, 51, 55, 57 y 59. Bel Mallén, Ignacio y Loreto Correidora y Alfonso (Coords.). Ob. Cit. pp. 51 y 52.

sin perjuicio de estudiar su descomposición analítica y sus limitaciones estructurales y coyunturales, internas y externas.

En relación con la propaganda se pueden sentar, por tanto, los siguientes principios que, jurídicamente traducidos, constituyen elementos de *lege ferenda*:

1. La comunicación de ideas es, de por sí, neutral para los pesimistas; buena para los optimistas. Hay que borrar el recuerdo peyorativo que trae a la mente la voz propaganda.
2. Deben ser condenados los métodos subracionales y, a mayor abundamiento, los subliminales en la técnicas propagandísticas. La propaganda se dirige a hombres libres y con derecho a seguir siendo libres, no a masas gregarias tan solo interesantes como campo de experiencia sociológica.
3. El derecho a la información incluye el derecho a la comunicación ideológica, con una excepción: la de aquellas ideas o ideologías que nieguen tal derecho. Lo contrario constituiría una especie de suicidio institucional.

La información que no respeta el superior orden moral constituye un acto injusto que el Estado tiene la obligación -y por tanto, la potestad- de evitar o de hacer que se repare si se comete. Sustancialmente no es una acción distinta de la punición de los delitos, prescindiendo del carácter judicial -o, en su caso, administrativo- de sus procedimientos propios. Para tipificarla hay que apelar al Derecho Natural. Es un asunto de justicia, además de la alteridad, tiene por elemento constitutivo es *ius strictum*.

La moral es una cualidad que nos permite afirmar de unos actos o de una situación si son buenos o malos. No todos convienen en el fundamento de este juicio. Para unos, la moral la produce la costumbre; para otros, la conveniencia; el poder para otros; y para otros, determinadas fuerzas biológicas, psicológicas o sociológicas. El

fundamento de la moralidad, sin embargo, es el ser humano mismo. Otra cosa es que la ley moral sea externa al ser humano.

El juicio y la comunicación de juicios son menesteres arraigadamente humanos. Beneyto nos dirá que, “frente al liberalismo y al totalitarismo, la línea humana es la línea cristiana: hay que partir del reconocimiento del derecho del hombre a su propio juicio.” La trascendencia del juicio una vez comunicado o, en otras palabras, la trascendencia de la opinión es enorme. Puede producir adhesión o rechazo, puede suscitar otros juicios y llegar a convertirse de opinión individual -ya participada, positiva o negativamente, por su publicación- en opinión pública.

Tan es así que la expresión “opinión pública” ha tomado un doble significado que muy poco la ha favorecido: significa tanto el juicio objetivado socialmente -lo que está en el ambiente, lo que se piensa, lo que se dice-, cuanto aquel sujeto social indeterminado que ha formado un juicio compartido. En otras palabras, se confunde la opinión pública con el público opinante.

El juicio comunicado, u opinión, no puede ser único ni unánimemente compartido. Los sistemas de manipulación y dictado de la opinión, la uni-formación de las opiniones, son todo lo contrario a la in-formación. De aquí que, en el nivel público y desde el punto de vista de la función pública, no se puede hablar, conforme dice Barriere, de opinión, sino de opiniones. Hablar, como se ha dicho, de “la formación de convicciones comunitarias” desde el poder, es cortar por su base toda vinculación entre Información y Derecho.

La tensión dialéctica alcanza su máxima expresión en la crítica. La crítica es una especie de juicio; la crítica comunicada es una especie de opinión. La especificidad de la crítica -que ya etimológicamente significa juicio- está, siguiendo una idea de Brajnovic, en la capacidad de profundizar hasta encontrar las verdaderas causas de los fenómenos. La crítica así es un juicio profundizado o una opinión no solo acerca de los fenómenos, sino también de sus causas. Es un juicio causal comunicado.

La máxima tensión en el enfrentamiento de juicios se da en la crítica en cuanto información. Bien planteado un problema, no solamente facilita su solución, sino que ofrece pautas jurídicas para solucionar problemas de la misma índole.

La función y el deber de informar⁴³

La persona humana es el ser racional por excelencia. Pero la mera razón puede desviarse. Por eso se habla de la recta razón, que es aquella que se conforma con el ser de las cosas. Lo que indica que la Ética se funda en el ser mismo y en la adecuación de la norma al ser, a cuya conformación llamamos criterio. Sin una Ontología y sin una Criteriología no hay Ética posible.

La *eudaimonia*, perfección o complitud del ser humano significa su realización como tal en su conjunto y en sus diferentes aspectos o situaciones vitales en los que está instalado, una de ellas la profesión. Tal realización se logra mediante el obrar. El ser humano se proyecta en tantas direcciones cuantas plataformas le sustentan para que se instale, sitúe y opere. Pero esta proyección por el obrar no es algo ciego o indiferente, sino un obrar bien, lo que significa obrar de manera adecuada para alcanzar un fin.

El informador es el núcleo personal en que coinciden derecho a la información y deber de informar. Un derecho al que el informador se debe, porque lo debe, porque ha de vivificarlo, incorporarlo a la vida: es el encargado por la sociedad, de una manera más o menos expresa, de satisfacer una necesidad existencial para las personas y para la comunidad. El derecho a la información es un derecho natural y, en consecuencia, el deber de informar participa de esa misma naturalidad.

Las tres facultades que se integran en el derecho a la información son la de recibir, la de investigar y la de difundir. Sin perjuicio de

43 Desantes Guanter, José María. *La Función de Informar*. Ediciones Universidad de Navarra. España. 1976. pp. 163, 164, 218, 223, 226, 295, 296, 298, 302 y 337.

glosarlas más extensamente, cabe decir que, en el mundo informativo, este cumplir con un deber compete al *quis*, a ese sujeto deudor que hemos advertido como antagonista del *cui*. No siempre, pero sí frecuentemente, tal sujeto será el profesional de la información o la organización informativa, tampoco excluyentes entre sí.

El operar, la realización de operaciones, es connatural al hombre. El *Génesis* dice que el hombre fue creado *ut operatur* para realizar operaciones con las que dominar el mundo. La mayor parte de las operaciones que el hombre lleva a cabo se producen hacia el exterior y generan efectos externos. Los hechos no humanos, como los fenómenos de la naturaleza o los hechos de los animales o incluso del hombre inconsciente o forzado, pueden producir también efectos en el exterior y, por tanto, también efectos en el ámbito informativo.

En términos éticos rigurosos, el proceso informativo queda así reducido a tres elementos: mensaje, medio y sujeto, en todo coincidentes con la fórmula de Ulpiano. Dado que el medio tiene un fin, que es el de difundir el mensaje, y el mensaje es el objeto del derecho humano, el ideograma de Laswell puede reducirse a éste, en una progresiva dirección teleológica:

M e d i o - M e n s a j e - S u j e t o

El medio tiene como fin transmitir el mensaje al servicio del sujeto. Lo que también podría representarse con este otro esquema equivalente:

S u j e t o - M e n s a j e - M e d i o

El sujeto crea el mensaje y le da forma para difundirlo a través de un medio.

El deber de informar consiste en dar a cada uno la información porque es suya, porque tiene un derecho precedente sobre ella. El acto informativo, que es el acto propio de cumplimiento del deber de informar, es, insistiendo fundamentalmente y entre otras cualidades accidentales, un acto de justicia. El deber de informar cumple un acto justo, realiza la justicia. Lo que significa que tiene una trascendencia, no solo externa, sino general. Esta idea radical bastaría para guiar el desarrollo de todo el fecundo contenido del deber de informar.

Pensar equivale etimológicamente a pesar, a ponderar, a valorar. Esto quiere decir actuar con criterio y, por tanto, a que el resultado del actuar, el mensaje, sea el fruto maduro de aplicar, con criterio, el pensamiento del informador. El deber de informar incluye el deber de criterio. Por eso, los tres grandes tipos de criterio existentes con respecto al pensar -conocer, abstraer, juzgar- coinciden con las tres maneras de aprehender la realidad, que hemos visto y, por tanto, con los tres tipos más simples de mensajes -noticia, idea, opinión- que se han estudiado en otros lugares.⁴⁴

Informar (*in-formare*) significa, como ha sido repetido, poner en forma. Es la acción o conjunto de acciones que culminan en representar la realidad en forma de mensaje. Es decir, en tal forma que pueda ser transmitida por los medios de comunicación social. Es formalizar la realidad exterior e interior del informador para comunicarla. Esta formalización -como toda causa formal- implica una ordenación. Se comunica el resultado de la formalización, el *factum* de la operación informativa, que es el mensaje. Pero, implícitamente, se comunica también la ordenación de la realidad.

El informador opera bajo su responsabilidad, pero en nombre del público. Esto nos advierte que, cuando un informador no actúa debidamente, no puede ampararse en una pretendida concepción de la libertad informativa. Es libre para hacer eficaz el derecho a la

44 Desantes Guanter, J. *La Inf...* Ob. cit. pp. 29, 31, 37, 39, 41, 47, 51, 72, 73, 76, 83, 102, 136, 137, 176 a 178, 193, 194 y 202.

información por los medios y del modo que considere procedente, como experto que es, pero no para hacer estéril tal derecho. La libertad informativa, en la que desemboca su largo periplo histórico la que se llamó libertad de expresión, no se suele entender en su verdadero significado después del reconocimiento versal del derecho universal a la información.

Vocación significa llamada. Y esta llamada no se produce verbalmente ni por signos exteriores, no se escucha por el oído físico ni se ve por los ojos, sino que consiste en el hecho de que el individuo tenga conciencia de que es poseedor de unas aptitudes que le facilitan la actuación y, además, le producen satisfacción al actuar.

El informador pone a prueba sus cualidades, su preparación y su esfuerzo, no su libertad e independencia. No puede estar condicionado ocasionalmente y, menos todavía, permanentemente por tensiones internas o externas que ponen en peligro el cumplimiento del deber de informar. Hay que preverlo en la etapa formativa y proyectarlo al futuro profesional en toda su extensión cronológica.

Siguiendo con la persona humana, lo que llamamos personalidad en sentido psicológico procede de un alcabor interno al que llamamos intimidad.⁴⁵ Por su misma etimología, la intimidad significa lo más dentro posible. Está, como los objetos de derecho anteriormente estudiados, junto al núcleo de la personalidad. La intimidad exige que el derecho a la información de hechos se constriña a favor del mismo derecho a la información de ideas. El hombre es el gran creador de ideas que constituyen su mundo interior. Y esta creación, tenga originalidad o proceda de la sistematización interna de ideas o vivencias extrañas, exige un silencio interior y un enfrentarse consigo mismo en el ámbito recóndito interno en el que no es posible la dramatización o el fingimiento.

⁴⁵ Las tres modalidades del pensar coinciden con la temática de los tres libros de Zubiri, J., publicados en Madrid en 1980, 1982 y 1983, respectivamente, con los títulos *Inteligencia sentiente*, *Inteligencia y logos*, *Inteligencia y razón*.

Respetar la intimidad, no entrometerse en la vida reservada ajena, no supone, por tanto, suprimir la información o anular el derecho a la información, sino afirmarlo, porque indica veneración por la fuente de las ideas ajenas y porque también la perspicuidad que ha quedado señalada como capacidad de aprehensión de la realidad se fortalece con la profundización de ese núcleo personal íntimo y respetado. La intimidad es un bien porque es una realidad libremente creadora. Se ha dicho que “hay realidades que, al ser informadas, dejan de ser realidad,” menciona Lecaros. La intimidad se destruye por la difusión, pero se comienza a destruir, a dejar de ser intimidad, a medida que se hoza en ella.

La intimidad debe ser respetada siempre; la vida privada en tanto no trascienda la vida pública, lo que es imposible cuando de la intimidad se trata si la persona no la exterioriza, puesto que la intimidad no constituye un secreto, sino un derecho a reservarse lo que cada cual considera que es su mundo específico y personalísimo, aunque coincida con lo que otra persona considera también íntimo y personal. Los límites a la intimidad los marca, por tanto, la propia persona que es la que la siente y la reserva y puede hacerla pública o compartirla con el prójimo.

El “ser” del informador no implica tan solo un sentido cultivado de la libertad y una defensa a ultranza de ella, sino también el resplandecimiento interno y externo de la honorabilidad de los informadores en general y de cada informador en concreto. Es lo que podemos llamar el deber de dignidad. La dignidad es deber de todo ser humano, puesto que es poner de relieve lo que le diferencia de los seres inferiores; pero lo es doblemente del informador puesto que es hombre y, además, se muestra continuamente hacia el exterior como profesional, pues su actividad es, por axioma, pública y su servicio fundamentante de la comunidad.

El deber de dignidad, desde otro de sus aspectos, es proporcional al aprecio por la propia profesión; no solo a su categoría subjetiva, sino también a la objetiva en el conjunto comunitario de los quehaceres

profesionales. Su cumplimiento o incumplimiento adquiere una mayor gravedad si se piensa en su trascendencia. La dignidad personal del informador no es algo que le afecte a él solo, sino que redunde en la dignidad del colectivo profesional y en la de cada uno de sus componentes. No se trata de conseguir un nombre, sino de sembrar honradez y prestigio personal para que la coseche la comunidad profesional como un ideal granado.

El *ethos* de la profesión se erige sobre la suma algebraica de la dignidad personal y profesional de sus componentes. La dignidad personal y profesional, por otra parte, redunde en el prestigio del medio en que se trabaja y en la dignidad personal y profesional de sus compañeros de trabajo. Van unidas unas y otras.

El deber de informar se prolonga más allá de la conclusión del acto informativo y de la difusión del mensaje creado o puesto en forma. La información tiene unas consecuencias y unas previsiones ante las que la Deontología no queda indiferente, por lo que aparecen unas ramificaciones éticas postreras del deber troncal. En el tratamiento inicial de los deberes consecuenciales se pueden diversificar dos grandes deberes: el de responder y el de trascender que, sin embargo, solo tienen en común el ser subsiguientes al acto informativo concluso o consumado.

El informador puede ser también acreedor de la responsabilidad ajena en el caso de un daño recibido en el cumplimiento del deber informativo en el que puede y debe -y, por tanto, responde el informador mismo- de instar su reparación ante quien lo haya producido o ante quien sea su responsable subsidiario, incluso la misma empresa en la que trabaja o una compañía aseguradora de los riesgos que la tarea informativa lleva consigo.

Cuando la información carece de su constitutivo esencial, que es la verdad en sus diferentes aspectos, según los tipos de mensajes, es desinformación. Para reconvertirla en información plenamente tal es necesario rectificarla. Hay que recordar que informar es hacer las cosas

rectas y si, por cualquier motivo, se han torcido, han de ser objeto de rectificación. El deber de rectificación, sin perjuicio del deber de dar la cara, es la primera manifestación del deber de responder, incluso cuando no es exigible externamente, aunque siempre lo sea por la propia conciencia.

La valoración cualitativa de la Información no puede dejar al Derecho indiferente acerca del modo en que la actividad se produce, acerca del sujeto conocido o críptico de tal actividad, acerca de los móviles que la impulsan, de los medios que la hacen posible, de lo que constituye el objeto mismo de la comunicación, y de los efectos previsibles o efectivos en la comunidad.⁴⁶

Es indispensable la orientación jurídica del tema, porque la función pública de la comunicación social no puede hacer olvidar que la información es un derecho humano. Proposición tan evidente no siempre ha sido tomada en cuenta.

La información nunca podrá tener como destinataria la masa. O se dirige al hombre individualizado o al hombre en colectividad: cualitativamente es lo mismo. Si se dirige al hombre en colectividad está cumpliendo una función pública, pero respetando la personalidad de cada destinatario, aunque éste sea desconocido, indeterminado y aun indeterminable.

“Cuarto poder” que, conforme a lo dicho, podría llamarse sin dificultad “Cuarta función” o Cuarto poder que cumple una cuarta función. En su inicio esta denominación se dio a la prensa; hoy hay que extenderla a todo el amplio espectro de actividades conocidas bajo el nombre global de Información. La paternidad de tal denominación se discute. Quizá tenga razón Voyerne cuando se la atribuye a Macualay, de quien la tomó Edmund Burke, que la difundió. El éxito de la metáfora fue tanto que se llegó a considerar el ordinal en sentido ascendente, en cuyo caso el poder informativo estaría en la cima de los poderes.

46 Desantes Guanter, J. La Función de Inf...Ob. Cit. pp. 22, 24, 25, 26, 51 53, 61, 62, 71.

Pero la Información no opera conforme a unos sistemas legalmente preestablecidos, como los demás poderes. Su radicación, en gran medida privada, le da un perfil de francotirador apoyado en el principio general del derecho, según el cual en la actividad privada todo lo que no esta prohibido está permitido, a diferencia del principio que opera en la actividad pública, según el cual todo lo que no está permitido está prohibido.

En otro plano de positividad, pero también colaborando en el mismo sentido unificador, opera la transformación de las antiguas libertades constitucionales de expresión, de imprenta o de opinión, en la acertada expresión de “derecho a la información”, cuya “acta de nacimiento”, conforme a la expresión Logié, puede verse en el artículo 19 de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU y cuyo bautismo, con su nombre y apellido, se encuentra por primera vez en el Decreto *Cum mirífica* sobre los medios de comunicación social del Concilio Vaticano II. El derecho a la información ha sido el núcleo de cristalización del Derecho de la Información que ha sistematizado todo el tratamiento jurídico anterior, orientado desde cada disciplina jurídica, de la Información.

El pluralismo informativo, hasta hace relativamente poco tiempo, y aun ahora, se hace equivaler a pluralismo horizontal. En otras palabras, a libertad e igualdad de empresa informativa. El tema no ha perdido importancia. La facultad de recepción, una de las que integran el derecho a la información, solamente puede ejercitarse con la posibilidad de elección entre toda la gama posible de medios que se le pueda materialmente ofrecer. La cuestión no se reduce, por otra parte, al interior de las fronteras. El poder supranacional de informar se concentra solamente en pocas manos y éstas tienen carácter nacional. La presión informativa tiene unas líneas de influencia que parten siempre de los escasos focos productores y transmisores de noticias. El imperialismo informativo es así un hecho.

Conforme a la formulación del artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, el sujeto del derecho

a la información es universal: “todo hombre.” A este sujeto universal corresponden unas facultades -de investigación, de recepción y de difusión- que el mismo artículo analiza. La eficacia del derecho a la información, país a país, ha de contar, sin embargo, con un elemento normativo fundamental y fundante: la Constitución. De hecho, las disposiciones constitucionales de todo el mundo -y no son excepción nuestras leyes fundamentales- han regulado tal derecho de un modo o de otro. Ya veremos la razón histórica de sus diferencias.⁴⁷

Para los fines de la presente investigación y partiendo de los elementos que aporta Rolando Tamayo,⁴⁸ para la configuración de la ciencia tenemos:

- 1) Objeto,
- 2) Lenguaje,
- 3) Método; y,
- 4) Grupo de científicos.

El Derecho de la Información, como estudio ordenado y coherente del sistema jurídico vigente en un lugar y tiempo determinado (sistemática jurídica), posee las características de la ciencia, mismos que han quedado señalados en el punto 1.2 y que cierra el círculo argumentativo con el punto 1.3 y sus componentes.

En el siguiente capítulo revisaremos los aspectos fundamentales del derecho de la información: Libertad de expresión y derecho de acceso a la información. Reservando para el capítulo 3 lo referente a los Derechos de personalidad con la acotación de la variable: figura pública.

47 Porque, volviendo al hilo de nuestro discurso, el poder de informar, si es difusivo en sus efectos, tiene el evidente peligro del monopolio en su causación. Monopolio estatal, monopolio de grupo, monopolio económico y monopolio profesional.

48 Para profundizar sobre el tema, remítase a: Tamayo y Salmorán, Rolando. Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al estudio de la Ciencia Jurídica) 2ª. Ed. Themis. México. 2001.

Capítulo 2

Libertad de expresión y derecho de acceso a la información pública

Para hacer la revisión de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información nos centraremos en las características y evolución de la libertad de expresión, el concepto de prensa, periodismo y periodista, democracia y medios masivos de comunicación, para cerrar con la revisión del concepto, característica e indicadores y criterios en materia de acceso a la información.

Libertad de Expresión⁴⁹

Existen diversas formas de catalogar la libertad de expresión, destacamos las siguientes:

1. *El derecho a la libertad de expresión como un derecho fundamental del ser humano.* Esta concepción valora a la libertad de expresión como un derecho fundamental de la persona, estrechamente ligado a su dignidad. Así concebida, la libertad de expresión es valiosa por sí misma, como un componente inescindible de la espiritualidad de la persona, y por “razones que nada tienen que ver con la búsqueda colectiva de la verdad con el proceso de autogobierno, o con alguna conceptualización sobre el bien común.”
2. *Doctrina que trata a la libertad de expresión como un instrumento que permite alcanzar efectos beneficiosos para la comunidad.* Para

49 Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 98, 99 y 152.

otra concepción, la libertad de expresión se constituye en un *importante instrumento para alcanzar efectos beneficiosos para la comunidad* y, por tal motivo, recibe una especial protección dentro de la estimativa jurídica. Ella hace asequible un valor superlativo, no porque la persona tenga un derecho intrínseco a decir lo que quiera -derecho individual que, por cierto, es ampliamente reconocido-, sino porque al permitirse tal expresión se logran efectos beneficiosos para el resto de la comunidad.

3. *Doctrina que considera a la libertad de expresión como un componente esencial y constitutivo de la sociedad política.* Conforme a esta visión, la libertad de expresión es valiosa y merecedora de una tutela especial, no porque sean positivas las consecuencias que arroja a nivel individual o comunitario, como lo propiciaban las corrientes anteriores, sino porque es una *característica esencial y constitutiva de toda sociedad que se autogobierna*.

Lo expresado anteriormente resulta de gran utilidad a la hora de afrontar el delicado y cada vez más frecuente conflicto que se plantea entre el derecho a informar con otros derechos igualmente fundamentales para la persona humana, como la intimidad, el honor, la imagen o la identidad personal del protagonista de la noticia.

El tema se inserta dentro de una problemática más amplia, referida a la forma y modo de resolver los conflictos entre derechos constitucionales -que algunos llaman problemas de compatibilidad de los derechos fundamentales- y a la posible formulación de un orden de valores atinente a estos últimos.

Características de la Libertad⁵⁰

Las leyes, las constituciones, los actos de gobierno, las revoluciones, las conquistas más importantes del espíritu humano y los más absurdos

50 Badeni, Gregorio. Tratado de Libertad de Prensa. LexisNexis. Abeledo-Perrot. Argentina. 2002. pp. 16, 19 a 21 y 23

atentados contra la dignidad humana se gestaron, y se producen, invocando la libertad.

Si bien es cierto que libertad es una palabra tan antigua como la historia del ser humano, también es cierto que su trascendencia cultural con un significado universal, aunque a veces difuso, se concreta a partir del siglo XVIII con el desarrollo del movimiento constitucionalista.

Esa imposibilidad, como elemento negativo de la libertad, se manifiesta en tres órdenes diferentes:

1. En la violación o fuerza, física o espiritual, que impide alcanzar el objetivo;
2. En la sumisión o esclavitud del hombre frente a los impulsos externos, o frente a su propia ineptitud espiritual para superar las pasiones que anulan su libertad;
3. En la necesidad que conduce al hombre a abandonar las metas elevadas que se pudo haber fijado en función de su dignidad natural.

Ese enfoque negativo, al excluir la libertad, permite la tipificación de esta última, también tres órdenes diferentes de reacción representativa de un enfoque positivo:

- a. la libertad como exención de la violencia o como energía que supera las trabas impuestas por la violencia;
- b. la libertad como exención de la sumisión mediante un acto volitivo interno o mediante la compulsión sobre la acción externa;
- c. la libertad como exención de la necesidad que se exterioriza cuando el ser humano tienen conciencia de ella y despliega su energía para superarla.

La libertad es el atributo de la persona, y el derecho es el procedimiento e institución establecido por la norma jurídica positiva para hacer efectiva esa libertad en el plano de la convivencia social regulada legítimamente.

La libertad jurídica, que puede no coincidir plenamente con la libertad filosófica, determina los atributos normativos de una persona y le confiere los instrumentos, que son los derechos subjetivos, para el ejercicio de esa libertad en sus relaciones con otras personas y con la organización política global.

Esto nos conduce a descartar aquellas definiciones de la libertad que la limitan a la idea de un hacer o dejar de hacer. La libertad jurídica es un atributo que distingue a la persona y que se expresa en su potestad de exigir un comportamiento determinado del Estado y demás particulares mediante el ejercicio de los derechos subjetivos. La esfera de la autonomía individual la libertad y la potestad para hacerla efectiva es el derecho a la libertad.

En toda sociedad políticamente organizada, la libertad aparece limitada por el orden que ella establece. Pero en un sistema democrático constitucional, esas limitaciones a la libertad deben ser razonables, respondiendo a la necesidad de salvaguardar los intereses individuales y los intereses de la comunidad. Es por ello que las limitaciones a la libertad no pueden conducir a su total desconocimiento, y que sus regulaciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

En el ordenamiento constitucional no existen las libertades absolutas. Ni siquiera la libertad de vivir, institucionalizada en el derecho a la vida, reviste de carácter absoluto. Todas las libertades individuales, aunque importen el reconocimiento de libertades naturales del ser humano, así como también todas las libertades sociales establecidas por la ley, están sujetas a reglamentaciones que, como tales, son restricciones razonables de ellas, impuestas para armonizar los intereses individuales y satisfacer el bien común que motiva la creación de la organización política global.

La igualdad jurídica no propicia suprimir de forma absoluta las desigualdades naturales, pero tampoco aceptarlas en su totalidad, porque estaría gestando una igualdad meramente nominal que en ambos casos desnaturalizaría la libertad constitucional.

Como se aprecia desde la construcción de este derecho se precisan sus alcances, encontrando como límite el derecho de los demás.

Evolución de la Libertad de Expresión⁵¹

Se ha sostenido que “toda descripción del curso histórico de la libertad de expresión no puede prescindir de la evolución experimentada en los medios técnicos de comunicación social. A punto tal que la historia del ser humano, vinculada a la libertad de expresión, equivale a la historia de los medios técnicos que utiliza con fines de comunicación social.”⁵²

Algunos autores han afirmado que “los libelos famosos representantes en la vida romana bajo ciertos aspectos y hechas las debidas proporciones, lo que hoy es la difamación por medio de la imprenta.” La libre expresión era ejercida públicamente en el teatro, a donde asistía toda clase de público aunque los más instruidos eran quienes tenían mayor acceso.

En Atenas, a través del ejercicio del discurso político que tenía lugar en las asambleas públicas, los oradores expresaban libremente sus ideas y pensamientos, transmitidos al público en general por medio de la palabra.

La difusión del libro determinó la creación de las primitivas bibliotecas privadas y públicas. De aquellas, la primera por su importancia fue la biblioteca de Aristóteles, cuya magnitud y valor no conocemos,

51 Se desarrolla principalmente en: Merlo, María Eva. Delitos contra el Honor. (Libertad de Expresión y de Información) Editorial Universidad. Argentina. 2005.

52 Badeni, Gregorio. Libertad de prensa. 2ª ed. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997. pp. 57 a 70.

aunque debió ser muy importante. Entre las bibliotecas públicas merecen citarse, como las más antiguas, a las de Éfeso, Cartago y Pérgamo, esta última fundada en el año 196 a. C. Pero la más célebre de ellas fue la Biblioteca de Alejandría, fundada por Ptolomeo I, que llegó a tener más de 500 mil volúmenes debido a las medidas de fomento establecidas por Ptolomeo III, entre las cuales impuso que, todo libro traído a Alejandría, debía ser entregado a la Biblioteca para hacer una copia del mismo.⁵³

En el siglo XV, la impresión no era un fenómeno novedoso. Tanto en Babilonia como en Roma ya se habían hecho impresiones en ladrillos y monedas. También se conocía la impresión con tacos de madera o metal. La tipografía mediante la impresión realizada con tipos sueltos y móviles para cada letra comenzó en Holanda durante la primera mitad del siglo XV, pero el mérito de haber sido su precursor moderno correspondió a Hans Gensfleisch Gutenberg, quien, aproximadamente en 1456, imprimó su célebre *Biblia de 42 líneas* en Maguncia, aunque también se asigna a la ciudad de Estrasburgo el lugar de producción de tal hecho.

La imprenta allanó el camino hacia la ilustración mediante la difusión masiva de nuevas concepciones filosóficas y políticas. Facilitó la labor de los racionalistas, fomentó las literaturas locales, promovió la comunicación internacional y el intercambio científico y, en definitiva, suministró el medio más adelantado y eficaz para la diseminación del pensamiento humano.

Durante el siglo XV, el arte de la impresión de libros tuvo su más cabal manifestación en Italia, particularmente en Venecia. Fue a la península donde se trasladaron algunos de los impresores más destacados.

Para finales del siglo XV se habían impreso en Italia alrededor de 5.000 libros, a un costo por demás razonable para satisfacer las crecientes inquietudes de un público lector cada vez más amplio.

53 Badeni, G. Ob. Cit. pp. 36 a 64.

Un siglo más tarde, el centro de la actividad editorial se trasladó a Alemania y, en 1548, se publicó en Frankfurt el primer periódico, consistente en una hoja informativa donde se transcribían los sucesos más importantes, particularmente de materia comercial.

En Alemania y Francia, a fines del siglo XVII se comienza a elaborar el papel, que en un principio provenía de los países islámicos y era confeccionado con lino. En los siglos XII y XIII a través de la labor de los copistas que contaron con el apoyo de importantes empresarios europeos, comienzan a difundirse la palabra escrita y, mediante ella, la literatura clásica, recibiendo las universidades el legado de los griegos, reivindicando los principios de dignidad e igualdad.

El siglo XV trae un conjunto de cambios revolucionarios, descubrimientos, inventos y también se comienza a reflexionar sobre los límites del poder suscitándose el debate político.

En el año 1605 se produce en Amberes el que fue considerado uno de los primeros periódicos.

Respecto de la regulación informativa, en Inglaterra se destacaron disposiciones históricas, como la *Declaration of Rights* de 1689 que permitió la eliminación de la censura en 1695.

Francia fue durante el siglo XVIII uno de los centros más importantes de la difusión de la palabra escrita, sobre todo a la luz de las nuevas ideas que llevaron a cabo iluministas y enciclopedistas.

Cabe recordar que el artículo 11 de la Declaración Francesa proclamó la libertad de prensa al señalar que: “La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano puede por tanto hablar, escribir, imprimir libremente, con la salvedad de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley.”

Ciertamente que los primeros medios de comunicación de masas surgieron en Europa Occidental bajo gobiernos autoritarios, bastante preocupados por el nacimiento de una clase media poderosa; como consecuencia de ello se adoptaron medidas para controlar los nuevos medios. Así, el otorgamiento de licencias de publicación solo tenía lugar respecto de quienes eran políticamente “confiables”.

En el siglo XVII se censuraron muchos libros y publicaciones que trataban temas políticos y religiosos y, a finales del mismo, los gobiernos comenzaron a valerse -ya no de la censura- sino de la amenaza de castigo que tenía lugar con posterioridad a la publicación mediante procesos por traición o “libelo sedicioso”. Se adoptaron medidas por cierto arbitrarias, y en los años 1792 y 1797 se intensificaron las persecuciones a periodistas. En España, la primera ley de imprenta se promulgó en 1812, que regulaba la responsabilidad del autor y del impresor. Sin lugar a dudas que, en la prensa, la lucha por la libertad ha sido una constante desde sus mismos orígenes.

En el curso de los siglos XVII y XVIII, la transmisión del pensamiento se difundió con una intensidad cada vez mayor. En ello, contribuyeron decisivamente los diarios, revistas, folletos y libros que circulaban, tanto en las escuelas, academias y universidades, como entre el público en general.

Durante el siglo XVIII, la difusión de la palabra escrita tuvo su centro más importante en Francia. La fecunda labor de los iluministas y de los enciclopedistas, unida al amplio margen de libertad que originariamente se había implantado, coadyuvaron a forjar un foco cultural cuyas luces se expandieron por todo el mundo. Los periódicos se incrementaron, tanto en cantidad como en tamaño. En esta época apareció el *Journal de Paris* (1777), considerado como el primer diario francés, al cual siguió el *Moniteur* (1789). El *Mercure de France* tenía, en 1790, una circulación aproximada de 10.000 ejemplares.

En cuanto a los estudios internacionales sobre libertad de información, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en su primer

período de sesiones la Resolución 59, que la consagra como derecho humano fundamental, y acordó pedir al Consejo Económico y Social que convocara a una conferencia internacional para determinar los derechos, las obligaciones y las prácticas que debería comprender el concepto de libertad de información.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre Libertad de Información, que se celebró en Ginebra del 23 de marzo al 21 de abril de 1948 y que aspiró a establecer las políticas a largo plazo de las Naciones Unidas, es considerada el punto de partida del esfuerzo internacional realizado en este campo.

Por su parte, el Consejo Económico y Social, en su 27º periodo de sesiones (1959), consideró que una mera declaración de las Naciones Unidas sobre libertad de información permitiría un progreso más fácil. El 21 de abril de 1960 logró aprobar un Proyecto de Declaración que fue transmitido a la Asamblea General, la que hasta ahora no ha emitido un pronunciamiento.

Entre los puntos más relevantes de este proyecto están el derecho de saber y el derecho de buscar libremente la verdad como algo que corresponde inalienable y fundamentalmente a todo hombre, y se proclama el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones; se declara que los gobiernos deben amparar la libre circulación de informaciones para que el público conozca los hechos y pueda formarse una opinión sobre los acontecimientos, y se señala que los medios de información deben estar al servicio del pueblo sin que intereses públicos o privados puedan impedir la existencia de diversas fuentes de información o negarle al individuo el libre acceso a ellas.

De la lectura del artículo 20 surge el objeto de la libertad de expresión: los pensamientos, las ideas y las opiniones (artículo 20.1 a). La libertad de información protege, en cambio, la información veraz (artículo 20.1d)

El concepto jurídico de libertad está integrado por dos aspectos: la libertad civil y la libertad política. La libertad civil es el atributo inherente al hombre que permite desarrollar su actividad física e intelectual para satisfacer sus necesidades, dentro del marco fijado por la naturaleza de sus semejantes y la ley.

La libertad política se traduce en el atributo que le permite al hombre intervenir en el proceso del poder participando, directamente o por medio de sus representantes, en la adopción de decisiones políticas.

Esa unión solamente es viable si añadimos un elemento de tipo filosófico determinante de un estado cultural que preside las acciones humanas. En este aspecto, la democracia se traduce en la comprensión, la tolerancia, el respeto recíproco y, en definitiva, en un estilo de vida donde, en cuyo seno, se opera la fusión de los principios políticos, económicos y humanos de la libertad. No cabe pues referirse propiamente a una democracia sin que, simultáneamente, impere una libertad responsable tanto en lo político y económico como en la convivencia social.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el movimiento constitucionalista prosiguió su expansión que, en muchos casos, fue frustrada por la intolerancia y el vigor de las doctrinas totalitarias impuestas a las naciones del centro y este de Europa, a varias de África y Asia y a alguna de América. Pero ese enfrentamiento entre el constitucionalismo y las doctrinas totalitarias es simplemente la demostración de una constante en la historia de la vida del ser humano, que es la lucha por la libertad.

La radiodifusión, las transmisiones televisivas por vía satelital, las redes de computación, fueron vehículos que doblegaron a las barreras autoritarias que mantuvieron en la ignorancia a millones de personas. La difusión del pensamiento humano mediante los modernos medios técnicos de comunicación social tornaron imposible la subsistencia de un régimen basado sobre el terror y la sistemática negación de

las más elementales libertades que impregnan la naturaleza del ser humano.⁵⁴

La expresión del pensamiento se traduce en la comunicación, mediante la cual se transmiten ideas y conocimientos. Es un proceso que abarca los procedimientos y técnicas que permiten materializar el intercambio espiritual. El análisis de la libertad de expresión resulta imposible si no se consideran, simultáneamente, los medios empleados para concretar la comunicación.

Sin embargo, junto al libro existieron y existen otros medios de expresión que gravitaron decisivamente sobre la conformación del pluralismo. Así, tanto en Grecia como en Roma, la libertad de expresión ejercida de manera pública se manifestaba en el teatro, al cual concurrían hombres y mujeres de todas las clases sociales. Ese público expresaba su aprobación o rechazo mediante aplausos, aclamaciones, silbidos o abucheos.

En el siglo XIX, los progresos operados en los medios de comunicación social superaron en importancia a todos los que se habían registrado hasta ese momento. La prensa escrita, paulatinamente, fue extendiendo el ámbito del material informativo que suministraba a sus lectores.

Por otra parte, ya en el siglo XVIII se introdujo la modalidad de incorporar anuncios publicitarios, lo que permitió reducir el precio de la tapa de los periódicos.

El surgimiento de esa “prensa popular” generó una intensa demanda informativa, en orden a sus contenidos, que debió ser satisfecha con novedosos estilos de redacción y composición.

A su vez, los adelantos que se registraron en el siglo XX, y los que seguramente se producirán en las próximas décadas, proyectan la

54 Ahora el reto es hacer llegar de manera plural las nuevas tecnologías a todos los estratos sociales y divergencias de opiniones.

libertad de expresión hacia una situación relevante que difícilmente pueda ser revertida.

El papel que desempeña la prensa libre en un sistema democrático constitucional difiere sustancialmente del que se le atribuye en un régimen autocrático.

En el primero es consecuencia y presupuesto indispensable del pluralismo que permite la expresión, sin límites, de las más audaces creaciones del intelecto humano. Se considera que el conjunto de los individuos está dotado de la suficiente capacitación intelectual y formación natural ética como para analizar tales creaciones y decidir, libremente, su aceptación o rechazo.

En el segundo, el pluralismo es inaceptable cuando sus manifestaciones son adversas para los valores sobre los cuales se basa el sistema que, claro está, no son la libertad ni la dignidad del ser humano. Esto conduce a la censura y restricción de todas aquellas expresiones públicas que difieren de las sustentadas por los tutores del sistema. A ello se añade la censura y restricción de las manifestaciones que puedan configurar un peligro meramente potencial para la subsistencia de los valores autoritarios.

La necesidad de preservar la libertad de prensa y la prensa libre, en el marco del papel que ella desempeña en un sistema democrático constitucional, y la circunstancia de que la promoción de acciones penales o civiles constituyen procedimientos sumamente efectivos para silenciar las críticas o privar de información a la comunidad, impone la necesidad de actuar con suma cautela en la materia, aplicando criterios de tipificación judicial que permitan gestar un equilibrio razonable entre aquella función de la prensa y los derechos individuales que puedan ser vulnerados mediante una publicación.

La Constitución de los Estados Unidos de 1787 estaba desprovista de una declaración de derechos. Sus autores, que representaban los

trece Estados que conformaron la Unión, eran partidarios de crear un gobierno federal al cual se le delegara la menor cantidad de atribuciones posibles.

En cada caso concreto correspondía al juez verificar si el ejercicio de la libertad de prensa era nocivo para tales bienes con prescindencia de la prueba de la verdad. Esta última era inadmisibile para la defensa.

"La prensa, cuando es libre, puede ser buena o mala, pero sin libertad puede decirse con seguridad que no puede ser más que mala. Para la prensa, como para el hombre, la libertad es la posibilidad de ser mejor; el servilismo es la certeza de lo peor"
Albert Camus

La Prensa⁵⁵

A pesar del notable desarrollo tecnológico en el área de comunicación social, se asegura que la "prensa escrita" prevalecerá sobre los otros medios de información. Simultáneamente, la Internet ha dejado de ser vista como el "Leviatán", y lentamente ha ido transformándose en una aliada inevitable de los tradicionales medios de comunicación, como sucedió, por ejemplo, con el periódico *New York Times*, que el año 2007 incorporó a 12.000 nuevos suscriptores a través de esa "red", marcando así una tendencia dominante en el mercado.

Como bien señala Sohr, la prensa "se estructura en torno del poder, sea éste de orden político, económico o social. En el fondo, la prensa es parte de las estructuras de poder, y como tal refleja sus ambigüedades, sus pugnas y debates."

En las sociedades primitivas, la palabra oral fue el único medio para transmitir el pensamiento y el conocimiento, acompañada de grabados en piedras o alguna otra forma rudimentaria que al hombre de aquel tiempo le permitía dejar plasmada su idea, verbigracia: se usaron como material para la escritura las hojas y la corteza de los

55 Sánchez Freytes, Alejandro. Libertad de Expresión. Límites Jurídicos Institucionales. Advocatus. Argentina. 2002. pp. 11 a 31.

árboles, el papiro y el pergamino que provenía de la piel de cabra y de la oveja. El teatro en la sociedad griega, luego proyectado a Roma, fue también un marco importante como medio transmisor del pensamiento.

En el transcurso del siglo XV, la impresión de libros tuvo un auge importante en Italia. Así es como en 1464 se establece en Venecia la primera imprenta en el Monasterio Subiaco; idéntico suceso ocurre en 1471, cuando Bernardo Cennini establece una imprenta en Florencia. En el año 1548 se publicó el primer periódico en Frankfurt (Alemania), y también fueron importantes, por la actividad cultural que despegaban, las bibliotecas públicas de Cracovia (1517), Hamburgo (1529) y Nüremberg (1538).

Durante el transcurso de los siglos XVII y XVIII, la imprenta adquirió una expansión que gravitó en el desarrollo de los pueblos y de los gobiernos, por la gran cantidad de libros, diarios, folletos que circulaban en todos los niveles sociales, y también -como no podía ser de otro modo- en las escuelas y universidades. Desde esta perspectiva, Fayt señala, acertadamente, que “la invención de la imprenta y la aparición de los periódicos significaron el predominio de la prensa escrita, que se extendió hasta la primera década del siglo XX. Ella alumbró el advenimiento de las revoluciones de la Edad Moderna y sirvió a la circulación de las ideas, a las mutaciones sociopolíticas y a los avances técnicos y económicos.”

En 1769 aparece la obra de William Blackstone, *Comentaries on the laws of England*, que en su tiempo cobró notoriedad y se constituyó en la obra cumbre sobre la defensa de la libertad de expresión y que tuvo una decisiva influencia en la redacción de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, obra que criticaba la censura previa y se manifestaba partidaria de que la responsabilidad por un libelo injurioso, sedicioso y obsceno, debía sobrevenir después de la publicación. En 1859, John Stuart Mill, enrolado en las mismas enseñanzas de Milton y ambos con sus respectivas ponencias, dio origen a la doctrina del “mercado de las ideas” o “mercado libre

intelectual” (*marketplace of ideas*), que tiene su fundamento en que solo se sabe si una idea es buena o mala cuando se le permite confrontar con otras, dado que el lector está en mejores condiciones de elegir cuál es la mejor; esta doctrina fue recogida por el célebre juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, con su voto en disidencia en la causa “*Abrahams vs. United States*” (250 US. 616-1919).

La Constitución Federal de los Estados Unidos no contenía originariamente una declaración de derechos (*Bill of the Rights*) -con origen en la declaración de independencia del día 4 de julio de 1776-, lo que se subsanó años después, con la aprobación de las diez primeras enmiendas votadas en el primer Congreso Federal el 25 de septiembre de 1789, que entraron en vigencia el 15 de diciembre de 1791; como producto de ello, la primera enmienda establece que el Congreso Federal no podrá dictar ninguna ley que coarte la libertad de palabra o de prensa.

El siglo XIX se caracterizó por un crecimiento de la prensa por medio del progreso técnico, como lo fuera la creación de la linotipo y monotipo, que contribuyeron a facilitar la impresión y composición de los medios gráficos. En el siglo XX, la aparición de la televisión, la radio y el cine produjo un incremento cualitativo en el campo de la expresión del pensamiento, con notable incidencia en la vida social, política y económica de las naciones; por último, sobre el final del siglo, aparece la Internet (1990) y produce una verdadera revolución en el campo de la comunicación y transmisión del pensamiento, que se la llama la “era de la prensa digital”.

En el derecho comparado se enseña que la elaboración teórica del derecho a la intimidad se inició en el año 1890 con el trabajo de doctrina publicado por Samuel Warren y Louis Brandeis en la *Harvard Law Review* titulado *The right privacy*, inspirado en las constantes y escandalosas intromisiones en la vida familiar de Warren por parte de la prensa escrita de la ciudad de Boston (Estados Unidos). Los citados autores advertían en dicha revista que “recientes inventos y

métodos comerciales llaman la atención sobre el próximo paso que es preciso dar para la protección de la persona y para asegurar a los individuos lo que el juez Cooley denominó el derecho a estar solo (*the right to be alone*). Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido los recintos sagrados de la vida privada y doméstica y numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer buena la predicción según la cual lo que se susurra en lo cerrado será proclamado desde los tejados". En otro párrafo de la mencionada publicación, los autores señalaban que, cuando la ofensa recaía en el ámbito de la intimidad, no era procedente la prueba de la verdad (*exceptio veritatis*).⁵⁶

En el desarrollo práctico, el derecho a la información puede entrar en conflicto con el derecho a la imagen de la persona. La doctrina civilista es prácticamente unánime en señalar que el derecho a la imagen puede confundirse con alguno de los otros bienes que integran el derecho a la personalidad del hombre, particularmente con el honor y la intimidad.

El desarrollo empresarial y técnico de la actividad periodística preparó el terreno para un cambio trascendental que se produjo en 1948, o mejor, a partir de 1948, fecha en la que las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos. Como siempre, no es posible eludir la diversidad de factores que intervendrán en la decisión de realizar una declaración universal de derechos. Empezando por la influencia del pensamiento jurídico-filosófico, que desde posiciones del racionalismo jurídico evolucionó hacia las nuevas versiones del derecho natural, del político, donde se produjo una revisión de los postulados liberales y una exigencia de transformación hacia los ideales democráticos, siguiendo por la misma vida social con sus enormes cambios; y, sobre todo, por la realidad histórica de los totalitarismos -comunistas y fascistas-, y de dos guerras mundiales que pusieron de manifiesto, entre otras muchas cosas, la necesidad de un orden supranacional capaz de impedir nuevos

56 Ibidem. pp. 206, 215 y 216.

enfrentamientos bélicos. Todo este cúmulo de factores se condensa en el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, de 1948.⁵⁷

Funciones de la prensa⁵⁸

En las sociedades democráticas, la prensa tiene también la misión de asegurar una función crítica frente a los poderes públicos y a las instituciones; puede ser un instrumento de libertad, pero también de servidumbre, dependiendo de que contribuya o no a realizar el libre comportamiento de los ciudadanos.

Pero la prensa, que tiene sus admiradores, también posee sus enemigos. Crea admiración pero también irrita. La prensa no puede cumplir con su rol sin hacer señalamientos críticos, constructivos; sin embargo, al realizar sus críticas, puede dañar a las personas y a las cosas. Por eso, el legislador ha previsto las sanciones penales a los que, ejerciendo el derecho de informar, cometen excesos.

En lo que concierne al reportero, los autores citados distinguen:

- 1) La selección por la actualidad;
- 2) La selección del periodista;
- 3) La selección del periódico de acuerdo con su política de información;
- 4) Las selecciones políticas.

En lo que se refiere al lector, señala que éste selecciona las noticias en función de sus propios centros de interés, de la “ley de la proximidad”, o sea, desde los puntos de vista geográfico, psico-afectivos, temporal, socio-profesional y socio-cultural, ideológico y del interés de la vida cotidiana.

57 Azurmendi, A. Ob. Cit. p. 27.

58 Livio Cedeño, Víctor. La Prensa y los delitos de prensa. Centenario. Santo Domingo. 2000. pp. 20 a 27.

La responsabilidad de la prensa

Si la libertad es una conquista apreciada por todos, existe por otro lado, la responsabilidad de la prensa frente a los lectores. La prensa, como se sabe, tiene una influencia determinante en la opinión, de tal manera que los autores modernos consideran que tiene en la época moderna la influencia que en otros tiempos tenía la Iglesia.

Hoy en día, sin embargo, se considera que sin lesionar la libertad de la prensa, puede ser reglamentada en un interés de orden público, de aquí que el legislador ha reglamentado dicha libertad.

En cambio, en una democracia constitucional, es un presupuesto indispensable del sistema político. En este sistema, las funciones de la prensa se pueden sintetizar en las siguientes.⁵⁹

1. Difundir hechos y opiniones generados por terceros para satisfacer el derecho a la información de la comunidad.
2. Formular opiniones propias que pueden, o no, gravitar o ser aceptadas por sus destinatarios.
3. Educar mediante la información y difundir los más variados aspectos culturales de la humanidad.
4. Colaborar, mediante la modalidad del periodismo de investigación y sin entorpecer la actuación de los organismos gubernamentales, en el esclarecimiento de hechos delictivos, actos de corrupción u otros de significativo interés social por los perjuicios que pueden acarrear para la comunidad.
5. Defender las instituciones democráticas y el fiel cumplimiento de los preceptos constitucionales.

59 Badeni, G. Ob. Cit. pp. 804 a 808.

6. Asumir, cuando sea necesario, el papel de los grupos políticos de oposición formulando críticas a la gestión gubernamental.
7. Reflejar las manifestaciones de los grupos sociales de opinión pública, aunque no coincidan con la doctrina que subyace en la línea editorial del medio de prensa.
8. Ejercer un control extra poder sobre el gobierno y los grupos sociales.

Los medios que requiere una prensa libre e independiente para cumplir cabalmente tales funciones, son, básicamente, los siguientes:

1. Incrementar constantemente la capacitación técnica, cultural y ética de los periodistas.
2. La propiedad privada sobre los medios de prensa. La experiencia revela que, la estatización de los medios de prensa desemboca, tarde o temprano, en un sometimiento a las exigencias del gobierno en turno.
3. La abolición de toda forma de censura, ya sea directa o indirecta.
4. Dotar a la empresa periodística de una sólida estructura económica. Sin esa base, no puede subsistir una auténtica prensa independiente en el siglo XXI.
5. Permitir la integración de los diversos medios técnicos de comunicación social, como requisito indispensable para posibilitar su desenvolvimiento eficiente en el marco de los asombrosos progresos tecnológicos registrados en el curso de los últimos años y los que se avecinan.

Contando con tales medios, la sociedad aspira a que la prensa moderna cumpla con aquellas funciones obrando con:

1. Seriedad en la información de los hechos e ideas.
2. Veracidad, en el sentido de no tergiversar la realidad -aunque sea aparente-, actuando con mala fe o negligencia manifiesta.
3. La suficiente sensibilidad profesional para no ocasionar daños innecesarios a los particulares y a la sociedad.

La prensa presiona sobre las entidades extra gubernamentales y el gobierno para:

1. Obtener y difundir la mayor cantidad posible de información de interés social.
2. Preservar su libertad editorial y su independencia económica.
3. Para controlar la actuación de aquellos evitando sus eventuales abusos.

A su vez, las entidades extra gubernamentales y el gobierno presionan sobre la prensa para:

1. Reflejar una imagen favorable para ellos en la opinión pública.
2. La publicación de opiniones y críticas acordes con sus valores e intereses.
3. Evitar los abusos en que puede incurrir la prensa.

Como se aprecia, la prensa juega un papel protagónico dentro de la estructura contemporánea del Estado.

Libertad de Expresión y Libertad de Información⁶⁰

Sobre la distinción entre libertad de expresión y de información, el Tribunal Constitucional Español se pronuncia de la siguiente forma:

60 Herrero-Tejedor, Fernando. Legislación y Jurisprudencia Constitucional sobre vida privada y la libertad de expresión. Editorial Colex. Madrid. 1998. pp. 115 y 125.

El recurrente funda su petición de amparo tanto en la libertad de expresión, consagrada por el artículo 20.1 a) C.E., como en el derecho a la información reconocido en el apartado 1 d) del mismo artículo; cita conjunta que obliga a dilucidar cuál de los dos derechos o libertades se encuentra en juego en el presente caso, pues lo cierto es que aunque algunos sectores doctrinales hayan defendido su unificación o globalización, en la C.E. se encuentran separados. Presentan un diferente contenido y es posible señalar también que sean diferentes sus límites y efectos, tanto *ad extra* como *ad intra*, en las relaciones jurídicas, especialmente las de carácter laboral, en que quien ejerce el derecho fundamental se puede encontrar unido con otras personas. En el artículo 20 C.E., la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa, en cambio, sobre hechos o tal vez más restringidamente, sobre aquellos hechos que pueden considerarse como noticia.

Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.

Se albergan dos derechos distintos por su objeto, a veces por sus titulares y en algún aspecto por sus límites. Efectivamente, en un primer plano, se configura la libertad de pensamiento e ideología, libertad de expresión o de opinión, mientras en otro se construye el derecho de información con una doble vía: comunicarla y recibirla. El objeto allí es la idea y aquí, la noticia o el dato.

Derecho a la información, libertad de prensa y libertad de expresión son tres conceptos jurídicos que tienen rasgos en común -de hecho

hay un entrelazamiento mutuo en su desarrollo histórico y los tres se refieren a actividades humanas que se sitúan en un mismo nivel- pero no son conceptos equivalentes. Tampoco las consecuencias de utilizar uno u otro término son iguales. Hoy, el derecho a la información se considera un derecho humano autónomo, con una estructura interna -de sujeto, objeto y contenido- distinta del derecho a la libertad de expresión y de la libertad de prensa. Las insuficiencias procedentes de la aplicación de estos dos últimos conceptos a las actividades informativas contemporáneas son tan graves que cualquier discurso argumental -jurisprudencial, legislativo e incluso doctrinal- cifrado en ello, necesariamente será incoherente, corto de planteamiento, e ineficaz para resolver las cuestiones que se planteen.

Una visión comparativa de los tres derechos, tal y como hoy se entiende, evidencia las conexiones y los puntos específicos de cada uno de los tres derechos. Sin duda, la noción que presenta más dificultades para integrarse en el actual sistema de derecho de la información es la libertad de prensa.⁶¹

En este punto se plantea la duda de si los derechos humanos, y entre ellos el derecho a la información, u otros como el derecho al honor, a la vida privada o a la imagen, que tienen como sujeto natural a la persona física, pueden atribuirse también a las personas jurídicas, es decir, a asociaciones, corporaciones y a fundaciones, tal y como el derecho español -artículo 35 del Código Civil- las clasifica. Está claro que en ejercicio del derecho a la información intervienen personas físicas, pero intervienen también empresas, asociaciones, grupos de consumidores y partidos políticos, entre otros grupos sociales. De ahí que, aunque en sentido estricto, el derecho a la información tiene como titular a la persona natural, también cabe atribuirse a las personas jurídicas en la medida que sea posible. Pero, ¿cabe hablar de un derecho al honor de una empresa, o del derecho a la intimidad de una asociación?⁶²

61 Azurmendi, A. Ob. Cit. pp.30, 31, 46 a 47.

62 Efectivamente, una persona moral o jurídica no tendrá por su naturaleza esos derechos, pero el derecho a la imagen, su fama pública, sí se puede considerar como un derecho de personalidad que viene a impactar en el patrimonio moral de las personas.

Se considera que libertad de expresión y libertad de información están unificadas en la medida en que el fundamento y la razón de ser de ambas son los mismos: la creación y el mantenimiento de una opinión pública libre. Por ello, se sostiene que se trata de un mismo derecho. Si bien no se niega que ambas libertades tenga un fundamento común, ello por sí solo no es motivo para que estén unificadas.⁶³

Se ha dicho que aunque no estuviera consignado expresamente, la finalidad para la cual se constitucionaliza la libertad de información lo exigiría, pues la libre formación de la opinión pública no permite, en principio, la difusión de hechos falsos. La verdad es un elemento constitutivo o requisito esencial. Existe el deber de transmitir hechos verdaderos, deber que es aplicable no solo a los profesionales de la información, sino a cualquiera que, sin ser periodista, ejercite su derecho constitucional a transmitir información.

Periodismo y periodista⁶⁴

La libertad de expresión de opiniones es un verdadero derecho fundamental de libertad; existe sin consideración a si se hace de ella un buen o mal uso.

63 Merlo, María E. Ob. Cit. pp. 72. y 116.

64 **Secreto de las fuentes de información**

El otro supuesto de ampliación de la responsabilidad para el informador es el llamado secreto profesional informativo, quizá porque es característico tan solo de la profesión informativa. No quiere esto decir que al profesional de la información no le afecte otro tipo de secretos por razón de la profesión. Como profesional, en general, le afecta también el secreto que ha de guardar acerca de los hechos que en ejercicio de la profesión conoce y que alguien tiene derecho a reservarse, por ejemplo, por razón de intimidad, aun cuando no sea más que por la vía convencional de la confidencialidad. Le afectan también los secretos de empresa, mucho más si se tiene en cuenta que la empresa informativa es una empresa de creación o de adquisición de creaciones para difundirlas, en la que se están generando incesantemente derechos de autor que pueden ser vulnerados por su revelación, sea intencionada, sea por negligencia, a otra empresa de la competencia. Y le afectan los llamados secretos oficiales, ya tratados a propósito de la Ética del mensaje. Aquí corresponde aclarar los términos de este secreto singular que es el llamado secreto profesional informativo, único que se refiere a las fuentes de la información y que afecta el deber al profesional. Catucci, Silvina G. Libertad de Prensa. Calumnias e Injurias. EDIAR. Sociedad Anónima Editora. Comercial. Industrial y Financiera. Argentina. 2004. Refiere:

La libertad de ciencia, en especial como libertad académica, es la garantía de una parte privilegiada, y reconocida como importante, de la vida espiritual; existe por virtud del valor, por lo menos pretendido, de la expresión privilegiada; tiene carácter institucional.

De ello se sigue para la alegación procedimental de ambas libertades, en especial en los procedimientos disciplinarios, una doble diferencia. Por un lado, en la determinación del tipo o supuesto de hecho protegido por el derecho fundamental. Si existe una expresión de opinión en el sentido del artículo 118 es algo que, aparte de los casos especiales abordados en la primera ponencia, se discutirá en raras ocasiones. Por el contrario, la dificultad decisiva de un proceso disciplinario será con frecuencia justamente si existe un serio intento

Cuando un órgano periodístico difunde una información, que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella en los supuestos que omite la identidad de los presuntos implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, finalmente, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente.

Para eximir de responsabilidad al informador, éste debe atribuir directamente la noticia a una fuente identificable y transcribir en forma sustancialmente fiel lo manifestado por aquella. El secreto de las fuentes de información periodística es uno de los pilares de la libertad de prensa, hace al derecho a la información, puesto que el periodista, en la mayoría de los casos de noticias referentes a la cosa pública, recibe aquellas bajo reserva del informante. El tema que más ha dividido a la doctrina es el referente a si el secreto de la fuente periodística puede ceder cuando existe un interés público de por medio, tal como lo es una investigación criminal. La libertad de prensa no es un derecho absoluto, en cambio sí es absoluta la prohibición de la censura previa.

De igual forma refiere Livio Cedeño:

El secreto profesional de los periodistas Henri Blin y los otros autores responsables de la enciclopedia Derecho de la Prensa tratan magistralmente este tema. Dicen: "Parece una paradoja hablar del secreto profesional o propósito de los periodistas, cuyo rol es de difundir, y no de guardar secretos, las informaciones que puede poseer. De hecho, en lo que concierne el contenido mismo de los artículos de prensa, no es en general bajo la cualificación de violación del secreto profesional que una persecución puede presentarse, sino al título de las publicaciones prohibidas, notablemente cuando el periodista revela los secretos de la defensa Nacional u otra información cuya publicación es prohibida":

"En verdad, cuando se habla del secreto profesional de los periodistas, no es en el contenido de sus propósitos que se piensa. De este lado, pueden tener deberes de discreción; pueden ser sometidos a silencios que se derivan de la oportunidad, pero al margen de las publicaciones prohibidas, sus revelaciones no constituyen infracciones causadas por la violación de un secreto. Un secreto muy particular concierne a la revelación a las autoridades judiciales de un verdadero nombre del redactor de un artículo firmado por un seudónimo o de iniciales"

de hallazgo o transmisión de la verdad científica, si una expresión merece una valoración intencional tan elevada como sea preciso para justificar la subsunción bajo el artículo 142.⁶⁵

La historia de la cuestión del derecho de la prensa ofrece una analogía instructiva. Cuando la prensa aparecía todavía racionalmente como institución, no simplemente como libre expresión de opiniones, digna de protección, su situación era parecida a la de la situación actual de la ciencia y la doctrina. Entonces, el viejo Pablo de Heidelberg, minusvalorado sin razón debido a las invectivas repartidas de Heinrich Heine, ha explicado con gran claridad la conformación de ello resultante de la responsabilidad de la prensa:

El fin de la libertad de prensa y del pensamiento de la comunicación es, básicamente, la libertad de verdad. Según esta opinión, es claro como principio o norma de la legislación sobre la prensa que lo que, bien en el contenido, bien en la forma de la exposición, no se esfuerza abiertamente por la verdad, lo que no pretende y puede conducir a la verdad, no ha de tener ninguna esperanza de protección legal, más bien ha de tener cierta expectativa de una justa indiferencia o penalización. Todo lo contrario, cuando ni la forma ni el contenido da una prueba al árbitro de que al informador no le interesa la verdad, no puede reprimirse o perseguirse a través de una ley, si el amor a la libertad ha de ser nuestro objetivo supremo y nuestra ley.

No solo lo verdadero, sino también lo probable, en tanto que los hombres no llegarían fácilmente a la verdad sin la confrontación de las probabilidades, debe poder darse a conocer sin penalización en todo caso, si ante los jueces humanos razonables como tribunal por jurado solo se puede llevar la prueba de que ello ha sido para el informador la verdad o la probabilidad.

Completamente distintos son los casos en que un informador publica algo como verdadero o probable para él, en una forma a través de

65 Smed, R. Ob. Cit. pp. 43 a 86.

la cual pueda probarse que a él no le preocupaba el fin legalmente justificado de la libertad de comunicación en concreto, la difusión de la verdad.

Concepto de censura. Agencias noticiosas⁶⁶

El diccionario de la Real Academia Española define la censura como “dictamen y juicio que se hace o da acerca de una obra o escrito”. Ese dictamen o juicio puede ser bueno o malo. Sin embargo, más adelante da otro concepto: “Nota, corrección o reprobación de alguna cosa”. Se corrige o reprocha algo que no está bien.

Etimológicamente significa “reprobación o crítica severa” y también “evaluar, estimar, juzgar.” En la antigua Roma, el censor era el funcionario que, además de efectuar el censo (contar el número de ciudadanos), supervisaba el comportamiento público.

La *censura previa* no necesita definición. Podemos decir que es cualquier medida que impida, límite o dificulte que la información y/o expresión de ideas u opiniones llegue a la opinión pública. Por lo general, es uno de los medios de los que se valen los regímenes totalitarios para ahogar las expresiones disidentes de sus opositores.

Las fuentes periodísticas son las personas y los documentos que proveen información sobre los acontecimientos objeto de noticia, cuando el periodista no es testigo directo. Son la base de la noticia.

El periodista no inventa los hechos que son noticia. Pero como no siempre puede ser testigo de los acontecimientos, debe basarse en testimonios para relatar lo ocurrido. La noticia, así, estará respaldada por testimonios. A estos testimonios se les llama “fuentes informativas.”

Entre las fuentes de información periodísticas merecen un estudio particular las agencias noticiosas. Buena parte del material que

66 Nespral, B. Ob. Cit. pp. 35 a 48.

diariamente reciben los diarios, las revistas, las radios y los canales de televisión llega de estas organizaciones, desde diferentes partes del mundo. Son fuentes, por así llamarlas, indirectas, pues no es el periodista o el medio al que éste pertenece el que busca la noticia, sino que es una empresa -organizada para tal fin- la que se la provee.

Reseña de agencias noticiosas

- *Agencia France Press (AFP)*. Es una agencia mundial con sede en París. Fue creada en 1944 por el gobierno francés. Se considera la más antigua, como una prolongación de la Agencia Havas (1835). En 1957 se institucionaliza como órgano estatal. Distribuye los servicios en cinco continentes (alrededor de 170 países).
- *Associated Press (AP)*. Es una agencia mundial nacida en Nueva York por iniciativa de varios editores de diarios para abaratar los gastos de traslado de noticias. En 1866 se extendió a Chicago. Tiene más de un centenar de abonados.
- *United Press Internacional (UPI)*. Es una agencia mundial creada en 1907 con el nombre de *United Press Association*. En 1958 se fusionó con la *Internacional News Service*, adoptando el nombre que lleva en la actualidad. Su sede central se encuentra en Nueva York y tiene sucursales en varios países del mundo. Cubre más de 60 países y un número cercano a los siete mil medios periodísticos abonados.
- *Agencia Reuter*. También es una agencia mundial; fue creada en 1846 en Londres por Julius Reuter, ex empleado de la Agencia Havas. Esta agencia inglesa es una de las más avanzadas tecnológicamente y cubre alrededor de 120 países.
- *Telegragnoye Agentstvo Sovetskogo Soyozza (TASS)*. Agencia mundial rusa cuyo origen se remonta a la antigua Agencia Telegráfica de San Petersburgo, propiedad del Zar (1918). Luego se transformó en un Instituto de Información de Prensa y Propaganda, hasta que

en 1925 se creó con el nombre que lleva en la actualidad, TASS. Tiene sucursales en diversos países del mundo y cuenta con más de ocho mil abonados.

- *Deutsche Press Agentur (DPA)*. Agencia nacional-regional de Alemania creada en 1949. Pese a que tiene cierta dependencia de Reuter y France Press, esta agencia cuenta con abonados no solo en Alemania sino también en otras partes del mundo.
- *Agencia Nazionale Stampa Associata (ANSA)*. Esta agencia nacional fue fundada en Roma en 1945, inmediatamente después de la liberación, por una cooperativa de diarios y con el objeto de asegurar la información más amplia con criterios de rigurosa independencia y objetividad. Transmite seis mil palabras por día en italiano, inglés, francés y español. Cuenta con 18 oficinas en Italia y cerca de 90 sucursales en el exterior. En 1952 se instaló en Buenos Aires.
- *Agencia FSA*. Agencia de noticias española fundada en 1939; su nombre se debe a que se formó por la unión de otras tres agencias cuyos nombres comenzaban con la letra "f": Fabra, Faro y Febus. Posteriormente se agregó otra, Fiel. Su sede central se encuentra en Madrid y tiene sucursales en varios países del mundo.
- *Telenoticiosa Americana (TELAM)*. Es la agencia oficial argentina. Fue fundada en 1945 y tiene su sede central en Buenos Aires. En la década de los 80 se expandió por varios países de Latinoamérica y los Estados Unidos.
- *Agencia de Noticias Argentinas (NA)*. Es la agencia privada más antigua del país (después de la Agencia Saporiti, que dejó de funcionar en 1984). Fue fundada en 1973 integrada por diarios del interior del país. Su primer director fue David Kraiselburd (director de *El Día*, de La Plata, provincia de Buenos Aires). Con los años se dividió y un grupo de editores fundó la Agencia DYN. Maneja su información internacional a través de UPI y AFP.

- *Diarios y Noticias (DYN)*. Agencia privada argentina fundada en 1981, como desprendimiento de Noticias Argentinas. Distribuye noticias nacionales e internacionales en el país y en países de habla hispana.
- *Agencia Informativa Católica Argentina (AICA)*. Fundada en 1956. Difunde toda la información relacionada con la Iglesia Católica Argentina, recibe y distribuye la información de carácter internacional vinculada con el tema. Mantiene un fluido contacto con El Vaticano.
- *Infosic*. Es una agencia privada argentina fundada en 1996.

En Latinoamérica funcionan otras importantes agencias de noticias. Entre ellas cabe mencionar: *Agencia Nacional de Informaciones, ANI* (Uruguay), *Agencia Meridional Limitada, AML*, (Brasil), *Agencia Mexicana de Noticias, AMN*, (México), *Agencia Noticiosa de Corporación de Periodistas, COPER*, (Chile), *Agencia Prensa Latina, PL*, (Cuba), *Agencia Prensa Venezolana, PREVE*, (Venezuela) y la *Latin Reuter* (dependiente de la Reuter de Inglaterra).

"El conocimiento de la realidad es un instrumento social comunicable, único camino para trascender las limitaciones de un hombre aislado o de una generación concreta".

Juan Luis Vives

Veracidad y objetividad

En realidad, no es la verdad objetiva sino la denominada veracidad subjetiva o verdad subjetiva.⁶⁷

En tal concepto hay, en cambio, una flexibilización que permite considerar como legítimas algunas informaciones erróneas u objetivamente falsas, siempre y cuando el informador haya transmitido la información luego de una diligente contrastación que lo condujo a creer que lo que transmitía era verdadero, cuando en realidad era falso. En este supuesto estamos en presencia de la veracidad o verdad

67 Merlo, María E. Ob. Cit. pp. 116 a 119, 135.

subjetiva. Dicha verdad subjetiva, cabe aclararlo, solo procede de manera subsidiaria. Previamente debe constarle la verdad objetiva, es decir, si los hechos informados se adecuan objetivamente a la realidad, y recién después, cuando ello no pueda tener lugar o se verifique que son objetivamente falsos, corresponde acudir al análisis de la verdad subjetiva.

Son varias las soluciones que ha brindado la doctrina a fin de resolver tal conflicto. Podríamos admitir dos grandes grupos:

- 1) Las doctrinas constitucionales, que a su vez se subdividen en:
 - a) ausencia de conflicto doctrinas que excluyen la tipicidad como consecuencia del ejercicio de derechos, entendiendo que no hay conflicto de derechos, y
 - b) articulación o delimitación de los derechos fundamentales.
- 2) Las doctrinas que aplican la vía del Derecho Penal: de acuerdo con la categoría dogmática en la que es resuelto el conflicto tenemos las que resuelven el conflicto a nivel de la tipicidad y las que lo hacen a nivel de la antijuridicidad. Entre las primeras están:
 - a) la doctrina del *animus injuriando*;
 - b) la doctrina que lo hace a través de los elementos negativos del tipo, y
 - c) la doctrina de la adecuación social.

Entre las segundas, es decir, entre las que atienden que la solución ha de propugnarse en el ámbito de la antijuridicidad, hay dos variantes:

- a) solución del conflicto en el marco de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho, y
- b) solución del conflicto por medio de la *exceptio veritatis*.

La autora propone: aun cuando la protección penal del honor, acorde con su condición de derecho humano fundamental que los tratados internacionales y algunas constituciones como la española consagran, debe preservar siempre la dignidad de la persona; soy partidaria de una concepción normativa-fáctica de honor que, sin desconocer tal extremo, tiende a proteger el honor real y no el aparente. Como consecuencia de ello, entiendo que la *exceptio veritatis* debe tener lugar para todos los supuestos, es decir que deberá incluir también las injurias, se trate o no de temas de interés público. Siempre deberá existir la posibilidad de poder probar la verdad de las afirmaciones, excepto cuando se trate de:

- a) juicios de valor, por no ser empíricamente constatables, y
- b) hechos que atañen a la intimidad o a la vida privada de las personas.

Veracidad y objetividad, virtudes afines a la justicia, que apoyan precedente y consecuentemente a la virtud de la verdad o de la justicia. La comunicación del mundo interior más extenso que el mundo exterior, que también tiene como constitutivo la verdad, aunque operativa, se rige por otras reglas ético-jurídicas muy rigurosas.⁶⁸

La comunicación del mundo exterior tiene como constitutivo esencial la verdad intelectual o lógica, pues hay que comunicar la realidad misma convertida en palabras y las palabras son las que justifican el pensar del hombre y, de manera cualificada, del comunicador. El tema de la verdad ha sido constantemente controvertido a lo largo de la historia del pensamiento. Desde negar que la verdad pueda existir u ofrecer unas versiones descarriadas de la verdad, hasta constituirla en centro del sistema del pensamiento; desde afirmar que la verdad es contraria a la libertad, hasta considerar que la verdad es lo único que hace libre al hombre. Curiosamente, en todas las versiones contrarias a la verdad, desde los sofistas griegos a los autores actuales que no hacen sino

68 Desantes Guanter, José Ma. Veracidad, Verdad, Objetividad en: 1er. Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. *Veracidad y Objetividad. Desafíos éticos en la Sociedad de la Información*. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. España. 2002. pp. 94 a 96.

reproducir desviaciones históricas, se advierte un miedo a la verdad misma que las explica, aunque no las justifique. Por una parte, porque la verdad es difícil de alcanzar. Xavier Casp, un poeta valenciano contemporáneo, dice que “de la realidad a la verdad puede haber la misma distancia que de lo inerte a lo vivo.” Y el conocido científico Carrel lo afirmará con toda claridad: “la realidad concreta es difícil de asir y a nuestro espíritu le gusta el menor esfuerzo. Quizá la pereza natural del hombre le hace escoger la simplicidad de lo abstracto sobre la complejidad de lo concreto.”

La traslación de la verdad ontológica -las cosas son lo que son- a la palabra es la verdad lógica que se proclama así como constitutivo esencial de la noticia. En el siglo X, un filósofo llamado Israeli definió la verdad lógica como adecuación a la realidad y el intelecto. La realidad es, por tanto, la medida del conocer. El conocimiento, en idea Aristotélica rotunda que todavía asusta a algunos, se convierte en el objeto mismo, aunque con dos modos de ser de la cosa real: “ser natural” y el “ser inteligible”. Se puede afirmar que el entendimiento que conoce una piedra es piedra de un modo intelectual. Serllanges, hace casi un siglo, decía que *“conaitre c’est devenir un autre”*. Los escolásticos, empero, pensando en que el hombre nunca puede conocer toda la verdad de todos los objetos, añadieron a la definición alto medieval, con una cierta modestia muy realista, el término *quaedam*: siempre hay algo en la verdad de las cosas que escapa a nuestra capacidad de conocerlas y expresarlas. La verdad en sentido gnoseológico y criteriológico es, así, cierta adecuación de la realidad y del conocimiento, una de las facultades en que se manifiesta el entendimiento, junto con la inteligencia y la razón. La objetividad se basa en la esencia del conocer; con ella no se pide otra cosa sino que el conocimiento sea verdaderamente conocimiento. Sin conocimiento de la realidad, no es posible comunicarla.

La objetividad, que en definitiva consiste en la “no-subjetividad”, es el elemento necesario aunque no suficiente para iniciar el camino que termina en la verdad informativa, tal necesidad entraña dificultades, pero la dificultad supone la posibilidad: lo imposible queda fuera de la calificación de fácil o difícil porque nadie está obligado a lo imposible.

Características de la objetividad⁶⁹

Con referencia a todas las negaciones de la objetividad conviene recordar que el derecho a la información es el derecho a los tres tipos de mensajes que impone la realidad y confirman las ciencias que la estudian, así como su comprensión: mensajes de hechos, mensajes ideológicos y mensajes opináticos y que en la información, como resultado complejo, pueden aparecer mezclados. Lo que no significa que sean confundidos. Es necesario analizar el mensaje complejo para aplicar a cada mensaje simple que lo forma su propio régimen ético-jurídico. El derecho a la noticia no puede ser confundido ni mezclado epistemológicamente con el derecho a la idea y con el derecho a la opinión, que son derechos que tienen por objeto lo que se forja en el interior de otra persona. El derecho a la noticia es la facultad de conocer simple y puramente lo que ocurre en la realidad exterior, con la mayor exactitud posible, lo que exige un esfuerzo por parte del comunicador: El deber general de diligencia incluye, en la primera fase del proceso comunicativo, el deber de objetividad.⁷⁰

69 ¿La columna de opinión como fuente veraz? Carlos Pajuelo de Arcos en 1er. Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. Ob. Cit. p. 220.

No es obvio aquí recordar la postura del Diario *Le moniteur*, cuando va cambiando sus titulares (que son, a mi juicio, un anticipo de la columna posible). La relación entre el poder y la prensa quedó tempranamente demostrada.

En 1815, Napoleón volvía desde su exilio en Elba. En su marcha sobre París el diario capitalino *Le moniteur* tituló así:

- 9 de marzo: el monstruo escapó de su lugar de encierro.
- 10 de marzo: el ogro corso ha desembarcado en cabo Juan.
- 11 de marzo: el tigre se ha mostrado en la localidad de Gap. Tropas avanzan para detener su marcha. Concluirá su miserable aventura como un delincuente en las montañas.
- 12 de marzo: el monstruo ha avanzado hasta Grenoble.
- 13 de marzo: el tirano está ahora el Lyon. Todos están aterrorizados por su aparición.
- 18 de marzo: el usurpador ha osado aproximarse hasta 60 horas de marcha de la capital.
- 19 de marzo: Bonaparte avanza a marchas forzadas, pero es imposible que llegue a París.
- 21 de marzo: el emperador Napoleón se haya en Fontainblau (sic).
- 22 de marzo: ayer por la tarde Su Majestad el Emperador hizo su pública entrada a las Tullerías. Nada puede exceder el regocijo universal.

No puede caber duda acerca de cómo el Estado produce en el Editor una cierta presión una determinada mediatización. Hoy esa presión puede ser fiscal o de concesión mediática.

70 Ibidem. pp. 98 a 100.

Como en los derechos subjetivos, en las relaciones jurídicas tienen preeminencia los sujetos. El derecho, decían los maestros romanos, está hecho para el hombre. Mucho más -hay que subrayar- en las relaciones jurídico-informativas en las que, al menos, una parte de los sujetos es múltiple y, en la mayoría de los casos, desconocida. Pero esta primacía personal no solo no hace desaparecer la importancia del objeto sino que la potencia. Porque la realización del hombre consiste en aprovechar todas las posibilidades que ofrece la realidad, entre ellas poder ser conocida y comunicada. Por eso el objeto, como bien vio Savigny y con él todos los juristas del *id quod est* o del *die Natur der Sache*, es el que matiza y nomina todas las relaciones. Mal se puede aprovechar la realidad si no se la conoce para comunicarla tal como es. La opinión, cuando es correcta y no adultera la verdad, obedece a otro tipo de interés moral del preeminente sujeto: consiste en valorar subjetivamente la verdad después de conocerla y, en su caso, comunicarla, no en sustituirla en todo o en parte.

La objetividad es la base de la decisión acertada y, por tanto, para el informador es la que le permite seleccionar y subrayar aquella parte de la realidad que es la auténticamente actual en todos los sentidos de actualidad, que incluye el interés general; y al receptor, enrolarse en una participación efectiva y constructiva. En el logro de esta decisión acertada, la inteligencia humana, cuando actúa movida por una curiosidad sana, se caracteriza por descubrir posibilidades en lo real. El esfuerzo de las ciencias experimentales nos dice, por ejemplo, que la Nanología permite, hasta ahora, descubrir y conocer realidades del tamaño de una millonésima de milímetro. Nigg apostillará que para conseguir esta realización personal y social explorando a fondo la realidad, el punto de partida es la objetividad.

Características de la Verdad y Libertad de Expresión⁷¹

Es obvio que al profesional de la información se le va a exigir una deontología, como en cualquier otra profesión, un código de valores,

71 Romero Coloma, Aurelia María. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*. Cuadernos Civitas. España. 2001. pp. 90 a 105.

aunque, por desgracia, hoy en día asistimos al triste espectáculo de periodistas enzarzados en relatar hechos que no trascienden en ningún sentido a la esfera de interés de la sociedad y que no constituye más materia de chismorreos, con el consiguiente ataque, descarado, en ocasiones, a los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen de los afectados.

La verdad periodística no debe ser considerada una quimera, ni tampoco un dogma, sino que es el resultado de un esfuerzo colectivo en el que participan, desde sus puestos respectivos, los que proporcionan, los que presentan y los que reciben las noticias.

De otro lado, sabemos que la verdad absoluta es, en ocasiones, imposible de probar e incluso de encontrar. Por ello, para paliar estos inconvenientes y dar vía libre a la información, se intenta buscar soluciones y remedios. Entre estas soluciones se encuentra una particularmente interesante: se trata de exigir al profesional de la información una actitud positiva hacia la verdad, de manera que pueda probar que ha intentado encontrar la misma, referida a los hechos que narra o de los cuales informa, de forma diligente y razonable, agotando las fuentes disponibles.

Ser veraz o tener veracidad está referido, en realidad, a una exacta correspondencia entre el estado subjetivo y la realidad objetiva o, en otras palabras, a una concordancia lo más ajustada posible entre lo que se dice, se expresa y se informa y la realidad de los hechos que quedan expuestos.

Se puede afirmar rotundamente que el requisito de la veracidad es exigible únicamente cuando lo que se ejercita es la libertad de información, pero no para la libertad de expresión, ya que ésta versa sobre ideas, opiniones, pensamientos y/o juicios de valor, de los que, en una sociedad como la nuestra, plural y democrática, no puede predicarse su veracidad o falsedad, en su caso.

La libertad de información, ajustándose a los requisitos reseñados en páginas anteriores, exige a su vez la libertad de los medios de

expresión. La prensa debe ser expresión de la libertad. Una prensa libre es un instrumento indispensable en una moderna democracia, al tiempo que una de sus más características manifestaciones.

Se dice que la vocación a la formación de una opinión pública libre solo es algo predicable o atribuible al sujeto receptor de la noticia, es decir, al público.

El derecho a la publicidad de los procesos plantea, en nuestro país y a la vista de la experiencia americana, la polémica en cuanto a la prensa y a la libertad de los profesionales de la información de difundir noticias referidas a hechos que traigan su origen en un proceso en curso, cuando esos hechos vengan referidos a procesos en los que intervienen personajes famosos o que gozan de proyección pública o social.

Democracia y medios masivos de comunicación⁷²

La democracia es un asunto viejo y, de alguna manera, bien conocido. Los medios son algo nuevo, de rápido desarrollo.

Se utiliza *medios* como una abreviación de *medios masivos de comunicación*, los cuales incluyen principalmente periódicos, radio, televisión e Internet. Los diarios y la radio tienen casi dos siglos y uno de antigüedad, respectivamente; la televisión tiene más o menos medio siglo de vida.

Podemos trazar una gran división entre los medios de palabra (diarios y radio) y los medios visuales, basados en imágenes, predominantemente la televisión.

En *homo videns* se hace notar la distinción entre una cultura basada en la palabra, la escritura, y una cultura visual basada en imágenes.

72 Sartori, Giovanni. *Videopolítica. Medios, información y democracia de sondeo*. Cuadernos de la Cátedra Alfonso Reyes del Tecnológico de Monterrey. Fondo de Cultura Económica. España. 2003. pp. 17 a 24.

En la primera concebimos entidades abstractas que no vemos; lidiamos con mundos inteligibles (*mundus (i) intelligibilis*) a partir de conceptos. En el segundo caso estamos confinados al mundo que vemos, es decir, a la percepción de los visibles concretos, al ámbito de los mundos sensibles (*mundus (i) sensibilis*), el de los sentidos.

Dejando de lado la comprensión científica, ilustremos este punto con los conceptos creados y sustentados por la democracia; nociones como consenso, nación, Estado, soberanía, representación, libertad, igualdad, justicia, legitimidad, legalidad y así sucesivamente ¿Son visibles acaso? No, por supuesto, ninguna de estas construcciones mentales es visible; todas son ideas que carecen de equivalente visual.

Si somos formados, como de hecho lo somos, bajo el bombardeo de la exposición constante a la televisión, es casi inevitable que en nuestra comprensión y manejo de los invisibles los conceptos puedan no ser los más idóneos.

Si en el principio fue el verbo, ahora en el principio tenemos la imagen. En el *homo videns* lo visible condiciona y monitorea a lo invisible. En el *homo sapiens*, que lo precedió, era de otra manera: el pensamiento no solo condicionaba lo visible, sino que saltaba más allá, se adelantaba.

Si la democracia es (como lo es) un sistema político en el que los ciudadanos tiene voz importante en los asuntos públicos, entonces la ciudadanía no puede permanecer desinformada respecto de esos asuntos públicos. La democracia no requiere de *savants* (sabios), ni de un público cultivado, un *demos* ilustrado, sino de un *demos* suficientemente informado, que tenga alguna idea de lo que está sucediendo.

Derecho de Acceso a la Información

Otra parte fundamental del Derecho a la Información es el referente al Derecho de Acceso a la Información.

Concepto de Derecho de Acceso a la Información

Precisa Ernesto Villanueva:⁷³ “el hecho, sin embargo, de que habría que utilizar la noción de derecho a la información, *lato sensu*, para definir el sentido genérico del concepto y derecho a la información, *stricto sensu*, para hacer referencia a una de sus vertientes, fue razón suficiente para acuñar el concepto de derecho de acceso a la información pública.”

El derecho de acceso a la información pública sería entonces un círculo más pequeño que formaría parte del círculo amplio del derecho a la información. Y este derecho estaría compuesto por las distintas normas jurídicas que hacen posible examinar de mejor manera los registros y datos públicos o en posesión de los órganos del Estado, de acuerdo con la ley.

Hasta aquí tenemos dos conceptos: derecho a la información y derecho de acceso a la información pública. Queda por definir derecho de la información. Si, como ya se anotó, el derecho a la información está compuesto de normas legales -y el derecho de acceso a la información pública es una de sus vertientes y, por esa misma razón integrado a normas jurídicas-, se puede colegir que el derecho a la información es el objeto de estudio del derecho como ciencia jurídica. De esta suerte, el derecho de la información es la rama del Derecho Público que tiene como objeto de estudio al derecho a la información.

Características del Derecho de Acceso

El reconocimiento del derecho de acceso a la información y la necesidad de una ley que lo reglamente implica la concreción, por añadidura, de otros derechos fundamentales.⁷⁴

73 Para profundizar sobre el tema remítase a: Villanueva, Ernesto. *Derecho de la Información*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006.

74 Basterra, Marcela. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Lexis Nexis. Argentina. 2006. pp. 3, 24 y 35.

1. Conlleva el reconocimiento y la garantía de contribuir a la formación de una opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político.
2. Permite la concreción del derecho a la libre expresión en su totalidad, materializado no solo con la posibilidad de exteriorizar el pensamiento, sino en la posibilidad de “acceder” a conocer para luego expresarse libremente.
3. Contribuye a que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y confrontarlas con las de otros ciudadanos.
4. Incide a favor del principio de autonomía personal, ya que el libre “acceso” facilita la posibilidad de contar con más información para que cada ciudadano pueda elegir su propio plan de vida.
5. Asegura la participación ciudadana en la toma de decisiones de la “cosa pública”, instrumento necesario para la formación del consenso democrático.
6. Se constituye en requisito necesario y determinante para el ejercicio de la democracia participativa.
7. Implica el ejercicio de una de las formas del principio de publicidad de los actos de gobierno. El derecho de libre acceso a la información producida por el Estado constituye un desprendimiento lógico de este principio.
8. Redunda a favor de la concreción del principio de transparencia de los actos de la administración, de gestión y de gobierno, indisolublemente ligado al control democrático sobre la actividad administrativa que deben realizar los ciudadanos.
9. Permite que la ciudadanía ejerza un verdadero control sobre el gobierno.

El primer análisis que en torno al concepto de derecho de acceso a la información pública -en adelante DAIP- es si estamos ante un derecho completamente distinto del “derecho a la información”, o si es un desprendimiento de este derecho, entendiéndolo como una prerrogativa de información a favor de los individuos que al ejercerse toma distintas formas.

EL DAIP tiene una función individual o se ejerce como derecho individual cuando una persona solicita información o datos acerca de sí misma, de una base de datos o registros de cualquier dependencia estatal. El derecho de acceder a sus propios datos, para tomar conocimiento y conocer su finalidad, “su propia información” o la información en relación con los datos inherentes a su persona, no es un “bien colectivo”, no pertenece a la cosa pública aunque de hecho esos datos puedan estar en archivos estatales y tener la calidad de documento público.

La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales está supeditada en una buena parte a las conductas o a las políticas que en relación a éstos desarrolle el Estado. El poder acceder a la información pública, sin duda, tiene un papel relevante a la hora de poder exigir al Estado que cumpla sus obligaciones en orden a determinados derechos tales como el derecho a la salud, a la educación, etcétera.

Indicadores y criterios en materia de Acceso a la Información⁷⁵

Como parte de los objetivos de Libertad de Información-México, Asociación Civil (LIMAC), en el segundo semestre del año 2004 se elaboró el estudio denominado: *Decálogo del Marco Normativo del Derecho de Acceso a la Información Pública*. Dentro de los objetivos que contenía el estudio destacaban el de desarrollar un instrumento de medición y evaluación del sistema jurídico mexicano; comparar el

⁷⁵ Parte metodológica del estudio: Villanueva, Ernesto y Perla Gómez Gallardo. *Derecho a la Información, Indicadores Legales*. Impresos Juárez. México. 2005.

contenido normativo de las leyes en la materia y servir, en ese entonces, de referente técnico para aquellas entidades federativas que no contaban con una legislación de acceso a la información.

Toda metodología tiene un tiempo de vigencia, cuando el objeto estudiado va cambiando siempre es conveniente revisar, actualizar y optimizar los elementos de medición utilizados así como los factores revisados, de tal forma que se cuente con la integración de las experiencias adquiridas en la elaboración de investigaciones precedentes. Derivado de lo anterior se creó la primera edición de Indicadores Legales del Derecho de Acceso a la Información Pública en México, que completó el decálogo cambiándolo a indicadores con 17 componentes que fueron referentes para las entonces 25 leyes evaluadas.

Este nuevo estudio es actualizado metodológicamente como respuesta natural al avance constante y permanente de toda investigación, y para refrendar el compromiso adquirido de presentar en todo momento lo mejor de las investigaciones de calidad que han marcado nuestra trayectoria en la materia, adicionando a los indicadores criterios de ponderación que permiten evaluar la calidad de los contenidos en función de los derechos que garantiza.

INDICADORES LEGALES	
1. SUJETOS OBLIGADOS 2. DEFINICIONES E INTERPRETACIÓN 3. CULTURA DE LA TRANSPARENCIA 4. INFORMACIÓN DE OFICIO 5. LÍMITES AL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 6. VERSIONES PÚBLICAS 7. MÁXIMA PUBLICIDAD 8. PRUEBA DE DAÑO 9. GRATUIDAD DE LA INFORMACIÓN	10. PERIODO DE RESERVA 11. FORMAS DE SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN 12. HABEAS DATA 13. ÓRGANO GARANTE 14. AFIRMATIVA FICTA. 15. VÍAS DE IMPUGNACIÓN Y DEFINITIVIDAD 16. FORMAS DE CONTROL DE LA LEY 17. ÁMBITO TEMPORAL DE VALIDEZ

Sujetos obligados

Como parte del ámbito personal de aplicación de la ley, las leyes referentes al acceso a la información deben contener un catálogo de

los sujetos obligados por la misma. En principio, todo sujeto que ejerza gasto público tendrá la obligación de rendir cuentas en cuanto al uso que haga de esos recursos, entre más sujetos queden determinados la ley será más eficaz sobre todo al momento de obligarlo a publicar la información de oficio.

Definiciones e interpretación

En este apartado se determina que la eficacia de este indicador depende del estilo de redacción y contenido propio de las leyes. Por tal motivo, se busca dentro del análisis que cada una de las definiciones en los diversos artículos sea clara y precisa.

Toda ley contiene dentro de sus primeros artículos un catálogo de definiciones que permite entender la lógica jurídica de la forma en que deben de aplicarse los diversos conceptos que se contemplan en la misma.

Respecto a la interpretación, se deberá favorecer, en caso de duda, el acceso a la información, dado que este derecho tiene sus principales antecedentes en instrumentos internacionales se deberá recurrir a convenios o tratados internacionales que cubran los objetivos de este derecho.

Cultura de la transparencia

Una parte fundamental que permitirá en el mediano y largo plazo consolidar la vigencia y eficacia del Derecho de Acceso a la Información es la Cultura de la Transparencia. A través de la educación se puede dar a conocer el derecho en todos los niveles, para que los destinatarios lo hagan parte de su formación y lo ejerciten de manera espontánea como lo hacen con otro tipo de derechos.

Información de oficio

Bajo el principio de máxima publicidad, existe cierta información que es de interés general para todas las personas. Para tal efecto, el

legislador debe establecer determinada información cuyo acceso no dependa de una solicitud expresa. Este principio determina como efecto secundario la transparencia de la función pública; esto es, a mayor información disponible de manera oficiosa se tendrá un gobierno con mayor apertura informativa, de igual forma a mayor información de oficio menos solicitudes de información.

Límites al Derecho de Acceso a la Información

No toda la información que esté en posesión de los sujetos obligados es pública. Esto se debe a la sensibilidad de la información, es decir, aquella cuyo costo de divulgación pudiere poner en riesgo algún interés general tutelado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tanto del Estado como de los particulares que actúan de buena fe, los elementos que integran este principio general, de acuerdo con las condiciones sociales, económicas, políticas y jurídicas de cada Estado. No hay que olvidar que en caso de controversia se favorecerá al que pretenda causar menor daño.

Al ser éste el principio básico para determinar si un Estado o país busca la apertura informativa, la transparencia y rendición de cuentas dentro de su gestión gubernamental, consideramos que a menor número de causales de clasificación, será mayor su avance democrático.

Versiones públicas

El que se catalogue determinada información como de acceso restringido y se configure como un límite al acceso a la información no implica que el emisor tenga prohibido generar versiones públicas en las que se protejan los datos sensibles y personales, evitando así el daño o menoscabo al Estado o a los particulares por la difusión de esa información.

En la medida que las leyes en la materia establezcan la posibilidad de elaborar versiones públicas de aquella información que no debe

difundirse abiertamente, mejor será la disposición de apertura y rendición de cuentas, sin que se catalogue como reservada cierta información, se desarrollará una relación de confianza.

Máxima publicidad

Esta máxima implica que todo sujeto obligado ponga a disposición de toda persona la información que tiene en su posesión. Sin embargo, no se puede determinar de manera unilateral una redacción precisa o los elementos que conforman este indicador, por tal motivo se busca dentro del análisis de este estudio, que las diversas leyes hagan una mención clara y precisa a éste de manera sistemática.

Principio de prueba de daño

Se garantiza el principio de máxima publicidad cuando la autoridad, al momento de catalogar determinada información como de acceso restringido, fundamente y motive sobre la base del Principio de Prueba de Daño de tres partes, (cabe recordar que la autoridad solo puede hacer lo expresamente permitido en ley) por lo que se valoran los siguientes tres elementos:

1. La información se encuentra prevista en alguno de los supuestos de excepción previstos en la propia ley.
2. La liberación de la información puede amenazar efectivamente el interés público protegido por la ley.
3. El daño que puede producirse con la liberación de la información es mayor que el interés público de conocer la información de relevancia.

Gratuidad de la información

Este principio va en función de que toda la información que esté en posesión de los sujetos obligados por una ley es considerada como

un bien público, por lo tanto, toda persona que desee ejercitar este derecho debe tener acceso a la información de manera gratuita, sin que esto impida al sujeto obligado el poder cobrar una cuota de recuperación por la reproducción de la información, dejándose la opción de la consulta directa por parte del solicitante.

Se establece que solo se cobrará por la reproducción de la información. Se tratará de reducir los costos de la reproducción.

Periodo de reserva

El periodo de reserva es el tiempo durante el cual la información que fue catalogada como reservada deberá permanecer con tal carácter. El referente internacional va desde el mínimo de cinco años.

En el cómputo se incluye el primer plazo del periodo de reserva más la posible ampliación al mismo que se agregue por ley. Las restricciones al acceso a la información deben ser temporales, por lo que si en la ley se dejan periodos discrecionales esto se considera un retroceso.

Formas de solicitud de acceso a la información

En las leyes de esta materia se deberán precisar las formas de acceso a la información pública de los sujetos obligados. La principal manera es a través de la solicitud que presenta el interesado, en la medida que las formas de acceso sean amigables y los plazos de respuesta cortos se favorecerán y utilizarán mejor las leyes socializándose este derecho.

1. Solicitud verbal
2. Solicitud escrita
3. Plazo para dar respuesta no mayor a 20 días
4. Plazo de ampliación no mayor a 20 días
5. Formas de presentación por medios electrónicos
6. No se requiere acreditar interés jurídico ni presentar identificación alguna

Habeas Data

Es definido tradicionalmente por diversos especialistas en la materia, como Ernesto Villanueva y Francisco Javier Acuña Llamas, como la tutela de los datos personales en el ejercicio del derecho a la privacidad de las personas, así como los mecanismos para la corrección, supresión de la información de carácter personalísimo. En la medida que a la par de permitir el derecho de acceso a la información se protejan los datos personales que pudiera contener la información solicitada, se complementan ambas partes sustanciales del Derecho de la Información que consagra la Constitución.

Las variables que conforman de manera idónea este indicador del Derecho de Acceso a la Información Pública son:

1. Sistematización de la información
2. Actualización permanente
3. Congruencia de los datos recabados con el fin
4. Negativa de revelación por incompatibilidad con el objeto
5. Consentimiento para la transmisión
6. Periodo de almacenamiento
7. Interés legítimo para acceder a esta información
8. Rectificación/ Sustitución/ Supresión/ Oposición
9. Nombre del destinatario final, en caso de transmisión
10. Niveles de seguridad

Órgano garante

Es el órgano creado para garantizar el libre ejercicio del derecho de acceso a la información pública. Es preferible que sea un ente con autonomía constitucional, a fin de que pueda conocer cualquier controversia que se suscite entre los sujetos obligados (Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Organismos Autónomos, etcétera) y las personas en el momento de ejercitar su derecho.⁷⁶

⁷⁶ Para mayor información respecto a la calidad jurídica que debe prevalecer en este tipo de órganos garantes, remítase a: Gómez Gallardo, Perla. *El IFAI y la Calidad Jurídica de sus decisiones*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006.

En los casos en que no se otorga a este órgano garante la autonomía constitucional, su campo de acción se circunscribe al del Poder Ejecutivo, por lo que deja indefensas a las personas frente a los otros sujetos obligados, ya que éstos se convierten en juez y parte al momento de resolver los recursos promovidos ante la negativa o cumplimiento parcial del acceso a la información, además que, al no dotarlos de autonomía presupuestal, es común que se emplee el castigo en la disminución de recursos económicos como una forma de frenar su libre desempeño.

Afirmativa ficta

Una de las principales sanciones ante el silencio de la autoridad, sobre todo en materia administrativa, es la *Afirmativa Ficta*.

Cuando un solicitante realiza una solicitud de acceso a la información ante los sujetos obligados y los mismos, por omisión o negligencia, dejan de contestar en tiempo y forma a la misma, se entiende que la respuesta se dio en sentido afirmativo por la ficción que contempla la ley.

Lo anterior no implica que el solicitante tenga acceso irrestricto a toda la información, ya que se puede dar el caso en que la solicitud se refiera a información de acceso restringido (información reservada y confidencial) y por la omisión se pudiera tener acceso a información que pudiera ser sensible o contuviera datos personales. Es aquí donde se hace efectiva una de las principales facultades del órgano garante, al supervisar que la información que se debe entregar al solicitante efectivamente sea pública y sin restricciones, para garantizar el acceso responsable a la multicitada información.

Otra parte fundamental de la *Afirmativa Ficta* es el derecho del solicitante a recibir la información solicitada, una vez que sea revisada por el órgano garante, de manera gratuita en la forma en que fue requerida, con lo que se complementan las dos partes de este principio, por un lado el que no queden sin respuesta las solicitudes y obtengan, por la falta de respuesta, la información de manera gratuita.

Vías de impugnación y definitividad

Otro de los grandes factores que determinan la fuerza de las leyes de Acceso a la Información Pública depende, en gran medida, del procedimiento que se haya establecido por el legislador para la defensa de este derecho. La premisa es que prevalezca el principio de sencillez del procedimiento que motive el seguimiento de los casos por parte del particular.

Por tal motivo, elementos que se consideraron como integrantes de este principio fueron:

1. Recurso unistancial/binstancial
2. Forma de presentación del recurso escrito/correo electrónico
3. Presentación ante el órgano garante
4. Suplencia de la queja
5. Facultades de Investigación en el desahogo del recurso
6. Garantía de Audiencia Pública
7. Opciones en las formas de notificación
8. Plazo total para resolver el recurso menor a 40 días
9. Definitividad de las decisiones del órgano garante

Formas de control de la Ley

La fuerza del Derecho reside en la sanción. Toda norma, para tener no solo vigencia sino eficacia, debe contar con las posibles consecuencias ante el incumplimiento de las obligaciones que se contienen en la misma.

En la medida en que las Leyes de Acceso a la Información Pública contengan un catálogo de responsabilidades, en las que pueden incurrir los servidores públicos que incumplan la ley, tendrá mayor fuerza de ejecución inhibiendo su incumplimiento.

1. Facultades al órgano de control de emitir resoluciones vinculatorias/Posibilidad de dar vista al órgano de control interno de los sujetos obligados.

2. Establecimiento de un Catálogo de Responsabilidades.
3. Remisión a la Ley de Responsabilidad de los servidores públicos.

Ámbito temporal

El último rubro es el que se refiere al Ámbito Temporal de Validez de la norma, en este caso, el tiempo en que va a entrar en vigor el contenido de la Ley. La *Vacatio Legis* es el periodo entre la publicación de una ley y su entrada en vigor. En la medida en que todos los componentes de la ley vayan entrando en vigor, paulatinamente se logrará su mejor implementación, sin que lo anterior implique que se establezcan entradas en vigor tan amplios que retrasen la plena vigencia del ordenamiento de la materia.

Como hemos podido apreciar en el desarrollo del presente capítulo, la libertad de expresión difícilmente se entiende si no viene acompañada de su desarrollo genealógico. De igual forma, los conceptos operativos de prensa, veracidad y objetividad permitirán más adelante delimitar los alcances de estos derechos frente a los derechos de personalidad que veremos en el siguiente capítulo.

El derecho de acceso a la información, con antecedentes recientes en Latinoamérica, se puede entender a través de sus componentes, de los cuales extrajimos 17 que consideramos indispensables para la plena operatividad de este derecho.

Con estos referentes podremos determinar como se ajustan los grados de responsabilidad, dependiendo del sujeto destinatario o afectado, en el caso que nos ocupa de las figuras públicas.

Capítulo 3

Derechos de personalidad y figuras públicas

Derechos de la personalidad ⁷⁷

Los derechos de la personalidad, tales como el derecho a la intimidad, honor, imagen, atienden a la existencia, dignidad e integridad del ser humano.

Conforme a ello, todo ser humano tiene, frente a cualquier otro, el derecho a ser respetado como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud) y en su propia dignidad (honor, intimidad, imagen) y como contrapartida cada individuo se encuentra obligado frente a otro de modo análogo.

Pues bien, los derechos personalísimos son los que con cierta frecuencia pueden resultar lesionados por la difusión de informaciones brindadas sin el consentimiento del titular del derecho y sin que el interés público justifique el perjuicio.

Como hemos visto, si bien el derecho de informar goza de la protección constitucional, ello no es sinónimo de impunidad y por tanto dicha protección no consagra la irresponsabilidad absoluta de los medios de difusión por los eventuales ilícitos que pudieran cometer en el ejercicio de su actividad.

77 Baez de Figuerola, A. Ob. Cit. pp. 126, 127, 141 y 151.

La libertad de información -continúan los autores citados- se descompone en dos aspectos, el primero de ellos es el derecho del editor o responsable a informar libremente, y a su vez el derecho de la comunidad a ser informada por una prensa libre, pero también ésta tiene el derecho a que una prensa libre sea fuente de informaciones veraces, no deformada o retaceada, y mucho menos ocultada deliberadamente.

Pero, por otra vertiente, también debe tomarse en consideración al sujeto afectado, ya que si por la situación que ocupa o actividad que despliega, se trata de una figura pública -cuya conducta como tal merece la atención de la ciudadanía- en principio la tutela que se le brinda es menor que la que se le otorga a un particular.

Por cierto, ello no significa que las interferencias abusivas y arbitrarias al honor o al ámbito de intimidad de las personas, aun cuando se trate de personajes públicos, gocen de impunidad y no merezcan sanción alguna.

Para Ernesto Gutiérrez y González, los derechos de personalidad son los bienes constituidos por determinadas proyecciones físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico.⁷⁸

Derechos de personalidad y socialización⁷⁹

Luego de un período en que el hombre deificó la individualidad a ultranza, llegando a extremos por naturaleza perniciosos, desde mediados del siglo XIX y con especial intensidad en nuestro siglo, la humanidad asiste a un proceso de socialización.

78 Gutiérrez y González, Ernesto. *El Patrimonio*. 6ª edición. Porrúa. México. 2003. p. 776.

79 Ferreira Rubio, Delia Matilde. *El Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Argentina. 1982. pp. 30 a 33.

La socialización invade todos los ámbitos de la actividad, manifestándose tanto en la Medicina como en el Derecho; en la Pedagogía como en la Economía; en la producción como en la comercialización; en la Arquitectura y hasta en la religión. Es imposible determinar con precisión cuáles son las causas de este fenómeno; pero sí pueden mencionarse algunos de los factores que contribuyen a hacerlo más agudo, a la vez que son síntomas de su presencia.

- a) *Masificación social.* La masificación social, con la consiguiente pérdida de la fuerza individual de los miembros de la comunidad, es sin duda una de las expresiones más agobiantes de la socialización,
- b) *Concentración urbana.* En otro aspecto, el surgimiento de las grandes aglomeraciones urbanas que comienza en Inglaterra a raíz de la Revolución Industrial, trae aparejado el aumento en las interrelaciones sociales y también una disminución en la intimidad de la vida del ser humano.
- c) *Intervencionismo estatal.* Por último -y sin afán de agotar el tema- se modifica la figura del Estado, que ya no se limita a cumplir la función de mero observador, sino que desempeña un papel preponderante como organizador de todos los aspectos de la vida. La intromisión del Estado en la vida y actividad de sus miembros se hace cada vez más notoria y omnicompreensiva.

La soledad tiene, para la formación de la personalidad, una gran importancia; de allí la necesidad de impedir que lo colectivo se apodere de ella y la destruya. "El aislamiento se produce de manera automática una criba y discriminación de nuestras ideas, afanes, fervores, y aprendemos los que son de verdad nuestros como la polvareda del camino." El derecho a la intimidad tiende a proteger al ser humano en su aislamiento fecundo y esencial, frente a sus semejantes, frente a la prensa, frente al Estado.

Clasificación de los derechos de personalidad⁸⁰

Para Gutiérrez y González los derechos de personalidad se dividen en:

- Parte social pública (derecho al honor o reputación, derecho al título profesional, derecho al secreto o la reserva, derecho al nombre, derecho a la presencia y derecho de convivencia);
- Parte afectiva (derechos de afección); y,
- Parte físico-somática (derecho a la vida, derecho a la libertad, derecho a la integridad física, derechos ecológicos, derechos relacionados con el cuerpo humano, derechos sobre el cadáver).⁸¹

Para De Castro, existen dos grandes especies del género “bienes de la personalidad”: los bienes esenciales y los bienes sociales e individuales, a los que podría añadirse un tercero: el de los bienes corporales y psíquicos secundarios.

Los mismos se desglosan del siguiente modo:

- *Bienes esenciales:*

- La vida
- La integridad corporal
- La libertad

Los dos primeros bienes son incluidos, tal cual, en las más diversas clasificaciones (sic). Respecto del tercero -la libertad- es muy frecuente pormenorizar, hablando de libertades y citando un número mayor o menor de las mismas.

⁸⁰ Rogel Vide, C. Ob. Cit. pp. 82 a 91.

⁸¹ Gutiérrez y González, E. Ob. Cit. p. 757.

• Bienes sociales e individuales:

- Honor y fama
- Intimidad personal
- Imagen
- Condición de autor
- Nombre

Algunas precisiones en torno a los bienes ahora referidos: Beltrán Heredia, que se refiere asimismo al honor y a la fama, a la intimidad personal y a la imagen, propone integrarlos a todos bajo el común denominador de “integridad moral”.

En relación con la intimidad personal, dice atinadamente Bercovit: juega aquí un papel importante el secreto de la correspondencia y la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas. La salvaguardia de la intimidad se relaciona también con el secreto profesional, especialmente relevante en profesiones como la de los médicos, abogados, notarios y periodistas.

En lo que la imagen se refiere, el mismo Bercovit precisa: La imagen no es, sino un aspecto más de la intimidad... Aunque su protección más frecuente recae sobre la imagen fotográfica, se extiende también a la literaria y a la fonética (la voz de una persona).

El ser de la modernidad y posmodernidad⁸²

Pero las condiciones de vida no se han mantenido en el mismo nivel de evolución, sino que se han ido transformando en distintas direcciones.

Antes de detenernos en el análisis de las formas tecnológicas, diremos que también se han modificado las formas de vida y de organización social, lo que ocasiona en algunos sectores una disminución de la

82 Ferreira Rubio, D. Ob. Cit. pp. 56 a 62. Gherzi, C. Ob. Cit. pp. 38 a 40.

reserva de la vida privada. Los Estados modernos, para cumplir con el imperativo de eficiencia, deben realizar adecuadamente la función de planificación, para lo cual resulta indispensable recoger y almacenar un gran número de datos personales de sus habitantes.

Jones, por su parte propone una clasificación que parece más exhaustiva. Distingue:

- a) la observación clandestina del individuo
- b) la interrogación
- c) las pruebas de personalidad
- d) los bancos de datos
- e) la manipulación de la mente.

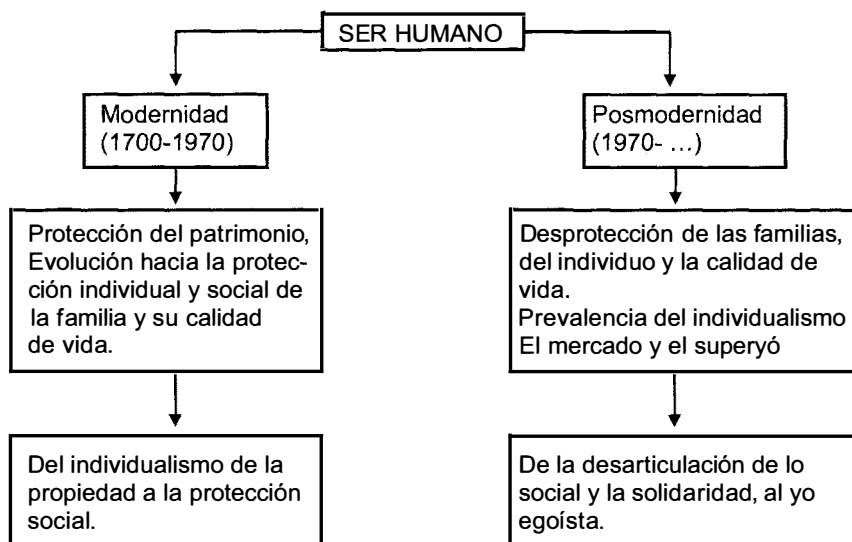
Como se verá al admitir que todos estos medios permiten atentar contra la intimidad, se parte de la consideración amplia del bien jurídico, comprendido incluso lo que los norteamericanos han denominado “autonomía”.

Desde mediados de los años sesenta, en el mundo se comenzó a vislumbrar lo que hoy se denomina el final de la modernidad (aunque para algunos simplemente se han producido cambios estructurales), lo que sin duda ha repercutido mucho en el derecho, especialmente en el de la persona sobre sí misma (la exageración de los derechos personalísimos).

La modernidad veía al hombre como un recurso humano necesario en las grandes fábricas y también como consumidor de productos y servicios. El hombre del final de la modernidad entró en crisis y vio cómo, poco a poco, los derechos individuales (que incluyen los personalísimos), sociales, económicos y ambientales iban siendo agredidos constante y progresivamente, sin respuesta adecuada posible.

El problema es que lo normativo, y especialmente la prevención y el derecho de daños, no está preparado para dar soluciones o reaccionar

ante nuevos problemas, algunos de los cuales trataremos de presentar (simplemente presentar).



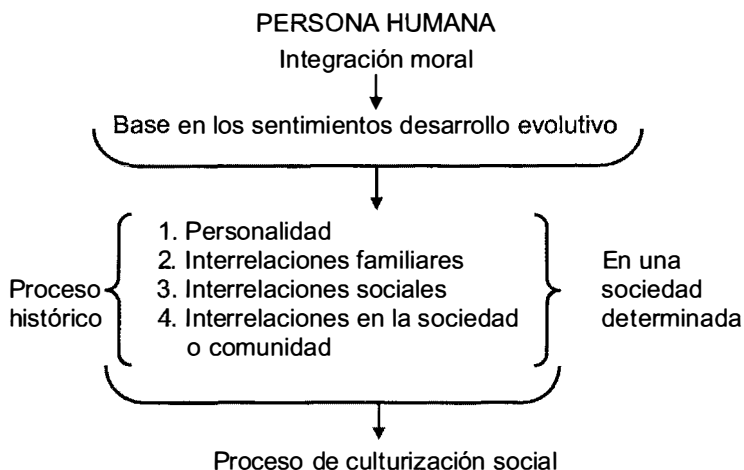
Los comportamientos sociales han comenzado a cambiar en dos sentidos. En primer lugar, hacia el individualismo y la agresión en diversas formulaciones (peleas por puestos de trabajo, situaciones controvertidas como el derecho a la prostitución y a la tranquilidad de un vecindario), es decir, guerra de pobres contra pobres, que va generando un deterioro en la calidad de vida, con grave afectación en el ámbito sentimental y psicológico (personas con fuerte estado depresivo).

Configuración de los derechos de la personalidad y responsabilidad⁸³

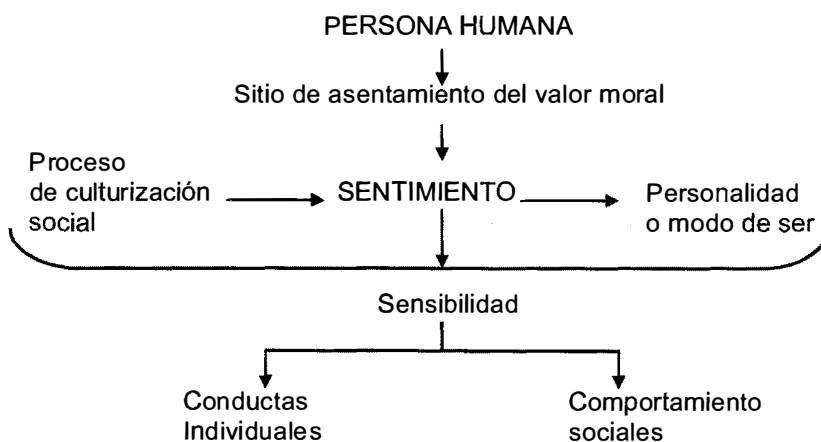
La moral, como una de las bases en que se asientan la vida y las conductas de las personas, implica una dinámica en los comportamientos habituales (individuales y sociales) por los cuales

83 Cfr. Ghersi, C. Ob. Cit. pp 43 a 108.

se interactúa en conjuntos como la familia, la vida social de amistades (clubes deportivos, colegios, etcétera) y en todo el sistema social.



El sentimiento, como sitio de asentamiento del valor moral, puede concebirse como las “condiciones mínimas, atribuibles al hombre como sujeto que realiza acciones”.



Podemos considerar a las emociones desde dos formulaciones: como actitudes estáticas o pasivas (lo que nos sucede frente a los demás) y como actitudes activas o dinámicas (que se expresan hacia los demás).

Ambas tienen una base común: por un lado, son actitudes evaluativas y, por otro, son susceptibles de modificaciones mediante cambios de culturización, creencia o actitudes.

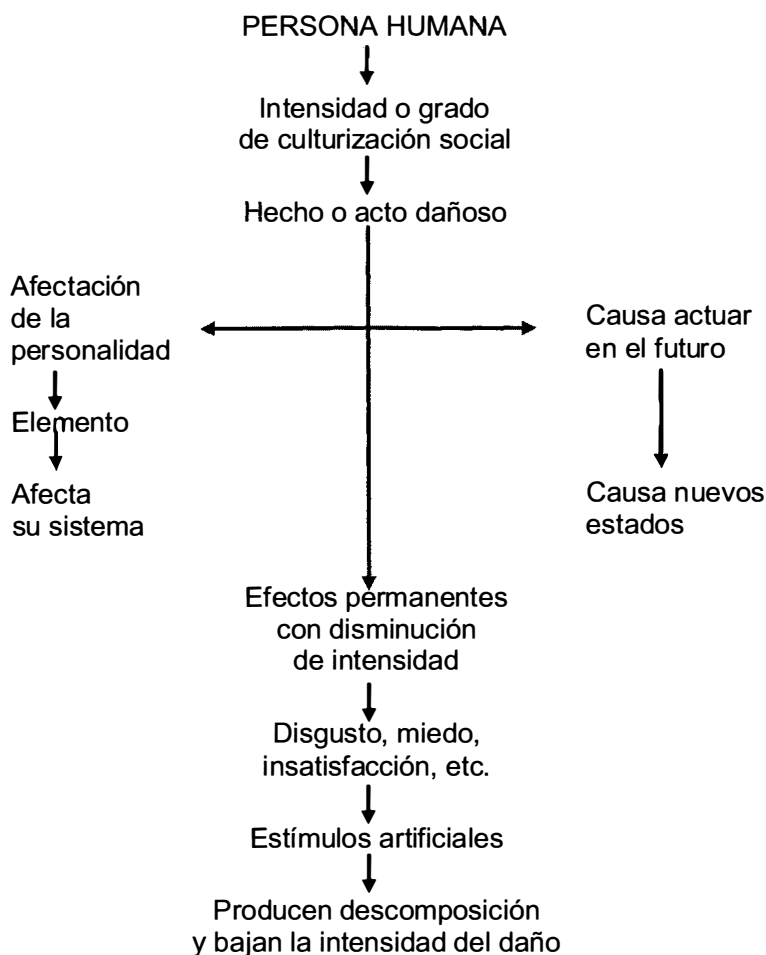
De esta forma, en la primera es *objeto* de las emociones y en la segunda es *sujeto* de ellas.

Por otra parte, podemos subdividir las emociones en: emociones básicas o primarias y secundarias o derivadas.

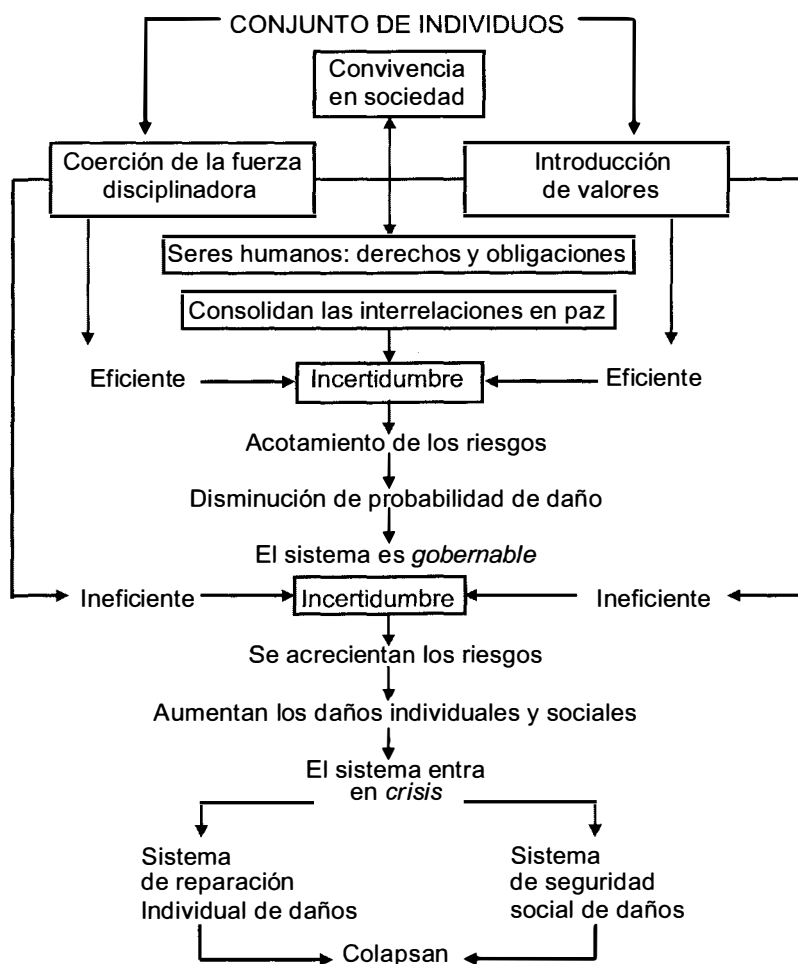
Las primeras son las que se adquieren con la experiencia fáctica (por medio de una culturización informal -por ejemplo, orgullo u odio-) y las segundas son aquellas epistémicas adquiridas mediante procesos de culturización formal (como el miedo o la esperanza).

El sujeto como portador de esta personalidad o conjunto de emociones puede entonces, conforme a su estado de culturización, percibir con mayor o menor intensidad el *efecto del daño moral* (sobre los cuatro aspectos: personalidad, relaciones de familia, relaciones sociales y hacia el conjunto de la sociedad).

Esta situación de daño es tan fuerte que se constituye en un *estado permanente* en la persona, sin que esto sea contradictorio con que pueda disminuir su intensidad con el correr del tiempo, incluso mediante motivaciones artificiales, como veremos más adelante, lo cual es la base fáctica de la formulación cuántica.



El ser humano es único e irrepetible, y la compulsión que puede sufrir por los distintos avatares de la vida transforma su personalidad y su conducta, y ya difícilmente pueda ser el mismo. Los individuos que integran una sociedad asumen la necesidad de convivir de forma pacífica y para ello delegan en el poder estatal el monopolio de la fuerza, no sin antes (al menos teóricamente) entronizar ciertos valores que justifiquen esa pérdida de libertad.



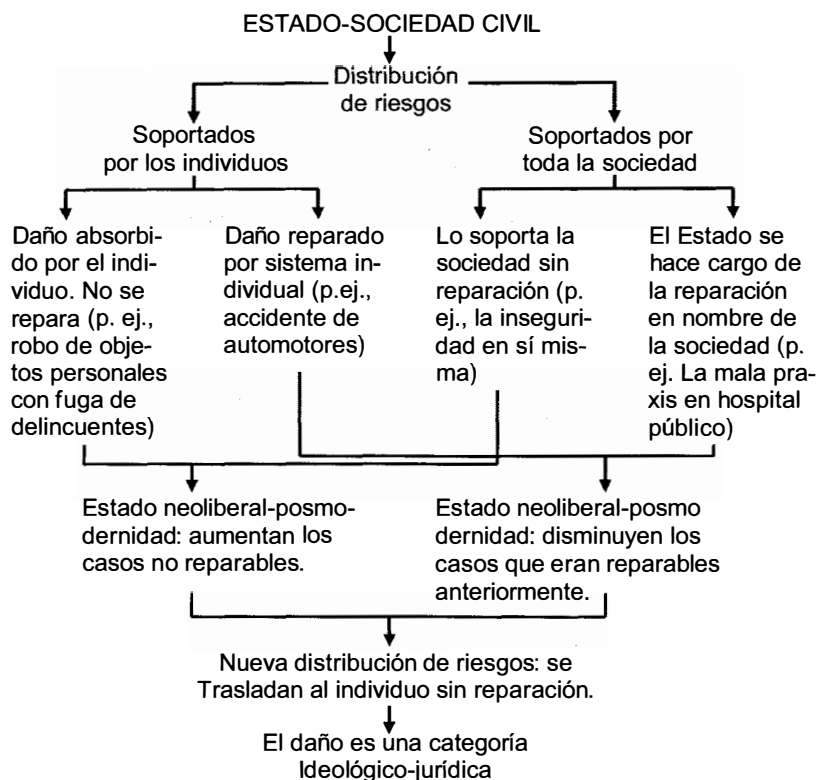
Esa cadena de casualidad yuxtapuesta hace aparecer el daño en escena, pues la falta de mecanismos de control o de eficiencia en la gobernabilidad del sistema hace que el daño ocurra más asiduamente y sea cada vez de mayor envergadura.

Como síntesis, podríamos decir que con la entrada en la posmodernidad la sociedad se divide en dos sectores: los incluidos y los excluidos. Esto constituye también una toma de posición distinta

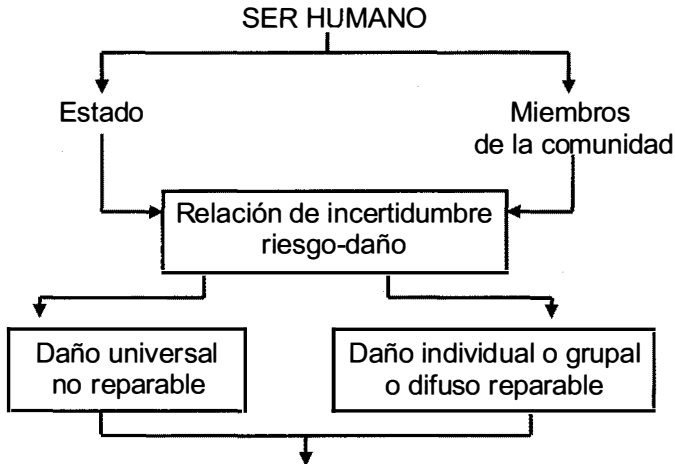
de las décadas posteriores a la Primera Guerra Mundial, del *Keynesianismo* y del *estado de bienestar*, pues se comienza a delinear una restricción en los daños causados por el Estado y que pueden adquirir la categoría jurídica de reparables.

El ser humano es la unidad biopsíquica y sus relaciones en la sociedad son las que permiten situar la causalidad yuxtapuesta de la incertidumbre, el riesgo y el daño.

Estamos transcurriendo el principio del siglo XXI y la posmodernidad; las mutaciones son tremendas en todos los campos y especialmente con respecto a la lesión a la persona, pues aparecen en primer plano su personalidad y la dinámica de su conducta como soportes de nuevas formas de daños, casi invisibles algunos y abruptos otros.



Respecto a las relaciones en las que se presenta el riesgo-daño, tenemos:



1) Requisitos formales

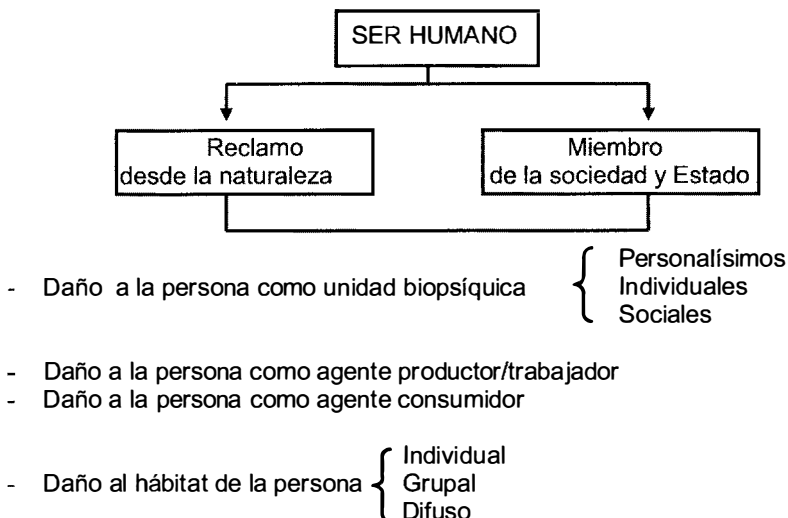
- Cierto
- A otro
- Lesión a un derecho o interés jurídicamente protegido.

2) Condicionamientos ideológicos-jurídicos

- Legislativos.
- Ejecutivos.
- Jurisprudenciales.

De esta forma, podemos decir que el daño es sobre la persona humana y que puede afectar sus ámbitos extra económicos o económicos; quiere decir que el subsistema jurídico protege al ser humano en esos dos aspectos o ámbitos.

Las alteraciones en la personalidad van generando una persona individualmente menos competente y socialmente más destructiva, que se manifiesta con conductas intolerantes en la vida individual, familiar, educacional y laboral, lo cual genera situaciones de tensión y conflicto que pueden derivar en daños a sí mismo y a los demás.

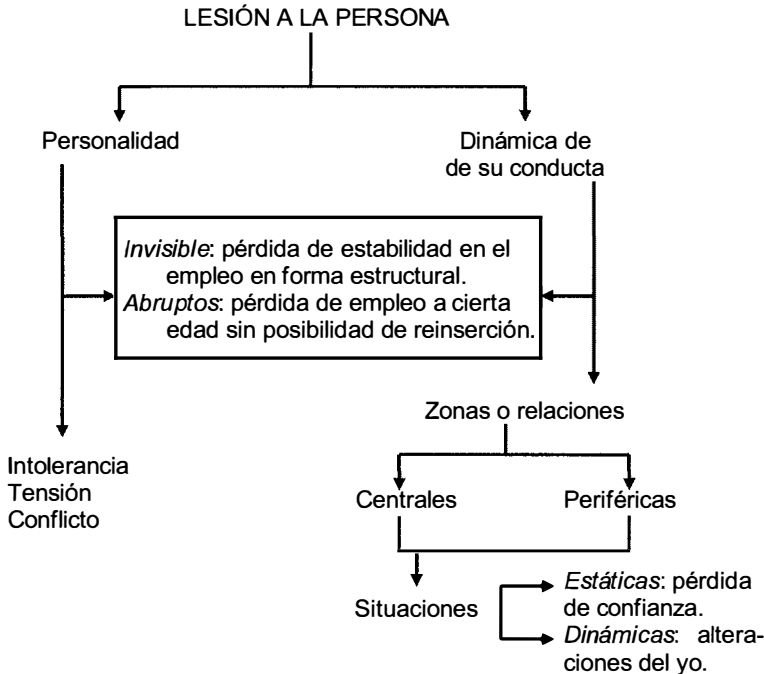


En el primer tramo -estático-, nos encontramos con la representación simbólica de la experiencia que deja de ser útil -desempleo por falta de calificación en una reestructuración empresarial a una edad avanzada-. Implica un daño en la dinámica de la conducta que lleva a las personas a desajustes individuales, familiares y sociales, en un abanico que va desde el suicidio hasta el homicidio de toda una familia. Pero comienza siendo una situación de daño moral o psicológico como depresión, que de ser atendida evitaría las situaciones límite.

En el segundo -zonas de dinámica de conducta- se trata del yo y su función social vulnerable, de tal forma que la pérdida de la personalidad le hace iniciar un proceso temporal, con pocos contenidos explícitos y un mayor encerramiento, que lo lleva al aislamiento vagancia, dejadez y destrucción de sí mismo.

En el tercero -relaciones centrales y periféricas- hay un estado de amenaza, de incertidumbre, que va de menor a mayor, precisamente desde la periferia hacia el centro, quebrando el funcionamiento, la congruencia y también los constructos conexos, y hace perder las referencias hacia la confianza, fe, etcétera.

El sujeto pierde la estabilidad y las motivaciones, se empieza a enojar consigo mismo y se segrega.



La responsabilidad civil subjetiva contiene como elementos estructurales básicos la ilicitud y la culpabilidad, obviamente, también requiere de un hecho humano -el daño- y la relación de causalidad.

La conducta voluntaria del dañador es abstraída por la normativa legal, configurando una cierta forma de tipicidad, de tal manera que su calificación como ilícita y culpable es determinante para hacer que nazca la responsabilidad y marcar la extensión de la indemnización.

La *confianza* presenta en la actualidad significativas proyecciones y, en la esfera del Derecho, constituye una ventana por la cual el *elemento ético económico* ingresa en el mundo jurídico, sea como principio básico de la vida social -sin la cual sería imposible concebir la convivencia

en sociedad-, o también creando deberes específicos de conducta, conforme a las razonables expectativas de los consumidores o usuarios.

Esa expectativa de confianza nace, fundamentalmente, a partir de la *credibilidad objetivizada* generada por las empresas, que es la que orienta el comportamiento y guía las decisiones de los consumidores.

Entre la *confianza*, el *futuro* y la *seguridad jurídica* hay una *relación de Previsibilidad* que se supone del comportamiento empresarial, y cuanto mayor sea la confianza, mayor será el grado *certidumbre jurídica* que los consumidores pueden esperar en el cumplimiento del contrato.

Concepto de dignidad ⁸⁴

La etimología de la palabra “dignidad” procede de la palabra “digno” que “cuando se usa de una manera absoluta, indica siempre buen concepto.”

Dignidad indica la calidad de digno, la excelencia, el decoro de las personas en la manera de ser y de comportarse. En consecuencia, cuando se habla de “la dignidad humana” merece una especial consideración, porque es un ser excelente, importante, así lo han considerado los pensadores de todos los tiempos.

Aristóteles dice que el hombre esta dotado de entendimiento, voluntad, capaz de generar ciencia y deliberaciones.

Es importante tener en cuenta a la Biblia, a los grandes filósofos realistas como Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, porque en sus manifestaciones se encuentran la conciencia y el fundamento acerca de por qué el hombre goza de una “dignidad no igualada”, y que esa condición, ese lugar, esa diferenciación no tan solo es válida en sí

84 Gozaini, Osvaldo Alfredo (coordinador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del Habeas Data*. EDIAR. Sociedad Anónima Editora. Comercial, Industrial y Financiera. Argentina. 2001. pp. 210 a 212. Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª. Ed. Dickinson. España. 2003. pp. 34 a 38.

misma sino que debe ser plasmada jurídicamente en atención al desarrollo del ser social, del que vive en comunidad desde un ángulo integrador, abarcativo, de múltiples perspectivas que se nos hace imposible enumerarlas pero que subyacen y afloran en el cotidiano desenvolvimiento, donde también es necesaria la consideración moral y su dignidad, ya que sin estos fundamentos no tendrían mayor sentido reflexiones éticas referidas a la persona humana.

La comprensión, el razonamiento, la capacidad de elegir y la palabra son elementos de la dignidad humana y no atribuibles a ningún otro ser.

“La auténtica libertad humana se ejerce a través del lenguaje, a través de las disciplinas, ya en la vida civil, ya en la contemplación. Porque con esas herramientas puede el hombre dominar la tierra, edificar la sociedad, obtener todo conocimiento y ser, así, todas las cosas (un micro cosmos), realizar verdaderamente las posibilidades divinas que le promete el haber sido creado a semejanza de Dios...”

Vives⁸⁵ utilizará expresamente el término dignidad humana para referirse a la voluntad libre de los seres humanos, a su capacidad de elección a la razón “...guía y consultora de las obras que nunca exhorta a la voluntad a la discordia y al odio...”, a la memoria “...a quien con todo derecho solemos llamar la tesorera de nuestra alma...”, y al lenguaje que “...concediese a los hombres en interés de los hombres...”. Este lenguaje es el mejor instrumento “...para la comunicación de los hombres entre sí, para que cada cual pudiese manifestar a otro o revelar por sí todo cuanto tuviese encerrado en su pecho o en su pensamiento, o explicar lo que ocurrió en alguna parte o en parte alguna ha de acontecer...” Es la vieja idea del humanismo de la comunicación entre los saberes y el lenguaje, porque, como añade inmediatamente, “...ninguna otra cosa hay que no pueda expresar el hombre y como por un embudo no pueda trasfundir y como trasegar de la mente propia a la ajena...”

85 Peces-Barba Martínez, G. Ob. Cit. pp. 12 a 17.

Dignidad humana desde la filosofía del derecho⁸⁶

En este contexto, la contribución de la filosofía del Derecho al debate adquiere una relevancia especial porque se sitúa en la raíz del problema que coloca a la dignidad humana como fundamento de la ética pública de la modernidad, como un *prius* de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que derivan de esos valores.

El concepto de hombre centrado en el mundo supone que sus criterios de organización de la sociedad parten de la distinción entre ética pública y ética privada, pero no que cada persona no pueda tener una apertura de fe y de creencia en un Dios personal, que le guíe en su ética de salvación, de virtud o de bien. Esa es precisamente la última de las dimensiones de su dignidad, su capacidad para elegir libremente su ética privada.

El último rasgo de la dignidad, es decir, su capacidad para elegir su ética privada, se realiza pues, tanto si se abre a la creencia religiosa, como si su concepción moral es temporal, racional y laica. En ese sentido podemos decir que la dignidad, aunque subjetivamente sea relevante para quien tiene esa creencia, en todo caso, se destaca tanto su carácter emancipador para todos, como, por consecuencias, su universalidad.

El 1 de febrero de 2001 se promulgó una nueva Ley Fundamental que sustituye a la anterior y donde se confirma que el Sumo Pontífice es el soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano, y que detenta la plenitud de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial (artículo 1). La igual dignidad es poco compatible con esa organización política vaticana, porque se dibuja una forma de poder que excede el de los monarcas del Estado absoluto, y se aproxima más a las tiranías orientales antiguas. Tampoco podemos extraer de esos puntos de vista una dimensión emancipatoria para la dignidad ni un carácter universal.

⁸⁶ Citado en *Ibidem*. pp. 37, 38.

Desarrollo de la dignidad

Para Peces-Barba, la reflexión sobre la dignidad humana desde la Filosofía del Derecho se sitúa como una reflexión plena a partir del tránsito a la modernidad, y supone la idea del ser humano centro del mundo y centrado en el mundo, con lo que antropocentrismo y secularización o laicidad son las coordenadas en las que se encuadra el tema en las condiciones que acabamos de exponer.⁸⁷

Pero en la Edad Media, la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XII y XIV, es de origen externo, la heterónoma basada en la imagen de Dios o en la dignidad como honor, cargo o título, como apariencia o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. En ambos casos, la progresiva influencia del elemento externo puede incluso difuminar u oscurecer las dimensiones personales de la dignidad haciéndola depender en exceso de esos elementos exógenos. La hipertrofia del rango y de la jerarquía privará de dignidad a los inferiores, por eso en las sociedades muy jerarquizadas u organizadas en estamentos, en castas o en órdenes, no es posible la igual dignidad, si ésta pretende ser un mínimo de autonomía personal, un coto vedado a las intromisiones externas.

Esta idea no desaparece totalmente en el mundo moderno. Es oscurecida por la idea de dignidad de los humanistas, en los siglos XV y XVI, pero reaparecerá en el siglo XVII, el siglo del Barroco, no tan entusiasta con la idea de dignidad, que recuperará su impulso en el siglo XVIII. Los estamentos siguen vivos con el absolutismo y Loyseau definirá al “Ordre” o “estar”, como una condición o dignidad, prefiriendo en francés el término “*estat*”, como “la dignidad y cualidad más estable y más inseparable del hombre”. Por otra parte, el llamado agustinismo político producirá el mismo efecto al negar la autonomía del individuo en el uso de su razón y en la búsqueda de la verdad. La luz del hombre no será propia, sino solo derivada de la luz de Dios. Sin ella no cabe nada, ni tampoco la dignidad.

87 Ibidem. pp. 19 a 28.

Por eso la modernidad producirá como reacción el proceso de liberación de esas ataduras, como humanización y racionalización, que tendrán como objeto principal la devolución de la autonomía de la dignidad humana. Por eso al siglo que culminará la primera fase de proceso, el siglo XVIII, se denominará siglo de las luces. El movimiento ilustrado, el iluminismo pretende que el ser humano pueda brillar con luz propia. Es el siglo de la devolución de la luz al hombre, así como de su dignidad propia. Por eso el concepto de dignidad humana es un concepto propio del mundo moderno, con unos antecedentes en otras culturas como la china, o la clásica Greco-Romana. La dignidad medieval de origen externo, heterónoma o derivada, no es propiamente dignidad humana porque no es autónoma, ni impulsa el desarrollo individual de la condición humana, y no arranca del propio individuo.

La dignidad humana en el tránsito a la modernidad comienza a adquirir su perfil moderno y a abandonar progresivamente las dos dignidades dependientes derivadas o heterónomas que se constatan en la Edad Media. Empieza, en este tiempo de cambio, a señalarse que el valor de una persona debe medirse por su capacidad para desarrollar las virtudes de su condición humana. Comienzan así a edificarse los cimientos de una gran construcción intelectual con vocación de realización social, donde esa nueva idea de dignidad va a convertirse en el fundamento de la ética pública de la modernidad, y del sistema jurídico que deriva de ella. La virtud, dirán los humanistas, es la única nobleza verdadera.

Tal interpretación bien puede evocar algunos textos de Smend. Rasgo peculiar de la misma es, en cualquier caso, que la dignidad humana se concibe conforme a ciertos presupuestos del *iusnaturalismo* racionalista. No deja de ser significativo que la dignidad del hombre aparezca en Düring no como derecho fundamental, sino solo como *principio*, mientras que los derechos fundamentales con los que comienza su progresiva concreción y desarrollo son precisamente el libre desarrollo de la personalidad.⁸⁸

88 Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. España. 2005. pp. 26 a 54, 193 y 194.

El reconocimiento constitucional de la dignidad humana, no menos que los (demás) derechos fundamentales, debe garantizar las posibilidades de desarrollo de cada identidad personal y, de este modo, la legítima pluralidad efectiva de los hombres reales en función del ejercicio legítimo de las libertades. La dignidad puede así mantenerse elevada, como derecho esencial e inviolable de la persona, frente a la tutela jurídico-positiva, más o menos delimitada, de otros intereses concretos.

Ahora bien, la simple interdicción de instrumentalizar al hombre no permite acotar positivamente para el derecho a la dignidad un ámbito de protección específico. Su peculiaridad induce a la doctrina alemana a adoptar una perspectiva negativa que se limita a identificar ciertas conductas como lesiones del mismo. Ello no sería un procedimiento elusivo o arbitrario, sino que vendría determinado por la propia estructura jurídica y filosófica del concepto: "Permite que la dignidad humana sirva primeramente como principio crítico respecto de la realidad histórica, y que justamente mediante la negación de ésta se logre precisar el contenido de aquella". Düring lo denominaba "*ethische Unruhe*" inquietud ética. De este modo, la identificación del ámbito normativo, por lo común prioritaria, cede paso cuando se trata del derecho a la dignidad humana, a la directa constatación de la lesión típica.

Desde un comienzo subraya Morgenthaller que, en muchos casos, solo la ley proporciona libertad. A su juicio, el reto dogmático excede la simple contraposición entre concepciones liberales y materiales de la libertad; solo puede satisfacerse desde una consideración histórica de la relación entre libertad y ley, tanto en el plano de las ideas como en el de las instituciones políticas, guiada por el proyecto kantiano de Ilustración: el Derecho Positivo debe ser concebido y desarrollado como obra de hombres razonables para hombres razonables, que piensan por sí mismos y actúan responsablemente. Tal proyecto podría haberse consolidado por primera vez en la Constitución de Weimar. La interpretación de la dignidad como concepto valorativamente determinado habría quedado relegada, sin embargo, a una abstracción,

y la doctrina dominante lo debilita en la medida en que reduce su alcance a una función de defensa en casos extremos.

En la necesaria tarea de diferenciar las dimensiones de la dignidad del hombre en los distintos contextos jurídicos es preciso proceder, eso sí, “sin aislarlas recíprocamente, sino preservando su necesaria conexión sistemática”. En efecto, la dignidad solo puede ser referida a la persona en su integridad, resulta difícil percibir su alcance si se presenta desglosada en derechos singulares. Si al determinar su contenido de manera positiva parecemos abocados a la acotación de ámbitos diferenciados, resulta ineludible acudir a la idea de sistema.

La apertura de los conceptos constitucionales a una concreción dinámica en el marco de los desarrollos sociales, culturales y científicos no constituye, pues, un argumento a favor de la extensión del ámbito de protección constitucional, tan lejos como pretenda cualquiera de las concepciones de la dignidad humana representada en el *foro público*. El derecho, que no puede renunciar a la regulación y el control jurídico-público de aquellas actividades que entrañan riesgos o suscitan justificados recelos, vería forzada su capacidad funcional si para ello recurriera a derechos y principios cuya preeminencia absoluta excluye toda valoración abierta de las diferentes posiciones jurídicas y de la tarea legislativa *sub specie constitutionis*.

Las teorías más frecuentes mencionadas en este sentido, representadas por Düring y Luhmann, apelan a una singularidad esencial de la persona humana (Mitgfttheorie) o a sus particulares capacidades (Leistungstheorie). El filósofo alemán Otfried Höffe se refirió a esta “paradójica” pero característica doble vertiente de la dignidad humana, como privilegio y como tarea, de la cual resulta que “la dignidad humana es un privilegio del que hay que hacerse digno, pero que nunca pierde quien es digno”. Que la dignidad sea en tales términos absoluta deriva, por cierto en sus dos aspectos, de su radicación (sea teológica o secular) en la “posición especial” que corresponde al hombre. Quedaría así desvelada la raíz filosófica de esta duplicidad de construcciones jurídicas. Pero Hofmann no procura

aportar una alternativa o una síntesis, sino un complemento, menos, orientado hacia el contenido filosófico del postulado y más hacia su valor jurídico.

El Estado resulta así fundado por los portadores del poder constituyente, sobre el reconocimiento recíproco de la participación igualmente libre en la comunidad. Ello explica que no sea éste un principio constitucional como otros sujetos a la relativización derivada de consideraciones pragmáticas. “La dignidad es aquello que, en tal acto fundacional del Estado, los hombres se atribuyen recíprocamente, aquello que se prometen como miembros de una comunidad de Derecho. En la promesa recíproca se fija un espíritu común, que debe servir como medida para todos los participantes. La categoría de la promesa resuelve también el problema que se plantea en la teoría del Derecho acerca de la vinculación a un mandato normativo del propio creador de la norma”. Tal “comunidad solidaria de reconocimiento recíproco de la dignidad” se distancia de la clásica teoría del contrato social en la medida en que ésta reposa sobre un individualismo abstracto, mientras que Hofmann busca antecedentes igualmente en Hegel o en tradiciones medievales, como la *quasi* sacramental *conjuratio*, al tiempo que priva al contrato inicial de una pretensión ilimitada de vigencia: “la promesa fundacional de respeto recíproco está necesitada de continua renovación.”

Alemania, como Estado constitucional, descansa, pues, sobre el reconocimiento y la garantía de la dignidad humana, interpretada conforme a la tradición kantiana que proscribe la instrumentalización del hombre. La elaboración dogmática, sin embargo, no resulta uniforme. Las discrepancias son susceptibles pese al pragmatismo de buena parte de la literatura, que se orienta hacia la resolución de problemas concretos integrando en la argumentación elementos teóricos diversos. Y aún hoy la riqueza de las sugerencias ofrecidas por Düring sirve como criterio para diferenciar orientaciones doctrinales.

Podría resumirse la polémica señalando que la dogmática tradicional de raíces positivas se desplaza desde el reconocimiento de la dignidad

humana como derecho a costa de su intangibilidad hacia su elevación a la categoría de principio jurídico supremo carente, eso sí, de consecuencias jurídicas. Frente a esta relativización positivista de todos los derechos, la jurisprudencia constitucional y un sector doctrinal portavoz de metodologías innovadoras han mantenido la dignidad del hombre como derecho fundamental, desarrollando sus potencialidades sistematizadoras respecto de los demás derechos fundamentales y preservando su intangibilidad de principio en el marco de procesos abiertos de interpretación constitucional. Solo así cabe reducir la tensión dinámica, la contradicción a la que conduce la dogmática tradicional, entre la interpretación restrictiva de la dignidad del hombre como derecho fundamental, supuestamente la única que lo haría operativo, y el alcance objetivo de su garantía para el Estado constitucional.

Dimensión de la dignidad humana⁸⁹

El hombre y su dignidad es la única instancia de legitimación, rota la unidad religiosa que aparece en estos orígenes de la época moderna: por eso, la dignidad no es solo del hombre centro del mundo, sino centrado en el mundo, donde aparece la dimensión de laicidad, Gusdorf dirá que "...el apartamiento de Dios, el debilitamiento de su mano sobre el dominio humano, es un rasgo muy general de esta nueva edad de la historia. La naturaleza empieza a distraerse de las determinaciones del sobrenatural cristiano, la persona humana, la vida social y politicazo se dejan ya encadenar en el formulario de las liturgias eclesíásticas... La evasión al control litúrgico supone, en contrapartida, una asunción por el hombre de todas las dimensiones abandonadas por los teólogos..." La idea que distingue entre la dignidad humana compatible con la religiosidad y difícilmente compatible con las estructuras eclesíásticas, aparece ya en esta época. Gusdorf apuntará que "...los principios reformados del libre examen y del sacerdocio universal no significaban en absoluto que cualquiera sería libre de argumentar de igual a igual con Dios o contra Dios... El fiel no tiene que juzgar a Dios, pero puede y debe juzgar a la Iglesia

89 Peces-Barba Martínez, G. Ob. Cit. pp. 38 a 78.

establecida que ha dejado, a lo largo de los siglos, corromperse poco a poco al mensaje revelado. Rituales y prácticas demasiado humanas han adulterado las palabras divinas, que se trata de reparar en su tenor auténtico...”

Pufendorf (1632-1694) es el primer iusnaturalista que pretende construir en la línea que inició Grocio al afirmar que el Derecho Natural existiría aunque Dios no existiere -desde su puesto en la primera cátedra de Derecho Natural y de Gentes que existe en Heidelberg- una concepción del Derecho Natural basado en la razón. Separa los *entia physica* de los *entia moralia*, que contemplaban el ser, elementos morales que ayudaban al perfeccionamiento de la condición humana, que constituyen en su dignidad.

Seguirá con otra dimensión de la dignidad, la capacidad de construir conceptos generales y de razonar cuando se refiere al perfeccionamiento de “la penetración de nuestro espíritu, que nos permite distinguir lo que contienen los objetos de nuestros conocimientos, alcanzar ideas más universales, describiendo en los sujetos concretos las nociones abstractas que se encuentran en ellos y formar teorías que otorgan más extensión y certidumbre a las ciencias...” Aquí se vincula esa capacidad de la razón con las construcciones científicas como resultado.

Recogerá otra dimensión de la dignidad que hemos llamado la capacidad de elección o libertad psicológica, que reside en el buen uso de las “facultades que pertenecen a la voluntad”. Es conseguir “el imperio sobre sí mismo, sometiendo los sentidos, la imaginación y las pasiones a la razón.” Se acercará más al tema cuando afirme que “en las virtudes intelectuales y morales consiste la perfección adquirida del alma, y por ella es por lo que nos convertimos principalmente en dignos de estima, de honor y de alabanza.” Por esa razón afirma que “el renombre de una persona consiste en los discursos que los demás tienen, comúnmente, sobre sus costumbres intelectuales y morales...”

El sistema de conocimiento expuesto en la Enciclopedia basado en el hombre lo es a través de las tres facultades que nos identifican y que añadiría la Historia que se refiere a la memoria, la Filosofía que es el fruto de la razón, y las Bellas Artes que alumbran la imaginación.

En Kant aparece la idea de la dignidad humana en *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, de 1785, donde plantea por primera vez una reflexión moral.

Fichte, en la estela de Kant, usará el concepto de dignidad humana para defender la libertad de pensamiento: "...Poder pensar libremente es la diferencia distintiva entre el entendimiento humano y el del animal... La superioridad del ser humano reside en oponerse activamente a este mecanismo ciego de la asociación de ideas en que el espíritu se comporte tan solo pasivamente, confiriendo por su propia fuerza y según su libre albedrío, una determinada dirección a la sucesión de sus ideas, y cuando más afirma uno esta superioridad, tanto más es precisamente aquella por la cual él quiere libremente. El ejercicio de la libertad en el pensar es, igual que el ejercicio de la misma en el querer, parte intrínsecamente constitutiva de su personalidad, es la condición necesaria solo bajo la cual puedo decir yo soy, soy un ser autónomo..."⁹⁰

Con esa base dirá que es "...el ideal del socialismo ético y jurídico... que debe convertirse en móvil último de la vida civil, de hacer viable a todo hombre, mediante la dación de medios, la realización de su vocación, posibilitando así, a todo individuo, a todo grupo y a la sociedad en su unidad, la plenitud espiritual de que sea capaz en cada sazón..."⁹¹

Con estos modelos queda abierto el último eslabón de la cadena histórica de la dignidad humana, cuando socialismo y ética se integran, y la ilustración en general, y Kant en particular, reavivan el humanismo como elemento decisivo para el socialismo.

90 Ibidem 59.

91 Ibidem. p. 60.

La dignidad humana en la modernidad y también en este siglo XXI aparece en un contexto intelectual que arranca del tránsito a la modernidad, que ha superado avatares históricos y confrontaciones intelectuales y que se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización, que acompañan a la persona y a la sociedad en los diversos procesos de liberación que conducen, a la primera, a la mayoría de edad y a la segunda a una organización bien ordenada que contribuye al desarrollo de las dimensiones de esa dignidad.

Es obvio que éste es el motivo de decisiones basadas en valores, principios y derechos, que alcanzan su desarrollo pleno en el Derecho Positivo, pero no es contenido del Derecho, aunque muchas veces sea referencia en las argumentaciones o en la interpretación jurídica. Por eso, la línea seguida por el Consejo de Estado Francés, de considerar a la dignidad como un componente del concepto de orden público, concepto jurídico administrativo muy elaborado, me parece empequeñecerle y privarle de su papel central, fundamental y básico.

En su origen, dignidad humana no es un concepto jurídico como puede serlo el Derecho Subjetivo, el deber jurídico o el delito, ni tampoco político como Democracia o Parlamento, sino más bien una construcción de la filosofía para expresar el valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y, metiéndose a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como idea de dignidad humana en el punto de partida.

Estamos ante un deber ser fundante que explica los fines de la ética pública política y jurídica, al servicio de ese deber ser, por eso, la dignidad no es un rasgo o una cualidad de la persona que genera principios y derechos, sino un proyecto que debe realizarse y conquistarse. Genera a lo largo de la historia, sobre todo a partir del tránsito a la modernidad, una reflexión sobre los medios para ser alcanzada, y de esa reflexión surgirán los contenidos de la ética pública.

El lenguaje es una condición necesaria de la comunicación y también del razonamiento y que se expresa a través de algunas expresiones artísticas como la literatura y la poesía. Combina racionalidad, expresividad, abstracción y capacidad descriptiva, y es una de las más altas dimensiones de nuestra dignidad, que pone de relieve la insuficiencia de una aproximación formal como la kantiana que no tiene en cuenta este aspecto.

En este caso, la sociabilidad en sí no nos diferencia de los demás animales, que viven en muchos casos formas de sociabilidad primaria. Lo que nos diferencia son las formas de racionalidad que adquiere nuestra sociabilidad, y las formas de comunicación que llevan a la cultura, que es el ámbito relacional de nuestros conocimientos y de nuestras expresiones estéticas.

Así, la dignidad humana es un referente ético racional como presupuesto de la ética pública. La diversidad cultural será reconocida en ese marco de la igual dignidad y de los valores, principios y derechos que la desarrollan. La desigualdad y la discriminación no podrán ser amparadas por ese multiculturalismo, que debe situarse en el ámbito de la diferencia.

La dignidad como capacidad de comunicarse y de dialogar se facilita con los derechos de asociación y de reunión, con la libertad de expresión y de información y con los derechos lingüísticos, y cuando se trata de la capacidad de creación artística, con las libertades y derechos culturales. Por fin la dignidad como expresión de la sociabilidad humana se potencia con el derecho a referéndum, con las garantías procesales y con los derechos de asociación y reunión.

Estamos con estos planteamientos que relacionan a la dignidad humana con los fines y contenidos de la ética pública de la modernidad, ante un gran esfuerzo de construcción que sitúa a la dignidad humana como fundamento del deber ser, raíz del deber ser de la norma básica material, que son los cuatro grandes valores de la ética pública de la modernidad, ante un gran esfuerzo de construcción que sitúa a la

dignidad humana como fundamento del deber ser: libertad, igualdad, seguridad y solidaridad, que a su vez se desarrollan en principios de organización del sistema institucional democrático y como derechos fundamentales de los individuos y de los grupos formados por éstos, y que tienen como objetivo la realización de dimensiones del individuo que no se pueden realizar aisladamente. Estos individuos y estos objetivos de realización colectiva de los individuos son los titulares de ese deber ser básico y fundamental que es la dignidad humana, que sirve de referente axiológico a los cuatro valores de la norma básica material.

Titularidad del derecho al honor⁹²

Una consideración más social de la libertad de expresión es la que surge del artículo 5 de la Ley Fundamental de Bonn, originado en la doctrina del Tribunal Federal Alemán, una valoración del llamado “derecho a la comunicación” no solamente como un derecho fundamental, sino como una “función social” destinada a la búsqueda de la verdad.⁹³

- La etapa de la necesaria ponderación iniciada por la STC 104/1986 fue dejada de lado por lo que se dio en llamar la fase del régimen de *concurrency normativa*, en la cual, efectuándose una discutible importación de la teoría norteamericana de la *preferred position* (posición privilegiada) de las libertades informativas, va en la práctica a llevar a que en todos los casos de posible conflicto de derechos prime la aplicación de estas libertades informativas (representantes de un interés público que en principio beneficia a toda comunicación) frente a derechos como el honor (protector únicamente de intereses con un carácter más bien individual).

92 Aberastury, Pedro y otros. *Poder Político y Libertad de Expresión*. Sociedad Científica Argentina. Instituto de Ciencia Política y Constitucional. Abeledo-Perrot. Argentina. 2001. Notas acerca de la titularidad del derecho al honor, así como sobre la protección de dicho derecho frente a posibles abusos en el ejercicio de las libertades informativas. Reflexiones a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional Español en las sentencias 139 y 183/1995. Eloy Espinosa – Saldaña Barrera. pp.160, 162.

93 Ibidem. Alberto Ricardo Dalla Via. *La Libertad de expresión en la sociedad abierta*. p. 148.

- Sin embargo, progresivamente se ha hecho patente la verdadera perspectiva de las cosas, pues aunque el TCE invocaba la realización de una ponderación o la aplicación de ciertos criterios interpretativos para hacer frente a un conflicto de derechos, cuando en realidad estábamos más bien ante la alegación de un derechos que no se tenía o frente al abusivo desarrollo de ese derecho, sobrepasándose abiertamente el ámbito constitucional previsto para estos casos.

En la antigüedad y hasta el siglo XIX no existía un criterio uniforme y referido a todas las personas sobre lo que debía entenderse por honor, sino diferentes comprensiones de este concepto, comprensiones representativas de diversas clases de prestigio personal y social.

Honor, propia imagen, imagen humana⁹⁴

Pocos bienes espirituales tienen tanta trascendencia para el ser humano como el honor. Buena parte de lo que es y puede llegar a ser depende de su autoestima y de la fama que goce o merezca dentro de la comunidad.

“La personalidad -dice Cifuentes- está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal”.

Hablar del honor importa, de tal modo, hacer referencia a la valoración integral de la persona, en todas sus proyecciones, individuales y sociales.

De la fama de una persona dependen sus posibilidades de éxito. Quien es bien valorado por sus semejantes es merecedor de confianza, de crédito moral, de oportunidades en lo económico y en lo social.

94 Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 273 a 286.

Los límites del derecho al honor. La “exceptio veritatis”

a) Aspectos generales

La tutela jurídica del honor debe ser enmarcada dentro del contexto del interés social que determina que aquel no resulte “indistinto, indiferenciado e igual en todos los casos.” Sostener entonces que toda persona tiene derecho al honor no importa admitir que todos los hombres lo tengan cuantitativamente en igual medida o proporción.

El derecho al honor es la potestad que tiene toda persona física para exigir del Estado y demás individuos el debido respeto hacia uno de los atributos que, en función de la idea dominante en la sociedad, tipifican a la persona humana. Se trata de una manifestación de la dignidad humana que, junto a la libertad, construyen los objetivos fundamentales de todo sistema político personalista.⁹⁵

Si bien, aparentemente, existe un consenso social sobre el concepto de honor, el mismo se diluye cuando se procura asignarle una razonable precisión jurídica. Esto obedece al carácter esencialmente dinámico del concepto del honor, que varía permanentemente a la luz de las diversas ideas dominantes que han imperado en las sociedades dentro del curso de la historia de la humanidad.

El concepto de honor puede ser objeto de una consideración subjetiva, objetiva o mixta. Desde un punto de vista subjetivo, el honor es el concepto que tiene cada persona de sí misma, reflejado en un sentimiento y una autovaloración sobre sus cualidades morales y reputación externa que debería merecer. Desde un punto de vista objetivo, el honor es el concepto que tiene la sociedad sobre las cualidades morales de un individuo y la reputación que

95 Badeni, G. Ob. Cit. pp. 711 a 761.

ella le merece. Finalmente, y conforme a un criterio mixto, el honor está reflejado por la consideración externa que debería merecer una persona como consecuencia de su comportamiento real y de su pensamiento.

La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material. Toda persona tiene derecho sobre su imagen, es decir, de facultades “para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma.”

La jurista española Aurelia María Romero Coloma sostiene que el derecho a la propia imagen consiste en su esencia última en el poder de impedir la reproducción de nuestra persona por cualquier medio, sea fotografía, dibujo, grabado, etcétera, o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento. Recuerda luego la opinión de Gitrama, para quien la imagen o retrato es aquella obra de arte figurativa o aquella fotografía que reproduce, de forma reconocible, los rasgos, las facciones, la figura de una persona.⁹⁶

1. Los derechos personalísimo *strictu sensu* son aquellos derechos subjetivos inseparables de la personalidad, que tienen por objeto la protección de los supuestos de la misma.
2. El derecho a la imagen consiste en el poder de impedir la reproducción de nuestra propia persona por cualquier medio, sea fotografía, dibujo, grabado, etcétera, o su exposición o divulgación sin nuestro consentimiento.
3. Consideramos razonable otorgar autonomía o independencia al denominado derecho a la propia imagen.
4. El consentimiento para la reproducción o difusión de la propia imagen debe ser interpretado de modo estricto.

Adorno y otros. Daño y protección a la persona humana. Ediciones La Rocca. Argentina. 1993. pp. 164 y 172.

5. La jurisprudencia de distintos países viene reduciendo la posibilidad de publicar fotografía tomadas en lugares públicos, aun con motivo de acaecimiento de hechos de interés general.
6. El consentimiento de una persona a la publicación se presume cuando la fotografía concierne a su vida profesional o pública.

Los distintos daños derivados de la violación al derecho a la imagen pueden ser tanto de orden material como moral.

Vida privada e intimidad⁹⁷

El reconocimiento de la libertad de intimidad, y el consecuente derecho a la vida privada, configura un valor que está estrechamente relacionado con la dignidad del ser humano en función de la idea política dominante en las sociedades de los albores del siglo XXI. Sin embargo, y a pesar de tratarse de un valor firmemente arraigado en las sociedades modernas, la complejidad y diversidad de los efectos de las relaciones sociales dificultan precisar su concepto y su contenido.

Una de las libertades constitucionales que más ha preocupado a la doctrina y la jurisprudencia en el curso de las últimas décadas es la libertad de intimidad. Su reconocimiento es unánime, aunque son múltiples las dificultades prácticas que se deben superar para concretar su definición y el ámbito de ella.

La libertad de intimidad consiste en los aspectos personales y reservados de la existencia del ser humano, que por estar marginados de la relación social no pueden ser objeto de la intromisión del Estado o de los particulares sin el consentimiento del titular de aquella. Se trata de una libertad que se traduce en un derecho natural, reconocido por la ley que tiene toda persona para preservar la invulnerabilidad de aquellos matices de su vida privada que no se introducen en el marco de la convivencia social, y siempre que no exista un interés social legítimo en su difusión.

97 Badeni, Gregorio. Ob. Cit. pp. 723 y 761.

El hombre enriquece su vida espiritual bajo el manto protector del secreto y la reserva que resuelve dispensar a los aspectos más íntimos de su existencia desconectados de la vida social. Pero, además de vivir con dignidad, necesita convivir respondiendo a un imperativo de su condición de ser social. Y, en el marco de esa convivencia, gran parte de su intimidad se exterioriza quedando sujeta a actitudes, conceptos, juicios y opiniones emanadas de terceros.

Definición de vida privada e intimidad⁹⁸

¿Qué es la intimidad? Para Recaséns Siches, intimidad es sinónimo de conciencia, de vida anterior; por lo tanto este campo queda -y así debe ser- completamente fuera del ámbito jurídico, “puesto que es de todo punto imposible penetrar auténticamente en la intimidad ajena.” Compartimos la opinión de Recaséns en el sentido que, considerada así, la intimidad queda al margen del Derecho, que a lo sumo se limitará a reconocer la libertad de conciencia y otorgarle la debida protección.

La vida privada es el género que incluye como núcleo central a la intimidad; la intimidad sería la parte más reservada de la vida privada.

Otra corriente, minoritaria, entiende que la vida privada es una de las facetas que integran el concepto de intimidad a los fines jurídicos; la intimidad sería la categoría y la vida privada la más restringida.

Amén de recoger estas tres vertientes de la privacidad, los autores se han afanado para lograr un concepto válido de la intimidad misma. Al tratar de definir la vida privada podemos seguir dos criterios, la vía negativa y la vía positiva. Si elegimos la definición por negación, aún tendremos dos posibilidades: oponer la vida privada a la vida pública, o bien, tipificarla por oposición a lo que los demás -el resto de la comunidad- pueden conocer acerca de nosotros.

Nosotros entendemos por vida privada todos aquellos datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad, que son verídicos y

98 Ferreira Rubio, D. Ob. Cit. pp. 37 a 52.

que están reservados al conocimiento, bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño -patrimonial o moral-.

La voluntad del sujeto no interviene en la configuración ontológica de esta realidad que es la vida privada. Definida así la vida privada, merece la protección del ordenamiento jurídico que determina la ilegitimidad de los ataques contra este bien, previendo las sanciones.

Evolución del Derecho de la Intimidad ⁹⁹

En España, Truyol y Serra y Ramón Villanueva Echeverría han encontrado las bases de la intimidad como derecho en las ideas del cristianismo, pero concordamos con Perez Luño en que allí puede ubicarse la intimidad como “*autoconciencia de subjetividad*” pero no como conjunto de facultades o poderes atribuidos a su titular. Para este autor, el concepto está profundamente ligado al nacimiento de la burguesía y su aspiración de acceder a lo que antes había sido privilegio de pocos.

El concepto de *privacy* tuvo un presupuesto teórico inmediato en las ideas de Stuart Mill sobre la libertad, como autonomía individual. En su libro *On Liberty*, escrito en 1859, desarrolló sus ideas respecto de la absoluta autonomía de las conductas concernientes solo al individuo, admitiendo el control jurídico exclusivamente cuando los comportamientos entrañen derechos y responsabilidades sociales.

En 1890, Samuel Warren y Louis Brandeis elaboraron los fundamentos constitucionales de la noción de privacidad en un artículo publicado en la *Harvard Law Review*, donde quedó definida como un derecho a la soledad (“*right to be let alone*”). En su opinión, el ámbito de los derechos se ha ido ensanchando de manera que el derecho a la vida implica el de no ser molestado, surgiendo la necesidad de algún tipo de protección legal.

99 Gozaini, Osvaldo A. Ob. Cit. pp. 14 a 17.

El postulado del estado social de derecho veda en la actualidad una interpretación puramente individualista de las normas fundamentales. No basta con que el Estado se autolimite en el sentido de reservar al individuo un margen suficiente de libertad que le permite su desarrollo personal. Bajo las condiciones de la sociedad moderna, la plena ejecución de algunos derechos fundamentales depende necesariamente de la prestación del Estado.

Con este perfil se producen algunas modificaciones en el concepto tradicional del derecho a la intimidad:

- a. La consagración constitucional de la privacidad aparece involucrada en el concepto más amplio de dignidad humana, junto con el derecho al honor y a la propia imagen.
- b. Se supera la consideración del derecho a la intimidad como un ámbito de tutela estrictamente individual y pasa a ser un derecho de la coexistencia. Rebasa así los límites estrictos de las libertades individuales para presentarse como condición de la existencia colectiva.
- c. La noción de intimidad adquiere un papel ambivalente. Por un lado, conservando su perfil original en cuanto ámbito de reserva frente a los poderes públicos respecto de informaciones relativas a cuestiones personales y económicas. Por el otro, desde una significación positiva que permite hacer realidad la autodeterminación del individuo y le permite reaccionar contra la acumulación de datos que le pertenecen y que, generalmente sin su consentimiento, se destinan al control de comportamientos o pueden ser usados en fines de discriminación.

Conceptos doctrinales del Derecho a la Intimidad¹⁰⁰

Hay que partir de la base de la que el derecho a la intimidad es un derecho de la persona. Esta idea, elemental pero ineludible, puede

100 Romero Coloma, A. Ob. Cit. pp. 14 a 19.

servir de punto de apoyo en el que sostener muchas teorías que propician su ínsita defensa, porque, sin duda, estamos, en la actualidad, ante una sociedad que, de un modo u otro, avasalla o pretende avasallar este derecho.

Para el Diccionario de la Lengua Española, es "*parte personalísima, comúnmente reservada de los asuntos, designios o afecciones de un sujeto o de una familia.*" En esta definición -o, más bien descripción- se pone el acento en especificar que la intimidad es algo que la persona y/o la familia reservan para sí, haciendo exclusión de los demás, de los terceros, con respecto al conocimiento de ese algo.

Según Lacruz Berdejo, este bien sigue en la jerarquía de los modos de ser de la persona al bien del honor. No forma parte de la esencia física de la persona, sino que satisface una necesidad de orden espiritual consistente en la exigencia de no comunicación externa de cuanto afecta a la sola persona. Es el derecho a estar solo o ser dejado solo, el *right to be alone* de los anglosajones, y la *vie privée doit être murée* de los franceses.

Se contempla aquí la nota fundamental de secreto, que es la ocultación, pero se olvida o se echa de menos otra fundamental característica definitoria de todo secreto: el ser un típico concepto de relación, porque el secreto, efectivamente, implica y se refiere a la ocultación de algo, pero hay que tener en cuenta que dicha ocultación se debe realizar respecto de un círculo más o menos amplio de personas; que supone una limitación a la cognoscibilidad ajena, porque no es posible estructurar ni concebir el secreto en relación con la persona misma que lo detenta con su titular, ni tampoco se traduce una cualidad intrínseca de lo que constituye su objeto, sino que hace referencia a una no comunicación, pero en íntima armonía con la comunicación.

En España, con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, el Tribunal Supremo definió, en Sentencia de 8 de marzo de 1974, el derecho a la intimidad, afirmando que es aquel derecho a mantener intacta, desconocida, incontaminada e inviolada la zona íntima, familiar

o recolecta del ser humano, un derecho de la personalidad, un derecho innato, individual, reconocido universalmente.

En este sentido, hay que resaltar que lo íntimo es lo más personal y, en consecuencia, todo lo íntimo es secreto y reservado, no siendo a los demás lícito conocerlo, aunque puedan existir causas de justificación, por interés público, para desvelar esa intimidad.

Características del Derecho a la Intimidad¹⁰¹

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 excluye toda injerencia arbitraria en la vida privada, concepto que se reitera en el artículo 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y los artículos 11 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En el ámbito europeo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas lo regula en el artículo 8.1.

La difusión teórica en relación con los derechos de la personalidad, si se trata de un único derecho o de una pluralidad, es justificable si se tiene en cuenta que las nociones de intimidad y vida privada poseen una carga significativa de subjetividad.

Según Ernesto Benda, “no se trata únicamente del ámbito defendido de la curiosidad ajena por un sentimiento de pudor natural (como se observa especialmente en la esfera de lo sexual), sino en el derecho a no tener que revelar defectos, particularidades o achaques físicos sin un motivo justificado. Lo mismo sucede con la fe y la conciencia y con toda expresión de la individualidad: aficiones, extravagancias, convicciones políticas o de otra naturaleza. Todos ellos son rasgos del carácter que constituyen la personalidad no intercambiable del ser humano y que son precisamente el objeto de la curiosidad pública y privada.”¹⁰²

¹⁰¹ Gozaini, Osvaldo A. Ob. Cit. pp. 17 a 20.

¹⁰² Gozaini, Osvaldo A. Ob. Cit. p. 18.

La doctrina germana, con Hubmann en primer lugar, identifica los contenidos de la privacidad distinguiendo tres aspectos:

- a. La esfera de lo *secreto*, aquello que debe permanecer ignorado.
- b. Lo *intimo*, que forma parte de la vida privada y familiar.
- c. Aquello que atañe a lo *individual* de la persona (honor, nombre, imagen).

Fue durante la posguerra que la consagración constitucional de la privacidad aparece relacionada con el concepto más amplio de dignidad humana y se afianza como valor superior a cuya realización se encuentra comprometido el orden constitucional.

La *intimidad* es uno de los aspectos que hacen a la *dignidad humana* conjuntamente con los que identifican la personalidad individual. En ese marco, la *intimidad* se refiere tanto al territorio de lo *secreto* (lo que no debe ser conocido por los demás), como de lo *propriadamente íntimo* (aquello que forma parte de la vida privada), en tanto que lo *individual* es todo aquello que define la *personalidad*, la *identidad* propia de la persona (su nombre, su honor, la nacionalidad, la imagen, la filiación).

En realidad no planteamos algo novedoso al decir que la intimidad, la privacidad, la identidad personal son también “derecho de propiedad”. Warren y Brandeis, en su clásica obra sobre la intimidad, dijeron en 1890 que “*el derecho a ser libre garantiza el ejercicio de un amplio haz de derechos subjetivos: y el término ‘propiedad’ abarca en su significado actual, todo tipo de derechos de dominio, tanto tangibles como intangibles*”. En esa evolución, “*el mayor aprecio de las sensaciones... hicieron ver al hombre que solo una parte del dolor, del placer y del disfrute de la vida reside en las cosas. Pensamientos, emociones y sensaciones exigían su reconocimiento legal.*”

La intimidad es el derecho en virtud del cual excluimos a todas o a determinadas personas del conocimiento de nuestros pensamientos,

sentimientos, sensaciones y emociones. Es el derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra vida que no deseamos compartir con nadie, bien sea con la sociedad que nos rodea, con todo el mundo que nos circunda o bien con una parte de ese mundo.¹⁰³

El derecho a la soledad resulta compatible así con el trato, con las relaciones con los semejantes, siempre y cuando el individuo sepa volver a sí mismo cuando lo desee, a su vida interior, si le interesa hacerlo así. El equilibrio entre extroversión-introversión es fundamental e indispensable para la salud mental. La intimidad se relaciona con la soledad, el secreto y la autonomía, según Luis María Fariñas Matoni.

Es la intimidad un derecho que se puede dividir en cuatro grandes estados:

- a) La soledad, en la que el individuo está separado del grupo y libre de la observación de otras personas. Es el más perfecto estado de intimidad que la persona puede alcanzar;
- b) Las relaciones íntimas; la soledad se comparte con el fin de alcanzar una sincera y natural relación entre dos personas;
- c) El anonimato, que ocurre cuando el individuo se encuentra en lugares públicos o incluso realizando actos públicos -dictando una conferencia, por ejemplo-, pero sintiéndose libre de la identificación y vigilancia ajenas; y,
- d) La reserva, que es la barrera psicológica levantada por una persona contra los posibles intentos de comunicación de otros.

La intimidad configura una esfera de libertad en la cual la persona ostenta unas facultades de exclusión para preservar sus posibilidades de autorrealización en todos los órdenes de lo íntimo; así, en la esfera sexual, familiar, intelectual o en cualquier otra.

103 Romero Coloma, A. Ob. Cit. pp. 21 a 24.

Privacidad e intimidad¹⁰⁴

Para que el Derecho pueda favorecer a la persona humana, el humanismo jurídico tendrá que partir del principio por el cual el ser humano es portador de un centro de intimidad, titular de un destino cuya realización cabe favorecer, pero en modo alguno imponer.

La vida privada, incluso la de las personas famosas, debe estar amurallada. Hay que reconocer a toda persona el derecho a pasar desapercibida en la esfera en la que se refugia buscando el equilibrio interior y la tranquilidad, el sosiego y la paz. Hay personas que comparten esa intimidad, porque es inherente a la especie humana la sociabilidad. Por ello, se puede hablar de la intimidad del yo, de la intimidad conyugal, de la intimidad familiar, de la amistad íntima.

Este derecho ya no queda circunscrito solamente al marco del Derecho Privado, sino que se erige en pieza esencial del entramado de los derechos constitucionales.

Se trata, en definitiva, de un bien no material, que origina que su infracción determine la represión mediante una indemnización. Parece evidente que la única dirección bien orientada será la que proclame un retorno a la persona, una revalorización de los derechos humanos.

La intimidad es, en la actualidad y en gran medida, una condición indispensable de la libertad de la persona, tanto en el plano individual como social.

En principio, toda persona es portadora de los valores de intimidad, reserva y secreto y su transgresión puede afectar a cualquiera, sin excepciones. Los famosos son, sin duda, lo que más sufren en carne propia el ataque, sin control, de los medios de comunicación social.

104 Ibidem. pp. 27 a 32. Aberastury, P. ob. Cit. pp. 102 a 105.

En su formulación original, a cargo de la doctrina anglosajona, la intimidad se configuraba como el derecho a estar solo o a ser dejado solo. No obstante, este derecho termina o debe ser limitado allá donde comienzan el interés y la exigencia social del conocimiento.

Algunos autores, tal es caso de Carlos S. Nino, distinguen entre privacidad e intimidad considerando que la privacidad no es equivalente a intimidad, sino que es todo aquello relacionado con las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son privadas en el sentido de que si violentan exigencias morales solo lo hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente; y tales exigencias no se refieren a las derivadas de la moral pública o intersubjetiva; o sea a las obligaciones que tenemos en relación con los demás; -más en contrario- se refieren al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente, reconociendo como único límite el daño a terceros.

La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo con su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos: rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar; escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etcétera.

En relación con los orígenes de la protección a la privacidad nos debemos remontar al derecho angloamericano y, siguiendo a Alberto Bianchi, se distinguen básicamente cuatro etapas:

- La primera abarca desde los orígenes del *common law* hasta el año 1890, cuando se publica el célebre artículo de Warren y Brandeis;
- La segunda etapa se extiende hasta un ensayo publicado en 1960 por William Prosser, que se refiere concretamente al problema entre privacidad y prensa.

- La tercera etapa, en la que el eje de la privacidad se traslada de los Estados Unidos a Inglaterra, comienza con el proyecto de ley de lord Mancroft, y se refiere a los problemas suscitados entre la privacidad y los medios masivos de comunicación.
- La cuarta etapa empieza en 1969 con el proyecto de ley de Walden, que se refiere al tema de la tutela de los datos personales memorizados por ordenadores.

Relación de lo íntimo y lo público¹⁰⁵

1. Entre público e íntimo hay una variedad de modelos que tratan de representar su diferencia y su articulación. Hay una gran variedad de imágenes y formulaciones inconscientes. Todas ellas aparecen como insatisfactorias en algún sentido, porque dejan sin contestar lo más importante: ¿cómo formalizar la tragedia?
 - a) Como *dos territorios: mundos, esferas, ámbitos, espacios*, todos estos términos muestran lo casi inevitable de la *espacialización* de estos dos conceptos (sabemos, pero lo espacial se impone ideológicamente). Para salir de ello se sugirió en algún momento el concepto de escenario (que implica diferencias de espacios-tiempos y personajes).
 - b) *Yo y mis circunstancias*: la expresión orteguiana revela otro elemento para desmontar, a saber, que seguimos pensando irreflexivamente en lo íntimo personal como centro y lo público como el entorno, lo que rodea (circun-stante). Pero sabemos que no es así.
 - c) *Contexto del sujeto*: a veces hemos empleado esta imagen para indicar que sujeto es un bordado que se teje con (contexto) la trama de hilos blancos que constituyen lo público. Si

105 Marinas, José-Miguel (Coord.). *Lo íntimo y lo público*. (Una tensión de la cultura política europea). Colección Razón y Sociedad. Biblioteca Nueva. España. 2005. pp. 36 a 41

desaparecen los hilos blancos, el bordado en color se deshace también. Contexto significa que público e íntimo son inseparables pese que sus tramas difieran.

- d) “En la masas las mismas figuras significantes que en el yo” (Freud). Traemos a colación la hipótesis freudiana (*Psicoanálisis de masas y análisis del yo*) porque es una de las primeras que señalan que, siendo vitalmente dos espacios de experiencia diversos, ambos presentan los signos o las huellas de los procesos significantes de lo inconsciente. Ambos se implican mutuamente. Y en este contexto podemos afirmar que la represión no es endógena en su origen sino política. Algo de lo público concreto es insoportable para lo íntimo.
- e) *Lo inconsciente es éxtimo*. Lacan utiliza este neologismo para mostrar lo accesible y vedado de los fenómenos inconscientes; están entre nosotros, a la vista (como *La carta robada*, de Allan Poe), pero no sabemos descifrarlos. Por eso, la forma de representar esta relación es la cinta de Möbius (continuidad generadora de diferencias bidimensional). Lacan desplaza la relación inscribiéndola en un modelo formal que permite representar la paradoja de la interimplicación de dos espacios que son haz y envés o cara y cruz y al mismo tiempo están implicados (modelo freudiano, d)
- f) El *pliege* (Deleuze): modeliza la relación en la misma línea del modelo anterior: lo íntimo aparece como recoveco de lo privado, de lo público. Se genera en continuidad pero establece una diferencia en la vivienda y percepción, respecto de la oposición estructural (privado/público). Introduce una nueva mirada (Deleuze la sitúa en el barroco, tema del que tanto hemos hablado en estos días), de modo similar a los intentos de Michel Serres por pensar más allá de la lógica binaria: el tercero instruido es una llamada a pensar los pasadizos más o menos visibles entre público e íntimo.

- g) No espacios sino categorías en continua revisión. Los debates nos fueron llevando a una necesaria *desterritorialización* de ambos términos, para darles una dimensión más potente y abarcadora (tiempos, sujetos, atribuciones, conflictos); por ello, íntimo y público aparecen como categorías que engloban experiencias y determinantes variados. Tanto que se propuso (C. Santamarina) su necesaria adjetivación como método de análisis (íntimo y público. Femenino o masculino, íntimo o público en una cultura generacional u otra, etcétera).
 - h) Detrás de este recorrido se barruntaba una realidad: resultan ser ante todo *cualidades* (intimidad, publicidad) con valor moral, se cultivan (y se pueden instrumentalizar) como la verdad o la amistad.
 - i) Esto implica el reconocimiento de una variación generacional, territorial, histórica del reparto I / P: reparto y mutaciones que responden a las relaciones de poder y a los intereses de la dominación. Esto lleva a una definición nueva: lo *íntimo* (diferenciado de lo privado que es categoría estructural, socioeconómica y jurídica, como lo difícil, discurso de lo vivido en la tensión de lo propio y lo invadido por el mercado, por la política instrumental) y de lo *público* (cercano a la definición de lo político que hace Claude Lefort: configuración, escenificación, sentido de lo social en curso). Con lo que volvemos al punto 1.
2. De las mutaciones sociodemográficas y económicas (exclusión) a la anomia (fragmentación de normas, fragmentación de conciencias individuales), lo público aparece, en esta primera aproximación, como lo vaciado en la razón instrumental (la política como un sector de la sociedad). Lo íntimo aparece como cada vez más invadido por objetos y figuras enajenantes (con el mandato cada vez más intenso de gozar, de gozar a muerte).
3. Entrar en estos vericuetos pide una metodología diversa. En esta línea se rescata el procedimiento de la *alegoría* (como el

jeroglífico, como la fantasmagoría) que trabaja a la vez con imagen, concepto, narración y personajes que no se dejan decir claramente en el discurso social e íntimo vividos. Por eso la presencia de los mitos, retomar los mitos clásicos (E. Chamorro) como Narciso, Perseo, Ícaro, nos familiariza con una recuperación de las vías barrocas (inauguradas en el barroco, útiles en tiempos de desolación): espejo, ventana, abismo, realidades que afloran en la conciencia de lo íntimo aherrojado en lo público y que no son simplificadoras. Abren a nuevas dimensiones que el yo se remite a otro (la captura imaginaria como condición del yo y de la vivienda de la intimidad). La ventana como apertura al orden simbólico, Ordo mundi, que es espejo y distancia. Abismo: aparente caída, vértigo real que alude a lo no todo, a lo no inmutable, de lo íntimo representado.

4. Íntimo y público tienen su juego en el presente mediático (G. Abril) en la medida en que la intimidad, tosca e invasora, se exhibe en los medios para no dejar respiro a la propia intimidad que se restaura y construye con dificultad extrema.
5. Si la trabazón público-íntimo produce estas figuras, la historiográfica (Peter Burke: cortes barrocas y difusión de lo secreto) nos muestra el valor del trasvase íntimo-público. Sacarlo de su fanal otrora pacificador es un acto político. I/P mudan en sí y en relación merced a procesos estratégicos, movidos por los intereses del poder y la dominación. Lo ético y lo político de esta relación nos muestra su rostro problemático: no *espistémico* sino sobre todo moral.
6. El barroco (JM González) recuperado por interés moral y político (mirar al futuro, W. Benjamín) nos enseña dos figuras indispensables para matizar la relación P/I, la condición del actor (hipocresía, máscara, espectáculo) en el tesoro de la ciudad mediática. La representación del sujeto político como libro implica un continuo desciframiento y una aproximación cuidadosa en la interacción (Manos con ojos: no fusión, sino alianza).

7. Traer al campo concreto del diseño, de objeto, de espacios públicos y privados, esta lábil oposición (O. Pibernat) aporta dos tensiones que hemos de incorporar; la que va de lo *estándar* (reconocimiento, pero también domesticación) a la exigencia de *singularidad*. Esta tensión nos abre a lo no completo ni total del sistema y a las posibilidades de redefinición (espacios de libertad).
8. Pero el mercado parece haber borrado (C. Santamarina) la barrera, si es que algo quedaba de ella, entre público (ahora, la conversión de todo en mercancía) y lo íntimo como continua fuente de anhelos, querencias, relatos del yo que parecen de cada uno y cuyo origen es una fuente de representaciones (la oferta, la publicidad) que esconde sus estratagemas. Los objetos nómadas (teléfono móvil, ordenador portátil) son catacresis de este cosido *indesamallable*: P/I no son espacios, son categorizaciones de la vida en un proceso civilizatorio cambiante.
9. El testimonio (Srella Wittenberg) de la pintura que narra la intimidad doliente en el momento de extrema crisis de lo público (guerra, exterminio) abre a otra dimensión: narrar el dolor en una forma (estética) que conmueve y abre a otras dimensiones denegadas de la intimidad.
10. Recorrer la historia del estilo, de la estilización (C. Soldevilla) supone la valentía de articular activamente los pliegues como entrañas vivas y fecundas: psique es polis y polis es psique. Cómo asir el discurso vivido de la escisión es la tarea.
11. El cuerpo del deseo (J. Moscoso) mostrado en dosis calculadas nos presenta el problema de nuestra necesidad por decirnos. El rostro, medio público medio privado, lo enseña, pero también lo que se oculta, lo que se ve, lo que se adivina.
12. Lo político es nombre mayor (N. Schnaith) de una representación de lo público que no es macizo, lleno, étnicamente determinado. Es la vigilancia moral de un acto de continua fundación en torno

a un lugar vacío, un lugar. La intimidad es, pues, categoría flexible, es cualidad que se cultiva. Solo así se ve posible llenar lo público de algo más que anuncios y obras municipales, o de dioses y santos que se creen unos mejores que otros.

Concepto de intimidad¹⁰⁶

El derecho a la intimidad confiere a su titular un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida. Pero este consentimiento debe ser un consentimiento informado. El particular que comunica algo a un tercero consiente su divulgación si ha efectuado la revelación en un contexto en el que no cabe una expectativa razonable de confidencialidad.

La verdad de lo divulgado o la diligencia en la obtención y contraste de la información publicada no es excusa de la intromisión en el derecho a la intimidad. Difundir las revelaciones que hace otro sobre datos relativos a una persona o familia no excluye la responsabilidad del medio, que responderá de lo divulgado si carece de interés público.

De la regla de la irrelevancia de la veracidad de la información en relación con las intromisiones en la intimidad puede extraerse, también, alguna consecuencia no del todo evidente: la publicación de rumores que afecten a la intimidad no constituye intromisión ilegítima si el rumor se refiere a un asunto de interés público.

Este es el criterio esencial para determinar si una determinada información merece la protección del derecho a la intimidad, y, por tanto, su divulgación resulta ilegítima, o, por el contrario, constituye ejercicio legítimo del derecho a comunicar información. La noción de interés público o general, relevancia pública o comunitaria de la información es un concepto normativo y no sociológico.

106 Urías, Joaquín. *Jurisprudencia Constitucional sobre Libertad de Información*. Editorial Mad. Colección Universitaria Ciencias de la Información. España. 1999. pp. 65 a 70.

El tribunal constitucional vincula el ámbito de protección del derecho a comunicar información con el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático.

La combinación de la noción subjetiva de información, protegida *prima facie* por el derecho a la intimidad y una interpretación estricta del concepto de interés público, determina que el profesional de la información, antes de publicar datos relativos a una persona o familia, deba evaluar detenidamente si tal divulgación queda cubierta por el ejercicio legítimo de su derecho.

Derechos de personalidad, libertad de expresión y acceso a la información

Veamos ahora las relaciones existentes entre derechos de personalidad, libertad de expresión y acceso a la información.

Derechos personalísimos¹⁰⁷

Los derechos personalísimos -referidos a la existencia, dignidad e integridad del ser humano- tales como el derecho a la libertad, honor, intimidad e imagen son de rango constitucional y han merecido el reconocimiento y protección de la legislación nacional e internacional.

Podemos conceptualizar al honor subjetivo como el sentimiento de propia estima y el objetivo como la suma de cualidades atribuidas por la sociedad, es decir, la fama, reputación o estimación ajena.

Se protege jurídicamente a la intimidad como aquella faceta de la libertad espiritual consistente en el pleno despliegue de la personalidad

107 Baez de Figuerola, A. Ob. Cit. pp.11 a 29 y 74 a 93.

en el campo vital más próximo e interior del individuo, sin intromisiones que puedan alterar su tranquilidad.

El derecho a la intimidad es innato, vitalicio, extrapatrimonial, absoluto y relativamente indisponible.

Se sostiene que es común que se confunda la imagen de la persona con alguno de los otros derechos personalísimos, pero puede demostrarse que cada uno tiene su esfera propia, sin perjuicio de los contactos o aproximaciones que pueden acaecer en algunos supuestos.

Se declara en el mismo sentido que el derecho a la imagen puede ser lesionado aunque no haya sido atacado el derecho a la intimidad.

Para que se configure un atentado contra uno de estos derechos, no implica que necesariamente se lesione a los otros, aunque muchas veces se entrecruzan, por lo que suele ocurrir que un mismo hecho lesione a alguno de ellos o a todos.

Tratándose el honor, como dijimos, de un derecho inherente a la personalidad, resulta indubitable que cualquier persona ser sujeto pasivo de atentados contra el mismo.

En opinión de Luis O. Andorno, el daño moral es aquel que importa un atentado a un derecho extrapatrimonial y que en principio implica una modificación *disvaliosa* del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir.

Opina, asimismo, que la lesión o menoscabo sufridos por una persona en su honor constituye uno de los casos más típicos de agravio moral, no obstante que la violación al derecho inherente a la personalidad ocasione o pueda ocasionar indirectamente un perjuicio patrimonial al sujeto pasivo de la acción.

Por cierto que la presunción sobre la existencia del padecimiento moral es *juris tantum* y consiguientemente admite prueba en contrario.

Es por eso que hay supuesto en los que aun habiendo injuria o calumnia penalmente típica, antijurídica y culpable no hay daño moral resarcible.

Tal sería el caso, por ejemplo, si se demuestra que nadie creyó la imputación o que el sujeto pasivo no ha sufrido en su autoestima.

Para quienes identifican el daño moral con la lesión como “conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo, de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto como resultado de la acción ilícita de otra persona” puesto que las personas jurídicas, ideales o morales “tienen derechos extrapatrimoniales, pacíficamente admitidos por la doctrina y jurisprudencia -aun cuando la esfera de la personalidad moral no sea tan amplia como la de las personas individuales-” nada obsta a reconocerle a los entes colectivos la posibilidad de ser sujetos pasivos del agravio moral.

Pizarro y Roitman admiten que la persona jurídica tiene algunos componentes en sus diferentes atributos, con características aparentes a los de la persona humana, tales como la denominación, el prestigio, la reputación externa, el derecho al secreto de sus negocios y a la reserva de ciertos actos, así como la inviolabilidad del domicilio, etcétera.

A su criterio, las personas jurídicas tienen un ámbito de desenvolvimiento no “necesariamente patrimonial” que incide patrimonialmente pero de modo indirecto. Señalamos en otro lugar que la retractación se produce cuando el culpable de la injuria o calumnia retira lo expresado verbalmente o por escrito, reconociendo ya sea que mintió o que obró sin razón, careciendo de relevancia las causas que motivan esa actitud, siempre y cuando el acto implique una verdadera revocación de la ofensa.

108 de Vega Ruíz, José Augusto. *Libertad de Expresión Información Veraz Juicios Paralelos Medios de Comunicación*. Universitas. España. 1998. pp. 23 a 25. Aberastury, P. Ob. Cit pp. 102 a 122.

Libertad de expresión, honor e intimidad¹⁰⁸

Libertad de expresión, honor e intimidad son bienes jurídicos recíprocamente interdependientes y por ello limitados. Son bienes jurídicos antagónicos y particularmente abocados al conflicto. Y es que cuando hablamos de los derechos y libertades no se trata de dudar de su existencia o de su consagración formal, sino de considerar su vigencia efectiva.

La libertad de expresión y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen están obviamente en esos derechos fundamentales, hoy especialmente considerados por tratarse de unos singulares derechos prácticamente colindantes entre sí, lo que no acontece con otros.

Por otra parte, la intimidad, junto con la vida, la integridad física y moral, el honor, la imagen, etcétera, se integran en la categoría conceptual de los derechos de la personalidad.

Y al igual que acontece con la libertad de expresión, la intimidad como derecho fundamental es, en primer lugar, un derecho subjetivo del ciudadano y, en segundo lugar, un elemento esencial del ordenamiento del Estado, en cuanto este pretende articular un marco de convivencia humana, justa y pacífica.

En 1974, en el caso *Gertz vs. Robert Welch Inc.* se establece que este estándar debe aplicarse no solo a los funcionarios públicos, sino también a todo actor cuando se trate de una figura pública. En el caso de las injurias a personas que no tienen tal carácter, solo se deberá demostrar negligencia por parte de la prensa, en el sentido de no haber averiguado si lo que se ha publicado es o no verdad.

La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo con su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos: rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados

concretos propios o de su vida familiar; escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etcétera.

En 1960 William Prosser publica un artículo en el que considera que el derecho a la privacidad en el *common law* protege cuatro situaciones distintas: a) intromisión en la soledad, vida privada o asuntos privados de una persona; b) divulgación de hechos que dañen a otras personas; c) publicidad tendiente a difamar a una persona ante la opinión pública, y d) apropiación del nombre o aspecto físico del querellante. Este artículo fue criticado por considerar que quebraba el concepto unitario del derecho a la privacidad, tal como lo planteaba el artículo 1890.

El concepto de privacidad en alguna forma evolucionó en cuatro aspectos distintos:

- a) invasión irrazonable sobre el aislamiento de una persona;
- b) exposición pública de hechos privados;
- c) publicidad que coloca a una persona bajo una luz falsa;
- d) apropiación del nombre de otra persona o algo similar. Sin embargo, la habilidad de estos agravios para proteger la privacidad es cuestionable, ya que la tecnología “siempre en desarrollo” hace públicos esos lugares y actividades que fueron una vez privados.

En 1997, impulsados por el reclamo público, varios miembros del Congreso de los Estados Unidos propusieron una nueva legislación federal para controlar a la prensa. Respondiendo a los reclamos sobre los *paparazzi*, quienes harían cualquier cosa y usarían la última tecnología para obtener fotos y sonidos, los legisladores se esforzaron por mejorar las penas referidas a la invasión de la privacidad, creando acciones civiles y penales contra las personas que se inmiscuyan en la privacidad de otras por cualquier intención. Sin perjuicio del apoyo de ambos partidos, el Congreso no aprobó el proyecto de ley federal.

La libertad de expresión y el derecho a la intimidad generalmente se presentan como derechos antagónicos y de difícil armonía. En el ser humano permanecen dos tendencias instintivas; por un lado, la necesidad de saber y por otro, la de ocultar; justamente de establecer un equilibrio entre esas dos necesidades se trata.

Libertad de expresión y derecho a la intimidad

El antecedente que marcamos como punto de partida, de una declaración escrita del reconocimiento de libertades fundamentales del ser humano, es la carta Magna de 1215; pero es en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 que nace el concepto de “libertad de expresión”, cuando queda explícitamente establecido que “la libre comunicación de opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre” y que “todo ciudadano podrá hablar, imprimir libremente, *salvo su responsabilidad por el abuso de esta libertad en el caso determinado por la ley.*”¹⁰⁹

Alexis de Toqueville cuando expresa que: creo que las personas que viven en las aristocracias pueden, en rigor, pasarse sin la libertad de prensa, pero no los que habitan países democráticos. Para garantizar la independencia personal de éstos, no confió en las grandes asambleas políticas, en las prerrogativas parlamentarias, ni en que se proclame la soberanía del pueblo. Todas estas cosas se concilian hasta cierto punto con la servidumbre individual; mas esta esclavitud no puede ser completa, si la prensa es libre. La prensa es, por su excelencia, el instrumento democrático de la libertad.¹¹⁰

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la *Opinión Consultiva del 13 de noviembre de 1985* Stephen Schmit, establece la doctrina de que “cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo

109 Libertad de prensa versus derecho a la intimidad. Marcela I. Basterra en: Ibidem. pp. 97 a 99.

110 Toqueville, Alexis. La democracia en América. Fondo de Cultura Económica. México. 1996. p. 638.

violado, sino también es el derecho de todos a recibir información e ideas”, agregando además que “se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión del pensamiento ajeno”.

Derecho a la intimidad e información¹¹¹

El derecho a no ser molestado o el derecho a estar solo (*to be let alone*) es una expresión que ha hecho fortuna para describir el derecho de la persona a proteger su vida privada y su intimidad, a la *privacy*, según la expresión anglosajona, responde a un planteamiento que es propio del liberalismo clásico. Es decir, el derecho a la intimidad habilita a su titular para rechazar cualquier intromisión sobre aquel ámbito de su vida privada que es inaccesible a los demás si no es bajo su explícito consentimiento. Es también el poder de oposición o rechazo frente a cualquier perturbación procedente del exterior, que suponga una invasión sobre aquel núcleo del ámbito personal del que únicamente puede disponer su titular.

La protección del ámbito privado de la persona en la sociedad contemporánea exige del legislador y del resto de poderes públicos un especial esfuerzo para cubrir los diversos frentes en los que la intimidad de la persona puede verse amenazada desde la esfera de lo público. Una amenaza que, sin duda, no tiene únicamente su origen en el Estado, en los poderes públicos, sino también, y en muchos casos con mayor intensidad, en la actividad que desarrollan las empresas y entidades privadas.

Parece evidente que es en la actividad de los medios de comunicación donde suelen ubicarse el mayor grado de supuestos en los que la intimidad de la persona puede verse afectada con efectos lesivos. Pero tampoco puede dejarse de lado la vulnerabilidad a la que los derechos de personalidad y, en especial el propio derecho a la intimidad, se encuentran expuestos en las relaciones laborales o con ocasión del uso abusivo de la informática por parte de las Administraciones públicas y por los particulares.

111 Carrillo, Marc. *El Derecho a no ser Molestado*. (Información y vida privada). Colección Divulgación Jurídica. Thomson Aranzadi. España. 2003. pp. 15 a 29.

La información es una actividad que implica al conjunto de la sociedad. El instrumental tecnológico puesto a disposición de todos los actores sociales y el desarrollo y universalización de la Internet han hecho que la información no sea ya un reducto de los profesionales de la misma, sino que, además, las empresas y las entidades de la naturaleza más diversa y, por supuesto, las personas individuales, constituyen una heterogénea e intensa red de emisión de mensajes informativos, que afectan a los aspectos más diversos e incluso inverosímiles de la vida del individuo.

El derecho a la intimidad se enfrenta, pues, al derecho a comunicar y recibir información veraz en un contexto propio de una sociedad democrática, en el que es preciso asegurar que el mensaje difundido es de interés público y ha sido elaborado de forma diligente, es decir, con escrupuloso respecto a las normas de deontología profesional. Y asimismo, ha de preservar la integridad de otros derechos constitucionalmente reconocidos inherentes a la persona individualmente considerada.

El reconocimiento con rango constitucional de los derechos de la personalidad supone la conclusión de un proceso en cuyos inicios los valores que integran la personalidad no merecían una especial atención del Derecho. La construcción jurisprudencial de raíz anglosajona, en primer lugar, y después la protección que le otorgó la ley del Parlamento fueron la antesala de la tutela que les proporcionó el constitucionalismo más reciente, en especial el surgido entre otros países, en Portugal y España tras la caída de sus respectivas dictaduras.

Una reflexión de especial relevancia para entender el alcance de la Enmienda IV a la Constitución de 1787, en un sistema jurídico de *common law*, en el que la jurisprudencia es la fuente esencial de derecho. No se puede olvidar tampoco, en el ámbito de un sistema de *civil law*, en el que es la ley la que ocupa este lugar, la Ley francesa relativa a la prensa, de 11 de mayo de 1868, ya establecía que toda publicación en un escrito periódico relativa a un hecho de la vida privada constituía una infracción.

Reconocimiento constitucional del derecho¹¹²

La constitucionalización del derecho a la intimidad llevada a cabo en las últimas décadas del constitucionalismo del siglo XX obedece a factores diversos. En este sentido, parece razonable tener en cuenta la intensificación de las agresiones recibidas por los derechos de la personalidad fruto de la evolución tecnológica.

Este reconocimiento constitucional del derecho a la intimidad no puede ser entendido simplemente como el resultado de un proceso que generó la aparición de nuevos derechos jurídicamente exigibles que se hace preciso codificar, sino que sobre todo se enmarca en un modelo de Estado que tiene a la persona y a los grupos en los que se integra como sujetos básicos de derechos.

La consideración del valor de la dignidad como basamento de estos derechos comporta una doble garantía para su persona. En primer lugar, una garantía aseguradora de que el titular del derecho no va a ser objeto de intromisiones y, por tanto, que los profesionales de la información habrán de calibrar las consecuencias de su actividad, sin que de ello quepa -desde luego- deducir que la responsabilidad equivalga a autocensura. En segundo lugar, una garantía de carácter positivo, puesto que la preservación de la intimidad es un punto de apoyo para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. La consecuencia es la aceptación de una total disponibilidad sobre el ámbito de lo íntimo, sin interferencias o impedimentos externos.

Pero el marco de protección que el Estado social y democrático de Derecho ofrece a los derechos fundamentales en general, y a la intimidad y al derecho a la información en particular, es distinto. En efecto, no hay duda que en la actualidad los derechos de la personalidad y, especialmente, el derecho a la intimidad tienen una dimensión intersubjetiva, que impiden que puedan ser analizados al

112 Ibidem. pp. 29 a 42.

margen de la vida de relación de la persona y de la interpretación que de ésta pueda hacer el titular del derecho.

El derecho a no ser molestado es pues una expresión más de la dignidad de la persona que debe ser entendido en un contexto en el que el rechazo a una intromisión ilegítima puede, no obstante, ceder a favor de otros derechos fundamentales si para ello confluyen razones de interés público que exijan la publicidad de lo que se considera privado. El derecho a estar solo, a no ser importunado, a ver respetado el perímetro que la propia libertad personal ha delimitado como espacio inaccesible, es una manifestación de la dignidad de la persona.

El reconocimiento de los derechos de la personalidad encontró en el movimiento codificador su primer aval normativo en los sistemas jurídicos de *civil law*. Estos derechos fueron concebidos en sus inicios de acuerdo con una lógica privatista, en todo lo que se refiriese a la tutela de la reputación o del ámbito de lo privado. Para encontrar una concepción distinta, en la que la variable de lo público fuese también tenida en cuenta, habrá que esperar a la nueva concepción de los derechos fundamentales surgida de la impronta del constitucionalismo inmediatamente posterior a 1945 y, especialmente, de las constituciones promulgadas tras la caída de las dictaduras del sur europeo, como fueron Grecia, Portugal y España.

Pero en sus inicios, los derechos de la personalidad eran entendidos como un bien jurídico de contenido inmaterial, carente de valoración económica y cuyo depositario exclusivo era la burguesía como clase social en ascenso, que promovió su reconocimiento jurídico acorde con la lógica del derecho de propiedad y de los valores que había impuesto. Así, la mejor manera de garantizar, por ejemplo, el derecho los mismos instrumentos de garantía que ya operaban para la tutela de la propiedad.

Durante gran parte del siglo XIX, el honor, la honra el aprecio social, por supuesto, la garantía de respeto a la esfera de lo privado, etcétera, eran bienes jurídicos asociados en exclusiva a la figura del

propietario, en una estructura social en la que en su condición de parte integrante de la propiedad de su titular, a la burguesía les atribuía un valor en el mercado.

En esencia la doctrina Warren-Brandeis sobre el derecho a la intimidad para resolver el conflicto que pueda presentar frente al ejercicio de la libertad de expresión, se resume en los criterios interpretativos que se exponen a continuación.

1. La garantía del derecho a la intimidad no es obstáculo para que aquello que es de interés público sea difundido.
2. El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema aunque forme parte de la esfera de lo privado, si su difusión se produce, conforme a la ley de difamación y libelo, como información privilegiada.
3. El derecho a la intimidad no otorgaría probablemente ninguna reparación cuando la difusión de lo privado se haga de forma oral y sin causar daños especiales.
4. La veracidad de lo que es publicado sobre la intimidad de una persona no es relevante jurídicamente. La cuestión esencial de este derecho no versa sobre la veracidad o la falsedad de lo que ha difundido, sino que se basa en el agravio que supone su publicidad.
5. El derecho a la intimidad decae si media consentimiento del interesado.
6. La ausencia de *animus injuriandi* en quien difunde lo íntimo no exime de responsabilidad.

Este proceso evolutivo del papel de los poderes públicos y de los particulares ante los derechos de la personalidad en general y del derecho a la intimidad en particular, ha provocado que el Estado social y democrático de Derecho deba hacer frente al reto de su garantía

jurídica, dotándose de nuevos instrumentos jurídicos de protección de los derechos fundamentales.

El debate sobre los derechos de la personalidad versa acerca de si en verdad son derechos subjetivos o bien otra cosa. El sector de la doctrina que les niega esta categoría basa su posición en la dificultad que el derecho al honor o a la intimidad ofrecen para deslindar en la relación jurídica el sujeto del objeto ya que ambos -sostienen- coinciden en la misma persona. En un sentido opuesto, se afirma que el objeto de los derechos de la personalidad es inferior al sujeto, no exterior al mismo, como en los restantes bienes susceptibles de provocar derechos subjetivos. Se trata, por tanto, de derechos que garantizan el goce de unos bienes inmateriales, ideales, carentes de valoración económica pero que son tan estimables como los materiales.

Por otra parte, en su condición de derechos humanos básicos, crean relaciones de derecho público frente al Estado con el fin de proteger valores esenciales de la persona contra situaciones de abuso de derecho o de arbitrariedad.

Pero el concepto de intimidad es, un principio, mucho más restringido. Lo íntimo se opone a lo público, a todo aquello que es proclamado por todos; lo íntimo se relaciona con la soledad o con lo restringido y lo reservado; en definitiva, con aquel núcleo de relaciones que el titular del derecho selecciona sin dar acceso a nadie más quien él y solo él permita. En ese sentido, lo íntimo se puede asimilar a lo que se ha dado a conocer como esfera privada de la persona. En síntesis, y acogiéndonos a la antigua pero afortunada frase de la doctrina norteamericana.

El derecho a la intimidad está, pues, vinculado con la accesibilidad de la que es o puede ser susceptible una persona. Desde luego, y en primer lugar, el derecho a la intimidad es la libertad para limitar o impedir el acceso físico a uno mismo, la cual a su vez comporta, la de actuar en este sentido a fin de impedir injerencias externas o cualquier acción hostil hacia lo privado. La finalidad no puede ser otra

que la de preservar la capacidad de decisión del individuo respecto de lo que legítimamente él pueda considerar que favorece su autonomía personal, o por el contrario pueda perjudicarla, alterando incluso su integridad psíquica.

Concepto de intimidad, dignidad, honor e información

Intimidad. El respeto a la intimidad de la vida privada constituye uno de lo llamados derechos de la personalidad, juntamente con el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y a la disposición del propio cuerpo. El derecho a la intimidad de la vida privada se halla en la esfera secreta de la propia persona y se le conoce en el derecho anglosajón como *right of privacy*, y en Italia como *diritto alla riservatezza*. Es el derecho a exigir el respeto de la vida privada y familiar de cada persona, garantizándose el normal desenvolvimiento y la tranquilidad particular, sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley, se admitan intromisiones extrañas.¹¹³

Tal y como con el derecho a la intimidad o con el derecho a la propia imagen, la legislación no ofrece una definición de qué es el honor. Desde la referencia de lo que generalmente, en el uso común, se entiende por honor suelen distinguirse dos aspectos en el concepto de honor:

a) valor personal:

- honor en el sentido de dignidad, buena fama, aprecio propio y ajeno;
- es un valor que puede disminuir pero nunca desaparecer del todo.

b) valor social:

- el honor es un valor social que hace posible la vida de relación en una comunidad determinada.

113 Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. 1997. p 257.

El Tribunal Constitucional Español se refiere desde el inicio de su interpretación de los artículos 8 y 20.4 de la Constitución a estos dos rasgos inherentes a la noción de honor: Derecho que toda persona tiene a la propia estimación, al buen nombre y a su reputación.¹¹⁴

La autoconsideración personal y la consideración por parte de quienes configuran el entorno de una persona son muy probablemente los aspectos personales que se resguardan de las posibles vulneraciones.

Sin embargo, la jurisprudencia no considera irrelevante la circunstancia de la veracidad de los contenidos difundidos en las situaciones en las que se planee un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la información.

¿Por qué merece protección la imagen humana?

Parece obvio que el honor, que la vida privada son bienes necesarios para el ser humano, tanto desde el punto de vista personal como social. Sin embargo, con la imagen humana, salvando los casos en los que protegerla sirve para salvaguardar simultáneamente la vida privada, o queda tan clara la necesidad de un reconocimiento independiente del de los otros derechos de la personalidad.

Información. Es la psicología cognitiva contemporánea (cognición) se atribuye contenido informativo a estados de un sujeto dado y se postulan procesos cognitivos que preservan, transmiten o en general operan sobre este contenido informativo, con independencia de que al sujeto le sean razonablemente atribuibles pensamientos y otras actitudes proporcionales de él -psicología popular- con análogos contenidos internacionales (internacionalidad).

Se atribuye así a pequeñas disparidades estereográficas en la ubicación de una misma forma elíptica en cada una de las dos retinas de un sujeto dado el contener la información de la presencia de una esfera,

114 Azurmendi, A. Ob. Cit. pp. 315 a 327.

de cierto tamaño a determinada distancia del plano retinal, o a determinadas diferencias de fase e intensidad en la onda sonora al alcanzar cada uno de los pabellones auriculares la información de que la fuente del sonido se encuentra en tal y cual dirección y a determinada distancia del sujeto; y se postulan después ciertos procesos que operan sobre este contenido informativo y lo transmiten para su uso eficiente por el organismo en la satisfacción de sus necesidades.¹¹⁵

Figura pública¹¹⁶

En el caso *New York Times Co. v. Sullivan* de 1964, la Suprema Corte aludió a “oficiales o funcionario públicos”, sin especificar nada más. Dos años más tarde, en *Rosenblatt vs. Baer*, el Justice Brennan se encargó de aclarar que el término “oficial público” incluía a funcionarios elegidos y candidatos para cargos electivos, funcionarios designados, y empleados del gobierno “que tienen, o ante el público parecen tener, responsabilidad sustancial o control sobre el manejo de asuntos gubernamentales”. No cualquier persona empleada por el gobierno podía ser calificada como “oficial público” según el estándar del *New York Times*: debía ser alguien de una posición jerárquica especial. Empleados sin poder de mando no eran aquellos a los que la Corte había tenido en cuenta. Independientemente de la controversia suscitada, la persona del funcionario involucrado, por sí misma, debía atraer el interés público.

“Para mi, la diferenciación entre ‘figuras públicas’ y ‘funcionarios públicos’... no tiene fundamento en el derecho, ni en la lógica, ni en los principios de la Primera Enmienda... En este país, las distinciones entre los sectores gubernamentales y privados son cada vez más borrosas... Es claro que a pesar que no están sujetas a las restricciones del proceso político, las “figuras públicas”, al igual que los “funcionarios

115 Muñoz, Jacobo y Julián V. Ob. Cit. p. 336.

116 Flores, Oscar. *Libertad de Prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*. (Jurisprudencia de la C. S. J. N. con la Jurisprudencia de EE.UU.) Colección Académica. La Ley. Argentina. 2004. pp. 141 a 178.

públicos”, tanto para influenciar las políticas como para criticar su actividad y opiniones, nuestra ciudadanía tiene un legítimo y sustancial interés en la conducta de tales personas, y la libertad de la prensa, para tomar parte en un debate desinhibido acerca de su participación en temas y eventos públicos, es tan crucial como lo es en el caso de los “funcionarios públicos”. El hecho de que las “figuras públicas” no estén sujetas a las restricciones del proceso político, solamente subraya la legítima y sustancial naturaleza del interés, desde que él significa que la opinión pública puede ser el único instrumento por el cual la sociedad puede intentar influenciar su conducta.”¹¹⁷

a) Figuras públicas a todo fin y en todos los contextos.

Se incluyen aquí aquellas personas que, por ocupar posiciones de gran poder e influencia, por estar profundamente involucradas en los asuntos de la sociedad, o por la notoriedad de sus logros, han conseguido fama o notoriedad general en la comunidad (*all-purpose* o *total public figure*).

b) Figuras públicas limitadas a una determinada controversia pública.

La Corte parece reconocer que la mayoría de las “figuras públicas” lo serán únicamente en relación a una controversia pública específica en la que ellas participen (*limited-purpose* o *vortex public figure*). A tal efecto debe atenderse al contexto, naturaleza y grado de participación del individuo privado en el tema del interés público.

c) Figuras públicas involuntarias.

Para que la información goce de privilegio y pueda prevalecer frente a los reclamos de privacidad de una figura pública, esta calidad “debe existir con anterioridad a cualquier relato o noticia que se publique acerca de ella”. En consecuencia, no es posible.

117 Idem.

que la prensa, por el solo hecho de centrar su atención en alguien “oscuro y desconocido”, lo transforme sin más en una figura pública.

Aparte de las personas que voluntariamente demandan adhesión popular (por ejemplo los candidatos a cargos públicos electivos, artistas en general) o cuyas aptitudes y logros personales las convierte en el centro de la atención del bien público (inventores, deportistas, etcétera), la jurisprudencia considera también “figuras públicas” a individuos que a raíz de determinados acontecimientos se ven empujados a la consideración del público, y que, de no ser por tales sucesos, continuarían siendo seres anónimos y sin fama. Se trata de personas que adquieren el estatus de figura pública para quedar en el medio de una “telaraña de noticias e interés público”.

Una idea muy difundida sostiene que “la privacidad es la única cosa que una celebridad no desea”, o que “el mayor valor para una estrella es la publicidad constante”. Las actrices y actores buscan publicidad y a menudo adoptan varias y diversas formas de asegurarse esa notoriedad... No pueden esperar llevar vidas tranquilas y en reclusión. Serán criticados, en formas justas o no, por sus actuaciones.

La Corte evitó discutir si la información revelada en Cox era o no de “interés público”. Antes bien, *presumió* que lo era, desde el mismo estado la había colocado en registros gubernamentales de carácter público. Emparentado con esta línea de razonamiento, se ubica el estándar del *common law* respecto de las noticias que reproducen literalmente (*verbatim*) documentos o registros públicos. Mc Keever recuerda que ese fue el fundamento en el caso *Hubbard*, en el cual se rechazó la demanda de una joven víctima de un ataque sexual. Allí, como en Cox, los jueces “presumieron” el interés público de la información revelada.¹¹⁸

118 Ibidem, 221.

En su único reparo a *Ponzetti de Balbín*, Carlos Nino sostuvo que la Corte Suprema confundió el derecho a la intimidad “con el de privacidad del artículo 19, apoyándose en la jurisprudencia norteamericana -como el caso *Griswold*- que se refiere a este último derecho, en lugar de reconstruir el derecho de intimidad a partir de las garantías del artículo 18 al domicilio, los papeles privados y la correspondencia”. Para el autor citado, intimidad y privacidad son conceptos distintos: la privacidad hace referencia “a la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas”, es decir, acciones voluntarias que no dañan a terceros y que por lo tanto no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer. Esa privacidad, sostiene Nino, está protegida por el artículo 19, primera parte, C.N. En cambio, la intimidad “surge y se construye a partir del artículo 18 C.N.”, y se refiere a “una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”. “De cualquier modo, dice, el artículo 19 C.N. da un fundamento genérico a este derecho, como a todos los demás.”¹¹⁹

Desde principios del siglo XX, la Corte Suprema vincula la idea de “interés público” con los asuntos “institucionales” o de “gobierno”. Resulta ilustrativo en tal sentido lo sostenido en *Vago*, donde la Corte se refirió a la noticia que tiene “relación directa con un interés público”, y que resulta “trascendente para la vida social, política o institucional”. Allí el tribunal sostuvo que la prensa tiene el deber de informar a la opinión pública “... proporcionando el conocimiento de qué y cómo actúan sus representantes y administradores; si han cometido hechos que deben ser investigados o incurren en abusos, desviaciones o excesos y si en esos hechos han intervenido funcionarios o figuras públicas, e incluso particulares involucrados voluntariamente en la cuestión pública de que se trata la información.”

La real malicia es una doctrina constitucional de la Corte Suprema.¹²⁰ La adopción del estándar de la real malicia “ha sido objeto de grandes reparos”, como lo reconoce Fayt. La Corte respondió a tales críticas,

119 Ibidem. p.297.

120 Ibidem. pp. 297 a 306 y 327.

dejando en claro que aquella no es una doctrina “constitucional” de la Corte Suprema -como Campillay- que introduce en el panorama jurídico nacional “un factor de atribución de responsabilidad específico, distinto y cualificado respecto del general contemplado en las normas vigentes de la legislación de fondo, para la cual basta la simple culpa.”

La salud “mental y física” es considerada parte integrante de la intimidad de las personas por la Corte Suprema, y la doctrina -nacional y extrajera- comparte este criterio. Sin embargo, en el caso de los funcionarios su estado de salud puede transformarse en un dato de interés público que justifique su revelación por la prensa. Reconozco que es un terreno donde caben matices y gradaciones. El interés informativo dependerá directamente de la jerarquía del funcionario dentro de la estructura estatal. Cuando se trata de los denominados “casos críticos”, como el de un presidente, ministros y secretarios de Estado, legisladores, jueces, oficiales militares y de fuerzas de seguridad, etcétera, que tienen en sus manos la conducción de un país, o de alguien “que aspira a asumir esas responsabilidades”, se justifica la intromisión general en los aspectos que atañen a su salud, habida cuenta de su lógica vinculación con la función que desempeñan, que podría poner en riesgo, por ejemplo, la marcha de las instituciones o la “defensa de la sociedad.”¹²¹

Otro aspecto que integra el derecho a la intimidad de las personas es su situación patrimonial y fiscal. Sin embargo, cuando la prensa informa de manera legítima y veraz sobre un aspecto relativo al patrimonio o situación fiscal de un funcionario público, nuevamente la prioridad *prima facie* debe ser a favor de la libertad de información. Esto obedece a varias razones. En primer lugar, el principio del sistema republicano de gobierno (artículo 1 C.N.) que impone a los gobernantes mantener informada a la sociedad de todo lo relacionado con la claridad de las cuentas públicas.

121 Ibidem. pp. 418 a 421.

Figuras públicas y su intimidad¹²²

La publicidad de los procesos judiciales, no hay que ignorarlo, puede, fácilmente, lesionar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los afectados por aquel, pues éstos pueden sufrir en su carne una indeseada difusión de opiniones por parte de los medios de comunicación social acerca de los hechos debatidos judicialmente.

Según O'Callaghan, el derecho subjetivo es igual para todas las personas, no pudiendo hacerse distinciones *a priori*. Sin embargo, esta afirmación, referida al derecho a la intimidad, admite ciertas matizaciones, ya que lo que varía no es alcance del derecho, sino el concepto de intimidad. Así, para este autor, si el derecho citado se centra en la idea de círculo íntimo, este concepto varía según la persona, y no tanto en sí misma, sino en razón de su profesión o cargo y, esencialmente, por la proyección pública que tenga o pueda tener su actividad.

Prosser afirmaba que en las decisiones judiciales aparecen tres clases de razones en las que pueden fundarse que los personajes públicos hayan perdido, hasta cierto punto, el derecho a la intimidad:

- a) que se trata de personas que han buscado la publicidad y la han admitido;
- b) que su actividad se ha convertido en pública y no pueden exigir que, en lo sucesivo, sean considerados como asuntos privados;
- c) que la prensa dispone de un derecho, que las Constituciones suelen reconocer, a informar al público de los temas que tienen interés general.

Esto quiere decir que una persona pública no pierde su derecho a la intimidad por el mero hecho de desempeñar normalmente sus

122 Romero Coloma, A. Ob. Cit. pp. 108 a 127.

actividades. Si la postura contraria se lleva a efecto, nos encontraríamos en lo que se ha denominado por la doctrina anglosajona como privilegio de noticiabilidad, privilegio que se basa en una extensión muy amplia del ámbito de la Primera Enmienda, que prevalece sobre otros derechos, incluido el de la intimidad, negándose éste en muchas ocasiones. Es evidente que nuestra Constitución no permite ni da pie a semejantes hechos.

La divulgación de los hechos privados de una persona, aunque ésta sea pública, no tiene justificación posible, salvo en los casos en los que ella misma haya consentido que dichos hechos sean publicados, sacados a la luz.

Habría que pensar que, por célebre que sea una persona, conserva siempre secretos que no desea publicar y cuya publicación, de producirse, constituye una violación de su derecho a la reserva. ¿Por qué entonces algunas personas famosas no sienten esta necesidad, este deseo de reservar sus intimidades de los ojos y oídos indiscretos?

Derechos fundamentales de figuras públicas¹²³

Si se estudian los derechos fundamentales de los funcionarios en relación comparativa con los derechos de los demás ciudadanos no afectados por los demás por dicha condición pública, es fácil apreciar cómo su específica condición subjetiva es fuente de limitaciones. Así, aun cuando, en principio, tanto unos como otros disfrutan de los mismos derechos, el régimen de ejercicio puede variar y, por tanto, las condiciones, requisitos y limitaciones que les afectan. De tal modo que se puede afirmar que la condición de funcionario público actúa como cláusula limitativa o de limitación de los derechos fundamentales.

El estudio del ejercicio limitado de las libertades de expresión de los funcionarios públicos los sitúa frente a una serie de cuestiones. En

123 Catoira, A. Ob. Cit. pp. 162, 171.

primer lugar; analizar cuáles son las limitaciones que afectan a estas libertades por el hecho de ser ejercitadas por funcionarios, así como su justificación constitucional, y esto habida cuenta de que estamos ante libertades públicas que revisten una especial significación que les otorga un carácter preferente dentro del ordenamiento. Asimismo, se plantea si efectivamente se produce un conflicto constitucional entre derechos fundamentales o, por el contrario, se trata de un conflicto constitucional entre derecho y bienes constitucionales, lo que creemos que es de importancia en el establecimiento de las limitaciones.

Político, su honor y vida privada¹²⁴

En efecto, los atentados contra la intimidad y el honor dependen de una serie muy amplia de circunstancias personales, históricas y sociales. Los hermanos, en familia, suelen llamarse “imbécil” y en tal contexto la palabra no resulta insultante, pero dicha de un inferior a un superior jerárquico en el ejército o en la administración puede resultar incluso grave. El diccionario de la Real Academia reconoció palabras peyorativas en su contenido. La frase española “No insulta quien quiere, sino quien puede” expresa una verdad profunda: el insulto depende de quien lo hace y de las circunstancias en que se produce.

Suele decirse que el político no tiene vida privada y también que el político tiene su intimidad “menos protegida”. Esta última expresión me parece desacertada, en cuanto sugiere que los atentados contra la vida privada del político reciben menor atención de los poderes públicos. Creo que, si hay un atentado a la intimidad y el honor, deben recibir idéntica protección, ya se trate de un político o de un particular. Lo que sí puede decirse, a mi juicio con mayor propiedad, es que el político dispone de un menor ámbito de intimidad en cuanto invasiones en la vida de un simple particular que resultan ilegítimas, no lo son en la de un político.

¹²⁴ García Ferrer, Juan José. *El Político: Su honor y su vida privada*. Edisofer. Libros Jurídicos. España. 1998. p. 21, 28 y 29.

Responder al “*qué se puede decir de un político*” suponía un tácito enfrentamiento entre los deseos del poder político y la prensa, de la que, aunque tradicionalmente se ha presupuesto que defiende los derechos de la gente, se discute su condición de servicio público, neutral, libre y responsable. No es neutral por las relaciones de propiedad y la concentración de medios (monopolio informativo de unos particulares que vienen a sustituir el monopolio informativo del Estado que es propio de un régimen autoritario); tampoco es un servicio necesariamente responsable; simplemente es libre, libre para ser responsable. Por último, si se carece de los anteriores atributos no puede ser un servicio público por más que así se reconozca antes de haber empezado a funcionar.

Tipos de figuras públicas¹²⁵

En primer lugar, es oportuno advertir que en el análisis del interés público -como en el de los usos sociales o la intención- es donde de forma más notoria puede influir lo subjetivo del juzgador. Pero ello, incluso, pudiera pensarse que, tal vez, la resolución de los conflictos entre los derechos de la personalidad y la libertad de información es ejemplo de una concepción de la interpretación jurídica propia de la Escuela de Derecho Libre, de una visión de la sentencia judicial como norma jurídica concreta.

¿Cómo calificaremos el interés público en relación al debate político?

Salvador Coderch plantea dos posibles soluciones en *El Mercado de las Ideas*:

- Para la concepción *normativista*, de interés público es toda materia normativamente relevante para el proceso democrático de autogobierno. Es decir, los gobernados determinan el sentido y magnitud de sus intereses, pero dentro de los límites que el poder legislativo y judicial determinen.

¹²⁵ Ibidem pp. 81 a 129.

- Para la concepción *descriptiva*, es de interés público lo que interese a un número significativo de personas.

La falta de transparencia: La democracia, por imperfecta que sea, significa apertura y publicidad desde arriba hacia abajo, así como posibilidad de censura, control y crítica de abajo arriba desde el imperativo de la verdad.

A nuestro juicio, debe distinguirse entre quienes son de interés público por encontrarse implicados en asuntos que son de relevancia pública y quienes más directamente se ven envueltos en la justificación finalista de las libertades de expresión e información (formar una opinión pública libre, indispensable para el desarrollo del pluralismo político).

1) Personas implicadas en asuntos de relevancia pública

Dado que en el debate político se incluyen los juicios que contribuyen al desarrollo de mentalidades o ideologías y lo que, en general, tienen un interés cultural relevante, las informaciones que posibilitan el control del ejercicio del poder y de las funciones públicas, así como, en general, cualquier información sobre intereses comunes a todos los ciudadanos (aspecto material), quienes se ven mezclados en estos asuntos se convierten en instancias que encarnan el interés público.

2) Personas que, en buena medida, son garantes del pluralismo político

Efectivamente, hay ciertas personas que debido a su trabajo o función social están más estrechamente ligadas a los fundamentos de las libertades de opinión e información, es decir, a la formación de una opinión pública que es necesaria para la existencia del pluralismo político, pieza clave del sistema democrático. Estas personas representan el interés público de una forma a la vez más concreta y especial, ya que:

- a) el interés por su persona no solo se despierta ante hechos consumados;
- b) la implicación de su vida privada en la pública es mayor; y,
- c) en algunos casos, su vinculación la gente tiene su origen en una relación de confianza que fundamenta el propio sistema político. Por eso suele decirse que participan activamente en la vida política.

En nuestro deseo de acotar más las líneas de investigación, vamos a adoptar un concepto de política y político más restrictivo a cuyo tenor político será toda aquella persona que dirige o influye directamente en la dirección del Estado, en cualquiera de sus distintas administraciones, a través de las instituciones creadas al efecto, así como aquellos que aspiran a ello a través de los cauces institucionales igualmente establecidos.

Sin embargo, deseamos destacar cómo en esta visión más restrictiva del político pueden concurrir tres grupos de personas muy distintas, que son:

- a) **Cargos electos:** Por tales entendemos los que han sido *elegidos por los ciudadanos* (y entre ellos, de forma ciertamente discutible, quizá pueda ser incluido el Rey). La particular relación de confianza de qué origen hay con los ciudadanos que les eligen parece exigir un trato diferente.
- b) **Cargos públicos:** Por tales entendemos los que *ocupan puestos de confianza pública* (ministros, consejeros, delegados del gobierno, secretarios de Estado, directores generales...) Pudiera decirse que, por debajo de esta escala hablaríamos escuetamente de empleados públicos o, en sentido laxo, de funcionarios.
- c) **Cargos representativos:** Su condición de elegidos deviene de un *electorado conformado por los miembros de los distintos poderes*,

es decir, por el Consejo General del Poder Judicial, el Parlamento y el Gobierno, *sin mediar relación de confianza*.

Coloquialmente, el concepto de político en sentido estricto coincidiría con el de cargo electo y candidato al mismo, así como el de cargo público.

En resumen, calificar a las personas como “públicas” o “privadas” solo es válido cuando analizamos la verdad o con el fin de determinar si existe una aquiescencia indirecta de estrechar su contenido esencial de honor e intimidad; sin embargo, no para determinar si son de interés público. Toda persona pública (con fama o notoriedad extendida) puede recibir una imputación siempre que no exista malicia probada; asimismo, quienes voluntariamente se ven mezclados en asuntos que interesan a la gente ven decrecer su ámbito de protección de los derechos de la personalidad, no porque sean personas que encarnen el interés público, sino porque, por voluntad propia, han decidido dedicarse a trabajos en los cuales tanto los ciudadanos como los medios de comunicación determinan de forma especial la fama o el anonimato de quienes participan.

De esta manera, en el político ocurre una delimitación más estrecha de ámbito de protección de su honor y vida privada, ya que, primero, tiene los caracteres de una persona pública y, por lo tanto, resulta afectada por las consecuencias anteriores; y, segundo, encarna de forma más concreta y especial el interés público, el cual no solo surge por la materia, pues, en general, existe un interés jurídicamente protegido por hacer un dibujo más completo de su persona. *Praeterea*, bien podemos decir que algunos políticos pueden ver limitadas las facultades jurídicas de sus derecho de la personalidad más que cualquier persona con fama o notoriedad extendida sin proyección política.

Como hemos visto, la política, al igual que cualquier otra actividad con proyección pública, expone al sujeto a la crítica de sus acciones. Asimismo, el político, como cualquier persona, sabe que de su vida

y actos puede decirse todo aquello que de modo real afecte a los demás; es decir, que influya o pueda influir en la marcha de la sociedad en general o en ciertos intereses de sus miembros en particular. Pero es más, el político representa especialmente el ejercicio de esa actividad que constituye el originario interés de la libertad de expresión (formar una opinión pública libre, indispensable para el desarrollo del pluralismo político). Su función social se fundamenta en la confianza y en la necesidad de un particular control. Por eso, la apreciación pública de su trabajo, la crítica de todo que hace y dice, se convierte a la vez en una necesidad social y en una exigencia legítima.

Mediante un consentimiento tácito o indirecto, o por simples razones de interés público (al ser un sujeto que lo encarna), ve reducido el contenido esencial del ámbito protegido de su honor y vida privada. Este es el momento de justificar extensamente esta afirmación, pues, su aceptación como punto de partida y la explicación de los argumentos que la respaldan constituyen el núcleo sobre el cual responder a la eterna pregunta, qué se puede decir de un político, la cual, por cierto, solo puede ser contestada con cierta utilidad primando el casuismo, incluso en exceso, a fin de evitar la indeterminación de toda una serie de reglas y conceptos sin los que, por otro lado y como el propio derecho positivo demuestra, resulta imposible abordar esta materia.

Presunción de intimidad en el político y tipo de presunciones en democracia¹²⁶

El político está seriamente expuesto a ver lesionados sus derechos de la personalidad. En esta línea, García San Miguel puntualiza que, a buen seguro, necesitará mayor protección de su intimidad que cualquier otro ciudadano del que nadie se ocupa, pues, además, la agresión a su honor y vida privada es siempre mucho más dañina que la dirigida al ciudadano anónimo, ya que puede destruir su carrera política, como le sucedió a Gary Hart. No obstante, aun sin aceptar este extremo o, incluso, defendiendo que el daño que se le causa es

126 Ibidem. pp. 133 a 156.

menor, la agresión será siempre ilegítima, pues el hecho es independiente del daño real que se origina. En este sentido puede decirse que cuando el honor o la vida privada de cualquier persona se ven agredidos, debe siempre presumirse *iuris et de iure* el daño. De esta manera, se concluye que ante cualquier insulto debe presuponerse un daño emocional.

El político suele tener problemas para mantener relaciones privadas y familiares dotadas de confianza y confidencialidad, ya que tiene *dificultad para encontrar estados de anonimato y necesita buscar la "soledad" para tomar decisiones relevantes*. Efectivamente, cuanto menos conocido es un hombre más desapercibido pasa; su vida es más anónima, incluso, cuando se presenta en lugares o actos realizados ante el público. Entre la masa, el individuo busca no ser identificado ni vigilado. Allí, al igual que en espacios privados, busca el relax y una libertad de acción sin el temor de ser observado.

Pero si la popularidad reduce al político su capacidad de anonimato entre la masa, no es menos cierto que, cuantas mayores responsabilidades tiene, más grande es su soledad, la cual Westin definiera como familiar diálogo con la propia conciencia o el lugar donde el hombre se encuentra consigo mismo. Se habla así de la soledad de presidente; y es cierta, pues, de un lado, se asume que su prudencia debe ser tan grande que muchas decisiones ha de tomarlas solo o casi solo; de otro, el hecho de estar rodeado de tantas personas hace que se sienta sin vida privada y, cuando la tiene, con facilidad se entremezclan sus relaciones personales y familiares con la públicas y políticas (¡curiosa paradoja!)

En consecuencia, la revelación de datos privados puede actuar más como un elemento distorsionador, ya que, de un lado no es anormal que una persona cambie de ideas u opiniones; de otro, se presume que lo que una persona hace en un dominio es funcionalmente irrelevante respecto a lo que hace en otro o, al menos, como indica García San Miguel, no parece muy clara la relación entre los vicios privados y las virtudes públicas y viceversa. Aunque la mentira, la ficción

y el egoísmo envuelvan la vida política, no puede presumirse que éstos serán los componentes de la vida familiar del político; de igual manera, la infidelidad del político en su vida privada no necesariamente tendrá que traducirse en un comportamiento similar en su vida pública. Por eso, este mismo autor aconsejará que la entrada en la vida privada del político se haga con prudencia, sin considerar que cualquier cosa que ocurra en un terreno habrá de repercutir necesariamente en el otro y concediéndole, en suma, la presunción de intimidad.

Desde este razonamiento se sugiere que, al defenderse un ámbito de honor y vida privada más restringido para el político, inexorablemente se deja la puerta abierta a un paulatino y constante descrédito de quien se dedica a la política y, por añadidura, de los partidos e instituciones en las que participa. Es más, dado que la democracia tiene en la corrupción y la partidocracia dos de sus grandes problemas, las indebidas generalizaciones y el alegre tratamiento informativo de las irregularidades en la gestión de lo público y de la vida privada de los partidos puede poner en peligro el propio sistema político, en la medida que atiza en los ciudadanos un sentimiento antiparlamentarista y antiplenista, causando un desprecio o desconsideración generalizada para sus dirigentes.

En resumen, es dudosa la prevalencia de la libertad de información sobre honor del político, ya que la defensa de aquel derecho no puede ser equiparable al derecho a la protección de la democracia, sin la cual no existiría derecho a la información, al ser éste un consecuente y coadyuvante de la misma.

En democracia, no tienen sentido los cargos electos si no hay libertad de expresión; como no se entiende que alguien se dedique a la política si potencialmente no puede ser gobernante; en democracia, los cargos públicos, electos, representativos o los gobernantes tampoco tienen sentido al margen del reconocimiento de la soberanía popular. Si en la representatividad política podemos encontrar un argumento con el cual defender unos límites más estrechos del honor y la vida privada del político, *a fortiori* cuando es gobernante, pues el individuo debe

ser capaz de juzgar los resultados generales de la política del Gobierno; debe saber qué es lo que puede conocer y lo que no. El debe tener sus ojos abiertos; debe conocer y evaluar los antecedentes de los políticos; debe poder expresar una opinión acorde con la evidencia.

Por todo lo anterior, creemos que, como mínimo, sería aconsejable legitimar la exposición de la imagen del político o la información sobre algún elemento de su vida privada intrascendente, desde el punto de vista del interés público, si le resulta algún beneficio personal.

Una de las cosas que diferencia la actividad política de la que cualquier ciudadano desempeña al servicio de los demás es que todo el mundo se aventura a censurarlo. Cuando se dice que nadie osa opinar sobre medicina o enjuiciar a un médico, pero que todos disciernen sobre los asuntos públicos y critican a quienes los protagonizan, en el fondo, se está definiendo la dimensión política del hombre, así como fundamentando por qué el político tiene una mayor exposición pública y riesgo de sufrir agresiones justificadas, es decir, producidas por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, que no es otro sino el comprendido por la facultad de divulgar opiniones o informaciones de interés general derivadas, entre otras cosas, de un minucioso y detallado escrutinio de todo lo que rodea su trabajo.

El juego de presunciones del que partimos es el siguiente:¹²⁷

- 1) *Las conductas del pasado* no son de interés público, *salvo que* sean sobre su ideología política o, en general, el sujeto las traiga del pasado al presente a través de una autobiografía o recordatorio de algunos hechos. Asimismo, y con matices, a menos que versen sobre hechos de carácter delictivo.
- 2) Una conducta privada es de interés público si *revela hechos personales y embarazosos* que, de forma evidente y trascendental, tengan que ver con la *fijación de su carácter* político.

127 Ibidem. p. 174, 175.

- 3) Se entiende de interés público toda información relacionada con la *infracción de deberes políticos, sociales o de convivencia del candidato*.
- 4) Resultan de interés público las conductas privadas que pongan de manifiesto una evidente *contradicción con las opiniones o ideas que públicamente ha expresado*, pues, como se señala en *Braddock & Others v. Bevins & Others*, no puede considerarse un abuso poner en entredicho su sinceridad política o su integridad.
- 5) Son de interés público las conductas privadas que constituyan una evidente *contradicción con sus decisiones políticas*. Aquí no cabe disculpa del vicio democrático de la partidocracia, ya que las decisiones del político, bien sean como gobernante o como cargo electo, son más trascendentes que las opiniones o ideas.

Como se aprecia, dentro de los componentes del derecho de la personalidad destaca en primer término la dignidad, la vida privada y la intimidad (con sus diversas acepciones y deslindes conceptuales), el honor y la propia imagen.

De igual manera las relaciones de los derechos de personalidad con la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información cobran especial relevancia en la consolidación de las democracias incipientes, más aún cuando es en la jurisprudencia y no en la legislación en donde se debate sobre los alcances y límites de estos derechos para su convivencia armónica, teniendo como eje central el elemento que permite ponderarlos: la figura pública.

Capítulo 4

Protección y tipos de responsabilidad en el ejercicio de derechos

En el presente capítulo entraremos a una parte fundamental que hace efectivos los derechos: las consecuencias por su incumplimiento o uso abusivo de los mismos.

Protección de la persona humana¹²⁸

Referirse a la protección de la persona humana supone, como cuestión previa, determinar qué tipo de ente es ella, considerada en sí misma, *per se*. Es decir, indagar por la naturaleza misma del ser sometido a *protección jurídica*. La necesaria aproximación a la calidad ontológica del bien tutelar nos permitirá precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptible de utilizar para lograr este primordial objetivo. Partimos de la comprobación que estamos situados frente a un ser que es el *sujeto* del derecho. Es decir, de un ente que, al mismo tiempo, es su creador y su protagonista. Es, por ello, el eje y el centro del derecho.

Se debe, sin duda, a la filosofía de la existencia, que sitúa al ser humano en el centro de su reflexión, al haber puesto la atención sobre sus caracteres estructurales, sobre su calidad ontológica. Desde Boecio, al hombre se le definía generalmente, exclusiva o preponderantemente, como un ser racional, inteligente. La filosofía

128 Adorno y otros. Ob. Cit. pp. 21, 22.

de la existencia, desde distintas vertientes, de Heidegger a Jaspers, coloca el acento, fundamentalmente, en la libertad y la comunicación.

Al ser humano se le muestra como un ser libre, aunque tal libertad no sea absoluta sino condicionada, tanto por acción del mundo interior de la persona como por el mundo exterior donde el hombre despliega su existencia, donde están los *otros* y las *cosas* que configuran, como decía Ortega y Gasset, su *circunstancia*. Este fatal determinismo que gravita sobre la persona, pese a que constriñe, limita y restringe, no logra, sin embargo, aniquilar la libertad. Solo la arrincona, a veces de modo impresionante. Pero nunca la niega. Para lograr este propósito, habría que acabar con la existencia misma del ser humano.

Posturas respecto a la protección de las personas ¹²⁹

El fundamento de la tutela jurídica radica, entonces, en el reconocimiento de la calidad ontológica de la persona, en su mismidad axiológica, portadora y dadora de sentido, lo que a su vez determina la unidad del ordenamiento jurídico.

a. *La posición pluralista o atomista en cuanto a la protección de la persona.* El derecho, dentro de su naturaleza tridimensional, es primariamente -pero no únicamente- vida humana interferida, conductas humanas intersubjetivas, no tiene otra alternativa que ser fiel a la realidad. Ella nos muestra, tal como se ha señalado anteriormente, al ser humano como una unidad ontológica, como una unidad psicosomática. Esta realidad obliga, inexorablemente, a que los juristas tiendan a la adopción de una técnica integral y unitaria de protección a la persona humana.

La teoría pluralista reduce la protección de la persona humana solo a aquellos aspectos de su personalidad considerados como contenido específico de los derechos subjetivos alojados en cada ordenamiento jurídico nacional. La tutela del ser humano se contrae,

129 Ibidem. pp. 29 a 37.

en consecuencia, solo a aquellas *maneras de ser* tipificadas en los derechos subjetivos vigentes en cada ordenamiento, quedando la persona humana desprotegida en los demás aspectos no contemplados específicamente a nivel normativo.

- b. *La concepción monista*. Frente a la tesis pluralista se alza, en tiempos recientes, una concepción divergente como es aquella que se ha dado en llamar *monista*. Los sostenedores de esta posición, en actitud diametralmente contraria a la propugnada por los que se adhieren a la teoría atomista, plantean, para superar los problemas antes enunciados, la existencia de un único derecho de la personalidad.

Para los propugnadores del monismo, el reducir a un único derecho todos aquellos concebidos por la tesis pluralista, evita la desvinculación entre los diversos derechos subjetivos que protegen aspectos parciales o maneras de ser de la persona. Supone una solución que permite la protección integral del sujeto, cualquiera que sea el derecho o interés lesionado.

Teorías de protección de las personas¹³⁰

La asunción, a nivel constitucional, de cláusulas generales que protegen a la persona con la máxima amplitud jurídica posible y deseable, viene a superar, asimismo, una antigua polémica entre los juristas. Nos referimos aquella que hace alusión al hecho de si las normas constitucionales son también aplicables a las relaciones jurídicas entre los sujetos que actúan, de modo predominante, en el ámbito del derecho privado.

No cabe restringir la tutela de la persona a la reparación del daño una vez que éste se haya producido. Es decir, no es posible tutelar negativamente al ser humano. Por el contrario, en la actualidad se subraya que la protección de la persona humana tiene, eminentemente,

130 Ibidem. pp. 39 a 54.

un sentido positivo. Ello supone procurar jurídicamente al sujeto las mejores condiciones para el pleno y libre desarrollo de su personalidad, removiendo los obstáculos que entorpezcan la consecución de esta finalidad. Pero esta tutela positiva es también, prioritariamente, de orden preventivo.

Con el propósito de anticiparse a las probables agresiones que se puedan cometer contra la persona se incluye, en los más recientes ordenamientos jurídicos, acciones de carácter preventivo. Éstas son la acción de amparo, a nivel constitucional, y la acción inhibitoria, dentro del área del derecho civil. Ambas acciones están destinadas a evitar la consumación de una inminente amenaza contra la persona, capaz de causar un daño o, en caso de haberse producido el evento dañoso, obtener su inmediata cesación para impedir la continuación e incremento del daño. Estas acciones, que no son de naturaleza represiva, sino preventiva, brindan al sujeto una relativa seguridad jurídica.

Los daños subjetivos son los que atentan contra el sujeto de derecho, es decir, contra el ser humano en cualquier etapa de su desarrollo existencial. Es decir, desde la concepción hasta la muerte. Antes de nacer o después de nacido. Cierta jurisprudencia acoge, por lo demás, las demandas dirigidas a obtener la reparación de los daños causados por el hecho de la procreación de parte de progenitores que, por razones de salud, conciben hijos con taras físicas o psíquicas. La reparación del daño subjetivo, por la calidad ontológica del bien afectado, es el que debe concentrar la mayor y preferente atención jurídica.

El daño a la persona, características¹³¹

Es irrelevante, para los efectos de la reparación o prevención del daño a la persona, el que éste tenga un origen contractual o extracontractual. En realidad, es atendible la corriente de pensamiento tendiente a

131 Ibidem. pp. 46, 47 y 51.

superar esta distinción. Los daños objetivos son los que inciden sobre los objetos, sobre las cosas, que se encuentran en el mundo exterior del sujeto, en su *circunstancia*. Objetos que, como se ha mencionado, no comparten la misma calidad ontológica del sujeto.

La gradual superación de una concepción del derecho privado de un eminente carácter individualista, de predominante raíz patrimonialista, así como los nuevos y enfáticos principios constitucionales a los que nos hemos referido, nos permiten advertir una creciente tendencia a privilegiar la reparación de estos daños subjetivos frente a los prevalentemente de orden patrimonial.

Esta reciente tendencia subraya la necesidad de reparar el daño irrogado al sujeto en lo que él significa, en sí mismo, sin necesidad de recurrir a medidas o patrones de un orden patrimonial. La persona humana es un valor *per se*, el bien supremo del derecho, por lo que cualquier daño que se cometa contra ella se debe valorizar con independencia de las consecuencias de orden patrimonial que se pudieran presentar simultáneamente.

La era industrial y la posindustrial, con el sorprendente y acelerado progreso científico y tecnológico que ellas conllevan, producen un paradójal y contradictorio efecto al cual, a menudo, se alude en tiempos recientes. Y es que si bien, de una parte, este admirable avance en el campo del conocimiento humano conduce a una mejor calidad de vida, de la otra, supone un creciente desarrollo de las situaciones de riesgo en cuanto a la seguridad integral de la persona. Es decir, aumenta potencialmente la posibilidad de causar daño al ser humano.

El daño a la persona incide, en síntesis, en cualquier aspecto del ser humano. Por ello, se le designa también como *daño a la integridad psicosomática*, con lo cual se cubre lo que de naturaleza tiene el hombre. Pero dentro de esta genérica expresión queda fuera la estructura espiritual de la persona, la libertad. Es decir, lo que la hace ser, en definitiva, *idéntica a sí misma*, singular y única, irrepetible y no intercambiable. Nos referimos al ser mismo de la persona.

Todo daño a la persona, cualquiera que se el aspecto del ser humano que se lesione, ya sea que predominantemente afecte la esfera del cuerpo o de la psique, trae como consecuencia inmediata la afectación, en mayor o menor grado e intensidad, de la salud del sujeto agraviado. Se entiende por salud, según la definición formulada por la Organización Mundial de la Salud, "... un estado de completo bienestar psíquico, mental y social."

Daño moral y subjetivo. Derechos de personalidad¹³²

Se hace cada vez más necesaria una decantación conceptual a fin de remarcar la diferencia que existe, a partir de nuestro planteamiento, entre el concepto genérico de *daño a la persona* y la restringida noción de *daño moral*. Cabe reiterar, frente a una tradición secular, que es conveniente precisar que el daño moral es solo uno de los tantos componentes del amplio espectro de lesiones que se comprenden bajo el genérico concepto de *daño a la persona*. Como lo hemos bosquejado, el daño moral supone una lesión a la esfera sentimental del sujeto. El daño moral, como con precisión lo sostiene Bargagna, está representado por "...los estados de ánimo, del sufrimiento psíquico inducido a la víctima, con frecuencia transitoriamente, por la ofensa recibida y por sus consecuencias."

El daño moral produce pena, dolor, sufrimiento y, como con acierto se ha indicado es, con frecuencia, transitorio, por lo que cabe que este estado de ánimo se mitigue o desaparezca con el tiempo.

De lo dicho es dable precisar que existen, al menos, dos capitales distinciones entre el concepto de daño subjetivo o daño a la persona, de una parte, y de daño moral, de la otra. La primera de ellas consiste en que el daño moral significa la lesión a uno de los múltiples aspectos o facetas de la personalidad, por lo que, de suyo, se integra dentro del más amplio, genérico y comprensivo concepto de daño subjetivo o daño a la persona.

132 Ibidem. pp. 57 a 66.

La segunda diferencia se plantea en relación, específicamente, con el daño al proyecto de vida. Ella se refiere, entre otras circunstancias, a las diversas consecuencias que muestran, cada uno de tales daños, en el tiempo. Mientras que el daño moral es, frecuentemente, de carácter transitorio en tanto tiende a desaparecer o amortiguarse con el correr del tiempo, transformándose a menudo en el transcurso de toda su vida. La frustración de un proyecto de vida, con frecuencia, no es superable porque compromete, como se ha subrayado, el sentido mismo de la existencia, la razón de ser de una vida humana. La frustración del proyecto existencial comporta, por ello, un permanente estado de frustración. Y, a nadie escapan los tremendos efectos que puede ocasionar esta raigal situación para el afectado.

El daño subjetivo o daño a la persona tiene, a menudo, una consecuencia de carácter no patrimonial, es decir, no apreciable en dinero. La tradicional despreocupación del derecho por el tratamiento de este tipo de daño no ha permitido que se desarrollen hasta la fecha, plenamente, criterios y mecanismos apropiados para su justa y adecuada reparación. Es por ello que todavía se presentan algunos problemas y ciertas vacilaciones, lo que exige una urgente solución. Ella se centra, principalmente, en lo que concierne a la valoración y liquidación del daño a la persona que no genera consecuencias económicamente apreciables.

Una concepción personalista del derecho, que reivindica el valor de la persona humana como centro y eje del derecho, parte del supuesto de que cualquier daño que se le cause, tenga o no consecuencias patrimoniales, no puede dejar de ser adecuadamente reparado. Para ello, simplemente se debe tener en cuenta su naturaleza de *ser humano*. Esta reparación, como se ha expresado, se fundamenta, siempre y en cualquier caso, en la propia dignidad de la persona.

Fases históricas de la responsabilidad ¹³³

El hombre, sujeto de derechos, es también sujeto de deberes. Cuando actúa fuera del marco jurídico establecido mediante una conducta desviada, querida o no, debe responder de sus actos, siempre que goce de la capacidad que el Derecho exige, lo que permite atribuirle la imputabilidad de su acción u omisión.

Las fases históricas de la responsabilidad fueron trazadas por Schupfer en un estudio sobre *El débito y la responsabilidad*:

1. En la *primera fase, la responsabilidad nace exclusivamente de delito*. Es tesis comúnmente admitida que el delito fue en las sociedades primitivas la única fuente de obligación y de responsabilidad.
2. En la *segunda fase, la responsabilidad nace de la garantía añadida al débito, mediante un acto especial*. Como no pueden fácilmente concebirse relaciones jurídicas medianamente seguras sin que el deudo que ha prometido sea obligado necesaria y coactivamente a pagar, ya en la antigüedad se solía añadir una especial garantía al débito, creando así una responsabilidad que el débito por sí solo no podía dar.
3. En una *tercera fase, la responsabilidad nace directamente del débito*. Fue muy tarde, en medio de otras condiciones sociales, cuando la responsabilidad se ligó directamente al débito. ¿Cómo se realizó la transformación? Es un fenómeno general -Koschaker lo encontró en el Derecho babilónico; Partsch, en el Derecho griego, y Mitteis en el de Roma- la sustitución de la garantía de terceros por la asumida por el propio deudor.

La importancia de la actividad informativa y trascendencia social que el proceso informativo comporta hace especialmente sensible en este campo la necesidad, como elemento inseparable e imprescindible,

133 Escobar de la Serna, L. Ob. Cit. pp. 299 a 301.

de la responsabilidad. El derecho a la información, como requisito fundamental de la libertad del ser humano, requiere la contrapartida obligada de su conducta responsable.

En este sentido, Carlos Soria subraya que todo sistema de responsabilidad en materia de prensa responde a tres cuestiones básicas. Se plantea, en primer término, el problema del contenido de la responsabilidad, es decir, en qué supuestos puede y debe exigirse; en segundo lugar, hay que decidir sobre la persona o personas que han de asumir la responsabilidad; finalmente el sistema jurídico debe establecer ante qué instancias y con qué procedimientos se sustancian las responsabilidades contraídas.

Dentro de la moderna reelaboración del problema de la responsabilidad civil -producida por virtud de las profundas transformaciones sociales y culturales que se derivaron del desarrollo tecnológico, con un notable incremento de hechos dañosos- la óptica del fenómeno se trasladó de la estructura del *acto ilícito* (centrado sobre la figura del comportamiento del sujeto lesionado) a la estructuras del *evento lesivo* (identificado con el sujeto lesionado). La responsabilidad civil se redefinió como una *reacción contra el daño injusto*. Ante la imposibilidad de la eliminación del daño, el problema se presenta como una *transferencia* de un sujeto (la víctima) a otro (el responsable).¹³⁴

En ese orden, el daño sufrido pasó a constituirse en el fundamento y el lógico *prius* de la responsabilidad civil y consecuentemente, la reacción adecuada a él, se erigió en la temática actual de la responsabilidad civil en uno de los problemas más graves a resolver.

El nuevo horizonte del derecho de daños está constituido precisamente por un sistema que se configura a partir del detrimento sufrido *injustamente*, y con *independencia* de la ilicitud de la conducta que lo ocasiona.

¹³⁴ Federico de Lorenzo, Miguel. *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot. Argentina. 1996. pp. 17 a 24.

De tal forma, la doctrina que ciñe las hipótesis de responsabilidad a la noción de ilicitud enfrenta serias e insalvables dificultades a la hora de explicar el fenómeno de la antijuridicidad en los casos de atribución objetiva de resarcimiento.

Responsabilidad e ilicitud¹³⁵

De lo expuesto surge la conveniencia de una reelaboración del fenómeno resarcitorio *a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud*, centrando, por el contrario, toda la teoría del responder sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al permanente problema del daño sufrido. A tales fines, se proyecta como una posible superación del esquema cuyo abandono se propone *la transferencia* del menoscabo a partir de su categorización como *daño injusto*.

Uno de los problemas más delicados y difíciles que se le presenta al derecho privado contemporáneo consiste en determinar cuáles son los daños injustos y cómo debe operarse su distribución -de una manera justa y equitativa- entre los sujetos que intervinieron en la producción del hecho dañoso.

En líneas generales, con el objeto de estructurar un sistema para categorizar el daño injusto, los ordenamientos jurídicos modernos se han ceñido a tres modelos, en apariencias, bien diferenciados, a saber:

- a) el de las figuras ilícitas típicas;
- b) el sistema elaborado sobre la base de una cláusula general; y,
- c) un método ecléctico, que configura el sistema de los ilícitos sobre la base de un *mixting* entre un elenco de figuras categorizadas, explícita o implícitamente en diversas normas, y una cláusula general de atribución de responsabilidad.

135 Ibidem. pp. 27 a 32.

Principio de responsabilidad¹³⁶

El principio general podría correctamente replantearse en estos términos: *toda persona debe abstenerse de todo acto que pueda producir daño a otro, salvo que el comportamiento mismo sea justificado. O de la siguiente manera: en principio todo daño sufrido es injusto salvo que haya sido justificado por un interés preponderante con relación al lesionado.*

Esta proposición implica restituir, dentro del marco de nuestro ordenamiento, al deber fundamental del *alterum non laedere* todo su contenido tuitivo y axiológico, desvinculándolo de específicas previsiones de ilicitud, al punto de controvertirlo, precisamente por ello, en un invalorable instrumento de protección a todo interés *digno* de tutela.

Los fallos que se suscitan sobre el tema ponen de manifiesto -en una tendencia que puede considerársela universal- que los criterios de valoración del conflicto tienden a nuclearse en torno a dos tendencias bien definidas, a saber: por un lado una línea de clara inspiración publicista, que propende a privilegiar la libertad de prensa, al limite de anteponerla -en la pugna- a cualquier derecho personalísimo; del otro, una dirección civilística que centra su visión del conflicto en el derecho de informar. Ambas tendencias acuden, en sustento de su postura, al empleo de los más variados tecnicismos jurídicos. De tal suerte jerarquización de derechos, factores de atribución de responsabilidad, causales de eximentes, variaciones del elemento subjetivo, y hasta precedentes jurisprudenciales foráneos convergen a un planteamiento esquivo del núcleo del problema: la ardua y dificultosa tarea que se presenta en la determinación del interés preponderante en un conflicto del que participan dos valores homogéneos y de igual rango constitucional.

En ese orden, el fracaso evidente de la tentativa de resolver el problema del *ilícito* a través de fórmulas fijas y preconcebidas tales como

136 Ibidem. pp. 77 a 83.

“conducta contraria al orden jurídico aprehendido en su totalidad”, ha llevado a una autoridad doctrina a confirmar el problema de la antijuridicidad a un *quid* solo dilucidable frente al caso concreto.

Ahora bien, dejando de lado las hipótesis en las cuales la contraposición de exigencias es resuelta por el legislador -a través de la estimativa jurídica- en una fase previa de la elaboración normativa, la vía para la categorización del daño injusto consiste en la determinación de un disvalor del resultado a partir de una adecuada *valoración comparativa de los intereses contrapuestos*.

Evolución de la responsabilidad civil¹³⁷

Una visión histórica del fenómeno jurídico de la responsabilidad civil nos remonta al origen mismo del derecho, es decir, a las primeras manifestaciones de la actividad humana reguladas normativamente. En las primitivas comunidades, todo daño causado a la persona o bienes de otro despertaba en la víctima el instinto de la venganza. El hombre respondía a un instinto natural de devolver el mal por el mal que había sufrido.

El dolor gobierna soberanamente el sentimiento jurídico del hombre primitivo. La injusticia es apreciada no según su causa, sino según su efecto; no según las circunstancias relativas a la persona del autor sino desde el ángulo de la víctima. La piedra lo ha golpeado, él siente el dolor y el dolor lo empuja a la venganza. Cuando la pasión es excitada no importa mucho que sea la intención o la negligencia, o aun el azar que haya conducido la mano que ha causado el mal. La pasión impone la expiación aun del inocente.

Bajo el imperio de la pasión, son dos las notas que destacan la conducta de la víctima frente al autor del hecho lesivo en aquellos primitivos tiempos. Por una parte, la pasión dominante hace perder de vista la culpabilidad. Por otra, interesa más el castigo del ofensor para satisfacer

137 Bustamante Alsina, J. Ob. Cit. pp. 27 a 36.

el espíritu vengativo de la víctima, que perseguirlo para obtener la reparación del daño sufrido por ella.

Puede decirse que en esta época la cuestión de los daños y la necesidad de su resarcimiento se hallan al margen del Derecho. El ataque a la persona y a los bienes no constituye en sí mismo el agravio sino que, a través del daño material, se quebranta el sentimiento de autoconservación y la propia estima de la víctima, comprometiéndose la solidaridad del grupo al que ésta pertenece. Es el imperio de la fuerza. A la violencia se opone la violencia. El mal se paga con el mal. Por el daño recibido se causa un daño semejante. Es la Ley del Talión: “ojo por ojo y diente por diente.”

Es éste el periodo de la venganza privada, la forma más imperfecta y más antigua de represión de la injusticia.

De la venganza a la composición. En una época posterior la pasión humana se modera; la reflexión prima sobre el instinto salvaje y la víctima del daño que tiene el derecho de venganza también puede perdonar mediante la entrega, por parte del ofensor, de una suma de dinero libremente consentida. Es ya la época de la composición voluntaria, del rescate, de la pena privada.

Cuando las organizaciones políticas se consolidan y la autoridad se afirma se ve la necesidad de institucionalizar el sistema de las composiciones, haciéndolas obligatorias para asegurar la tranquilidad pública. Este es el periodo de la composición legal y del delito privado. El Estado fija para cada delito una cierta suma de dinero que el ofendido debe aceptar y el ofensor está obligado a pagar.

La represión del delito y la reparación de los daños. Finalmente, el Estado no únicamente va a fijar las composiciones sino que ya está interesado no solamente en la represión de las infracciones dirigidas contra él, sino también en aquellas dirigidas contra los particulares, pero que no por ello representan menos una alteración de la tranquilidad pública.

Cuando el Estado es bastante fuerte suprime la composición como ha suprimido la venganza: procede por sí mismo a la represión, erige los delitos privados en delitos públicos. Es lo que hacen los Estados modernos.

Desde el día en que el Estado asume la función de aplicar las sanciones represivas castigando a los culpables, se produce una notable transformación del concepto de responsabilidad. Desde ese momento esta noción se desdobla; por un lado, la responsabilidad penal que persigue al castigar al infractor y por otro el de resarcir a la víctima del daño sufrido.

El papel de la víctima que se ha transformado, la víctima pide solo una indemnización, ya no es cuestión de venganza sino de reparación.

Las etapas del proceso brevemente expuestas se hallan bien demarcadas en Roma, donde se advierte la evolución desde la venganza privada, pasando por la pena privada de las composiciones, primero voluntaria y después obligatoria, hasta llegar, en la época de Justiniano, a la distinción entre las acciones puramente penales y las acciones reipersecutorias por daños y perjuicios.

La Ley de las Doce Tablas de Roma dictada el año 305 nos muestra la transición de la composición voluntaria a la composición legal.

Readvierte que en los casos más graves, donde la ofensa tiene características de excepción, la víctima puede todavía satisfacer su venganza y no está compelida por la ley a aceptar la composición que esta última fija.

La suma (*poena*) que constituye la composición legal sigue siendo en la Ley de la Doce Tablas el precio de la venganza; es una pena privada.

Dentro de los delitos privados que sancionaba la Ley de las Doce Tablas se hallaban, junto a la injuria y al robo (*furtum*), algunos otros que no

entraban en la noción de injuria porque eran delitos contra los bienes y ésta constituía un ataque a la persona; pero tampoco entraban en la noción de *furtum* porque no comportaban propósito alguno de lucro en sus autores.

La palabra *iniuria* se convirtió en sinónima de culpa. La existencia de una culpa en derecho clásico resulta de las circunstancias objetivas que rodean al daño, más que del estado de espíritu de su autor.

No obstante la ampliación pretoriana de los alcances de la Ley Aquilia, los romanos no formularon nunca una regla general de responsabilidad y por ello subsistían casos excepcionales en que ciertos hechos dañosos no daban derecho a ninguna acción, con tal, sin embargo, de que no hubiese habido una intención fraudulenta de parte del autor del daño.

La idea de culpa, dice Ihering, que es la base de la distinción entre la injusticia objetiva y la injusticia subjetiva, se encuentra en todas partes, significando con ello el ilustre jurisconsulto alemán que no se puede concebir en el derecho romano clásico una responsabilidad sin culpa. Es así que se puede decir que no hay relación jurídica que no esté afectada por esta idea, es decir, en la cual la presencia o la ausencia de culpa no comporte una diferencia de responsabilidad. Este autor concluye afirmando que “la noción de culpa es la medida general de la responsabilidad en el derecho romano privado en la época de su desarrollo.”

Posteriormente a la época clásica, la teoría de la culpa se modifica sustancialmente y la responsabilidad de los deudores no se considera de la misma manera que en el siglo III.¹³⁸

El derecho bizantino, en lugar de examinar simplemente la relación que une el daño a la actividad del deudor, se aplica a un examen de

138 Ibidem. pp. 44 a 56.

la conducta del deudor, comparándola sea a la de un buen administrador, sea a su manera habitual de actuar; establece así grados en la culpa y admite que, según los casos, el deudor será responsable de su culpa grave, de su culpa leve considerada de una manera abstracta o concreta, o aun de su culpa levísima.

Demogue dice que en la segunda mitad del siglo XII se puso en claro la separación de la reparación y de la pena. En el mediodía la Costumbre de la Isla Jourdain (condado de Toulouse) condena al homicida o al que haya golpeado, a una pena corporal o a una multa y además a *restituere damnum*. También se cita la Costumbre de Thegis, en Quercy, de 1266, que declara que en los casos en que corresponda confiscación de bienes se comienza por reparar el daño.

Tratándose de los delitos privados, la acción reconocida a la víctima conservaba en muchos casos carácter penal, particularmente en aquellos hechos que por atacar a la persona y atentar contra el honor concitaban el espíritu de venganza. Esa acción era la reparación civil, que se distinguía netamente de la acción por indemnización de daños y perjuicios. La primera era de carácter penal y correspondía al precio de la sangre persiguiendo el castigo del ofensor. La segunda no tenía ya carácter penal, tenía el mismo sentido y alcance que la acción reparatoria en Roma hacia la época de Justiniano.

El antiguo derecho francés llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa. Así lo dicen Domat y Pothier, y el Código Civil francés no ha hecho más que recoger esa tradición.

Es así que Domat, que inspiró a los redactores del Código Napoleón los artículos 1382 y 1383, estableció el siguiente principio: "Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares y del compromiso general de no causar mal a nadie, que aquellos que ocasionen algún daño, sea por haber contravenido algún

deber o por haber faltado al mismo, están obligados a reparar el mal que han hecho.”

Los redactores del Código Civil francés siguieron el cauce del antiguo derecho. Fue así que quedó definitivamente establecida la distinción entre pena (sanción represiva) y reparación civil del daño (sanción resarcitoria). También fue principio incontrovertido que todo daño debe ser reparado por aquel por cuya culpa fue ocasionado.

La teoría del riesgo ha sido severamente criticada por diversos autores. Mazeaud y Tunc señalan que la concepción materialista del derecho es inexacta de raíz. El derecho no puede pretender regir simples relaciones entre patrimonios, no puede eliminar a la persona, con su alma y con su voluntad; al contrario, no está hecho sino para ella, se ha dicho: “La teoría de la culpa es lógica para el espíritu, satisfactoria para la equidad; por sí sola afirma en una sociedad la necesidad de un idealismo, siempre con vida.”

Por su parte, Planiol atacó rudamente el sistema expresando que si se suprime la apreciación de las culpas en las relaciones humanas, se destruiría toda justicia. Casi la totalidad de la doctrina francesa, con exclusión de los ya nombrados paladines de la tesis (Saleilles y Josserand) y apartando también a Demogue y Savatier, se han manifestado contra la teoría objetiva. Ripert, refiriéndose a la teoría del riesgo, dice que la fórmula no es inexacta, sino la idea sobre la que ella reposa; no es porque lo ha causado el riesgo que debe reparación el autor del daño, sino porque lo ha causado injustamente, lo que no quiere decir contrariamente al derecho, sino contrariamente a la justicia. La responsabilidad civil no es sino la determinación y la sanción de la responsabilidad moral.

Las nuevas fronteras que se abran a la responsabilidad en el presente y en el futuro alejan cada vez más este sistema de aquella estructura simple y rudimentaria del acto ilícito, que desde la época romana hasta principios de este siglo conformó la llamada responsabilidad

aquiliana. La responsabilidad subjetiva, fundada en la culpa del responsable, ha ido cediendo lugar a una responsabilidad objetiva sin fundamento en la conducta reprochable, pero atribuyendo responsabilidad por el riesgo del obrar o por el peligro de ciertas cosas que, cada vez con más frecuencia, el hombre emplea en su actividad, llevado por el progreso científico y tecnológico.¹³⁹

Si bien la preocupación del jurista se orienta hoy a la reparación del daño mediante la sanción resarcitoria, que vuelve las cosas al estado anterior reponiendo en el patrimonio de la víctima el valor de los bienes dañados, ello no significa que aquel designio sea el punto de partida de la formulación de una teoría general de la reparación, sustitutiva de la que hasta hoy se denomina teoría general de la responsabilidad civil.

Concepto de acto ilícito¹⁴⁰

Hemos dicho antes que lo ilícito es lo contrario a la ley. El concepto de antijuridicidad es sinónimo de ilicitud, aunque puede entenderse con una mayor comprensión por abarcar no solamente los casos de violación directa de la ley, sino las hipótesis de infracción del deber impuesto por la voluntad de las partes en el contrato.

El acto ilícito consiste en una infracción a la ley que causa daño a otro y que obliga a la reparación a quien resulte responsable en virtud de imputación o atribución legal del perjuicio.

La doctrina francesa unánime no menciona la ilicitud como un elemento diferenciado de la culpa, y así lo señala el propio Orgaz, quien agrega que aun Messineo define el acto ilícito con los únicos elementos de la culpa y el daño, como habría correspondido, a su juicio, según el artículo 1351 del Código de 1865 (derogado), igual al francés.

¹³⁹ Ibidem. p. 101.

¹⁴⁰ Ibidem. pp. 109 a 113.

Actos ilícitos propiamente dichos y actos ilícitos potenciales. Hay actos cuya ilicitud se configura porque el hecho en sí mismo es contrario a la ley y causa daño a otro, ya sea porque el agente actúe con culpa, con dolo o ejerciendo antifuncionalmente sus derechos, o porque el uso que de la cosa se hace viola los límites de la normal tolerancia entre vecinos.

En cambio, hay otros en que el daño es el resultado del actuar de una persona dependiente de otra por la que ésta debe garantía, o del empleo de una cosa con riesgo, o de la actuación involuntaria de un sujeto inimputable en las circunstancias fácticas que lo hacen responsable; cualquiera de esos hechos es también ilícito, en el sentido que tales actos constituyen la fuente de la obligación de resarcir el daño.

Pero no son actos ilícitos porque violen la ley, sino porque al conjugarse con otros factores extrínsecos al acto mismo, la ley impone el deber de no dejar sin resarcimiento el daño que se ocasiona. Su ilicitud es potencial.

Nadie está autorizado a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial.¹⁴¹

Si se causa daño no justificado a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al señalado principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento que ha de restablecer el patrimonio a su estado anterior. Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil.

Si en derecho civil hablamos de responsabilidad civil, circunscribimos esta noción al deber que tienen los hombres de

141 Ibidem. pp. 159 a 169.

dar cuenta de sus actos; ellos se traducen en un daño material, o sea susceptible de valor económico; bien entendido que la noción de responsabilidad abarca un sector más amplio en el ámbito de la moral y del derecho.

Con este enfoque no hay responsabilidad civil si no hay daño causado, es decir que no se puede imponer la sanción resarcitoria donde no hay daño que reparar. El daño es entonces un elemento del acto ilícito sin el cual no existe la responsabilidad civil.

La reforma ha recogido expresamente el principio que prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos, consagrado así en la letra de la ley una orientación bien marcada de la jurisprudencia de nuestros tribunales, acorde con la opinión más autorizada de nuestros tratadistas.

Si el titular de un derecho lo ejerce regularmente dentro de las pautas que señala la ley y sin contrariar los fines y límites señalados en la norma citada, y a causa de ello pudiera dañar los derechos de personalidad de una persona, está justificado y no hay responsabilidad para quien lo causó.

El daño, elemento del acto ilícito, es decir, en relación a la responsabilidad civil de que estamos tratando, significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral).

Derechos de personalidad¹⁴²

La vida del hombre es un derecho de la personalidad que el orden jurídico ampara junto con la integridad física, la salud, la libertad, el honor y el secreto de la vida privada.

142 Ibidem. pp. 232 a 234.

Desde el punto de vista del pensamiento lógico, la vida es una categoría esencial o existencial a la cual se subordinan las demás categorías que, como cualidades propias del hombre, lo ubican en el plano ontológico. Puede afirmarse así que la vida es, en el orden de los derechos de la personalidad, el primero, y por ello, el principal entre todos, pues si se suprime la vida, dejan de existir los demás derechos personalísimos que, como atributos o cualidades adjetivas del ser humano, comienzan y terminan con su existencia.

Sin embargo, desde el punto de vista axiológico, todos los derechos de la personalidad son valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción que los bienes que se busca preservar producen a la persona humana, cuya unidad, como ser ético físico, no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos, que son parte *inescindible* de su existencia misma.

Los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen en manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, objetivadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos.

Estos bienes no tienen en sí mismos un valor económico, pues son derechos extrapatrimoniales, pero su violación puede dar lugar a una reparación del daño material o moral que se satisface en una suma de dinero, esto es, en un valor pecuniario.

Nadie puede discutir que la vida humana, así como las aptitudes de la inteligencia y del espíritu, la habilidad técnica y la misma belleza del rostro o del cuerpo representan un valor económico en cuanto son instrumentos de adquisición de ventajas económicas.

La vida es potencialmente una fuente de ingresos económicos y de ventajas patrimoniales susceptibles de formar un capital productivo. En este sentido, puede decirse que la vida tiene un valor económico

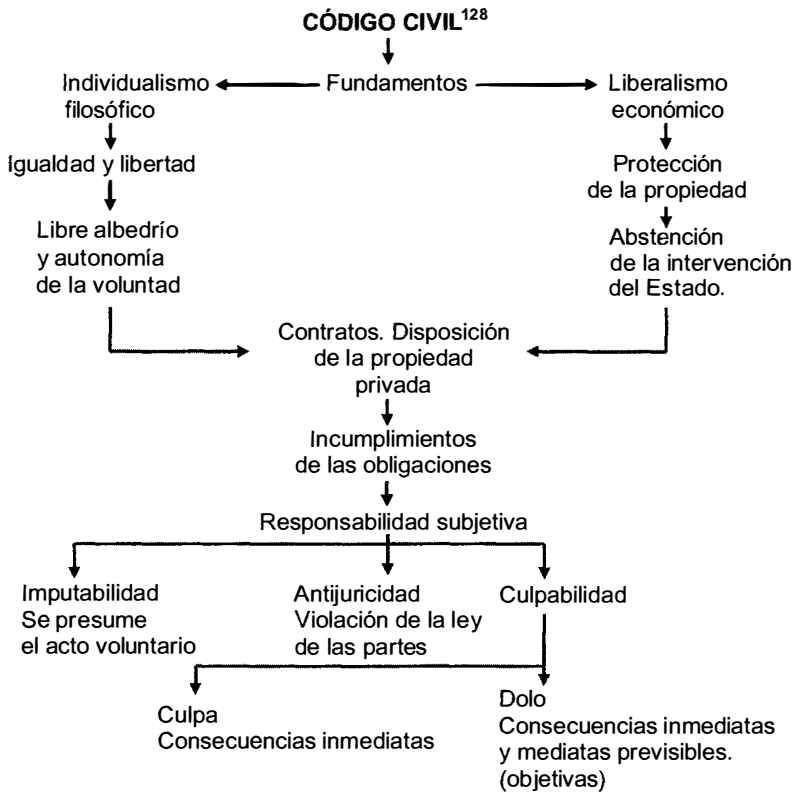
para quien durante su existencia despliega una actividad lucrativa, pero esa vida no está en el comercio para ser vendida, permutada o alquilada; no vale por sí misma, sino por los frutos que la actividad humana produce.

Daño¹⁴³

El derecho de daños y la realidad social nos lleva a:

- a) El derecho -concebido como un sistema de normas destinadas a ordenar la convivencia y a solucionar conflictos- no puede prescindir de la realidad social y de las necesidades de la comunidad. Los cambios sociales suelen resultar determinantes para que se operen importantes mutaciones, que no siempre asumen el mismo grado de vertiginosidad. A veces son lentas, casi imperceptibles; en otras oportunidades, en cambio, presentan un dinamismo más profundo, que acelera abruptamente la transformación del derecho. Sin embargo, como dice Carbonnier, nos equivocáramos "...si acentuáramos demasiado el contraste entre las dos vías de evolución, pues siempre será problemático saber si una mutación - una reforma- que nos parece repentina..., no ha sido preparada por un indivisible y largo proceso de maduración". El derecho, y en particular el derecho de los daños, debe tener capacidad de respuesta frente a tales mutaciones, que han sido una constante a través de la historia.
- b) Para lograr ese cometido, las instituciones jurídicas tienen que experimentar cambios y transformaciones, a veces profundos, que han sido frecuentemente resistidos por sectores dogmáticos, tributarios de ideas racionalistas a ultranza, que pretenden imbuir al derecho de cierta rigidez, haciéndole perder su natural tendencia a la evolución.
- c) Toda regla de derecho tiene "un carácter esencialmente provisional y relativo," de allí su sentido transformista que parece agigantarse en tiempo de cambios profundos.

Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 165, 166.



Idea y prevención del daño¹⁴⁵

La idea de daño como simple menoscabo de un bien -en el más puro sentido naturalístico, diríamos- es inadecuada, dado que esa idea debe enlazarse inexorablemente con un *quid iuris*. Es en ese

144 Para profundizar sobre el tema remítase a: Gherzi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico. Cuantificación Económica*. 2ª. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina. 2002.

145 Bueres, Alberto J. *Derecho de Daños*. Hammurabi. Jose Luis Depalma Editor. Argentina. 2001. pp. 285, 286.

preciso instante cuando aparecen las dificultades para determinar el concepto, pues si bien éste puede captarse con relativa facilidad de forma intuitiva, no ocurre lo mismo a la hora de efectuar las precisiones técnicas.

Se ha dicho que esta teoría es falsa, ya que el deterioro de un bien patrimonial puede ocasionar un daño patrimonial indirecto, más allá de que, a un tiempo, genere daños patrimoniales directos o de que no los genere. Y, a la inversa, lo propio puede suceder con el menoscabo a bienes extrapatrimoniales.

Tampoco parece de recibo la tesis de aquellos que creen que el daño es la lesión a un derecho subjetivo. Por lo pronto, cabe notar que muchas veces se afirma que el daño afecta bienes jurídicos o derechos subjetivos, como si ambas categorías fuesen equivalentes, siendo que no lo son. Esto obedece, tal vez, a que la expresión “derecho” no siempre es utilizada con sentido unívoco. Así, se alude al derecho o al derecho subjetivo de una manera indiscriminada, sin reparar en que el derecho en general es una entidad total (por ejemplo, el derecho de crédito u obligación), mientras que el derecho subjetivo es solo un ingrediente de la estructura interna de aquel derecho en general -en la obligación, el susodicho derecho subjetivo no es otra cosa que el poder del acreedor-.

La prevención del daño. La doctrina contemporánea mayoritaria admite, con diferentes alcances, que la prevención del menoscabo representa una nueva función dentro del amplio espectro del denominado “derecho de daños.”

En el derecho comparado se advierten tendencias doctrinarias decididas a favor de los remedios preventivos, que se presentan *como complemento idóneo y necesario de las vías resarcitorias*. Es evidente que desde el punto de vista de la víctima, la prevención del daño es “... preferible a su reparación...”¹⁴⁶

146 Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 527 a 531.

La tutela preventiva y los derechos personalísimos. Lo expresado asume especial significado en materia de derechos personalísimos, ámbito en el que parece consolidarse una directiva amplia, tendiente a admitir la prevención del daño.

La índole del bien jurídico protegido y *el carácter comprobadamente relativo y generalmente insuficiente* que asume cualquier intento de reparación del menoscabo parecen imponer una conclusión en tal sentido.

Esto ha llevado a que la doctrina proclame la existencia de una acción *inhibitoria*, orientada a impedir que un ataque eventual contra los derechos personalísimos se concrete, y otra de *suspensión*, destinada a hacer cesar los efectos de una acción dañosa con comienzo de ejecución pero aún no agotada.

Las medidas pueden variar según los casos particulares y deben estar acompañadas por vías procesales, inclusive de orden cautelar, que aseguren el efecto buscado en el menor tiempo posible. La protección de los derechos, en este tema, como en tantos otros, está estrechamente ligada al factor tiempo.

Daño general y resarcible¹⁴⁷

Una autorizada doctrina entiende que la tesis que define el daño como lesión a un interés confunde el daño en sentido amplio con el daño resarcible.

El concepto de daño no tiene por qué perder el sentido de unidad según se trate de una especie o de otra. ¿Qué razón hay para hablar de lesión a un interés, en ciertos casos (daño en general), y de modificaciones desfavorables -o disvaliosas- operadas en el patrimonio o en el espíritu, en otros supuestos (daño resarcible)? El daño supone un concepto singular, unitario, sin defecto de que

147 Bueres, Alberto J. Ob. Cit. pp. 292 a 298.

genere distintas consecuencias que se remedien con medidas variadas.

A más de ello, cuando se define el daño en general o en sentido amplio, se alude al interés como ingrediente conceptual, y solo a la hora de definir “el daño resarcible” se echa mano a los efectos o consecuencias. También se afirma que la diferencia entre daño público y el daño privado no radica en la materia violada (el bien atacado), sino en el interés perturbado por la violación. Si el interés comprometido pertenece a la comunidad, por afectar potencial e indistintamente a todos sus componentes, se configura en principio un daño público (que en lo fundamental computa el derecho penal para aplicar castigos). En cambio, si la lesión incide sobre el interés de una o más personas determinadas o determinables o de ciertos grupos cuya esfera jurídica ha sido invadida a resultas del hecho, existe un daño privado. No obstante -se agrega- el daño que interesa civilmente no se satisface con esa discriminación que es solo la plataforma inicial.

El daño resarcible, que interesa civilmente, no apunta a la lesión, a los derechos o al interés, sino a las consecuencias o efectos que ella produce.

No estamos de acuerdo con este temperamento, pues no vemos la razón para captar el daño en general y el daño resarcible -al cabo una especie de aquel- con criterio bifrontal. Por cierto, siempre existirá la violación de unas posibilidades de satisfacer necesidades sociales individuales (o de grupos individuados), protegidas por el Derecho, cuyas lesiones producen unas consecuencias diferentes que también se solucionan con respuestas del ordenamiento diferentes. El interés del daño en general -o la llamada plataforma inicial- constituyen, para nosotros, una base común a cualquier especie de perjuicio.

No nos parece que el daño público no pueda diferenciarse del daño privado si se sigue la posición que defendemos. Prueba de ello es que la propia autora, cuya opinión reproducimos en el párrafo anterior, un poco antes de efectuar dichas afirmaciones admite que el distingo

entre daño público y daño privado no radica en la materia violada (el bien atacado) sino en el *interés* perturbado por la violación.

Cuantificación del daño¹⁴⁸

No todo daño patrimonial se resarce por estricta equivalencia o plena analogía -o según otro vocabulario, “por compensación.”- El llamado “valor de la vida humana” (medición del daño que sufren los herederos) es cierto que se determina sobre la base de algunas pautas concretas: edad, sexo, posición social y laboral, grado de parentesco, etcétera. Pero, a la hora de la verdad, el establecimiento de la indemnización no deja de ser en gran medida estimativo. Lo propio sucede con aquellos daños a cuyo respecto se ha demostrado el *an debeatur* pero no se probó el *quantum debeatur*, no solo por desinterés, sino por imposibilidad procesal -como muchas veces ocurre-. En tales condiciones, el juez fijará una indemnización sobre la base de equidad, la cual tendrá en cuenta elementos objetivos que surjan de la causa, pero que, a la postre, no pasará de ser más que una estimación.

Pero aun en estos casos cuadra distinguir entre el menoscabo al bien, la lesión al interés y el resultado nocivo que se enjuga con un resarcimiento uniforme y no flexible, excepcional, y cuyo justiprecio está en la voluntad anticipada de las partes o en la ley. Algo similar sucedería si no se aceptara -cosa que nosotros no hacemos- la postura de Zannoni o de otros autores, acerca de que en el daño moral tal perjuicio coincide con la actividad dañosa (por ejemplo, la afección a la intangibilidad sexual que experimenta una mujer idiota violada), pues en tal caso el monto básico y uniforme que, supuestamente, se computaría para graduar la reparación, pese a su inflexibilidad, no dejaría de atender a la consecuencia que es contenido del daño (interés).

Es que, verdaderamente, parece que a veces se confunde o se mezcla el bien con el interés (se habla de lesión al bien -o al derecho- o al

148 Ibidem. pp. 299 a 302.

interés, de forma indiferenciada, y como ya hemos visto, se trata de dos realidades diferentes.) Los bienes satisfacen necesidades y los intereses son posibilidades de satisfacción de tales necesidades a través de los bienes.

Concepto y características del daño moral¹⁴⁹

En el daño moral es falso que la lesión a un bien o un derecho de la personalidad genere de suyo un daño moral. La imagen, la intimidad, el honor, etcétera, si bien se tutelan para defender la dignidad humana, lo cierto es que no tienen valor los efectos resarcitorios *per se*. Por ende, el perjuicio moral adviene debido a que esos bienes o derechos de la personalidad satisfacen *necesidades -intereses-* del espíritu, el cual está asentado en otro bien: la integridad psicofísica. El espíritu viene a ser una parcela, nada más que una parcela, de la susodicha integridad psicofísica.

Podría afirmarse que el daño moral sería la lesión a la integridad psicofísica o al derecho de la integridad psicofísica, si se acepta que el espíritu está allí emplazado. Pero este razonamiento, sin defecto de que sería descalificable por su amplitud (el espíritu no es el cuerpo o la psique, aunque esté localizado en la conjunción de ambos componentes, por así llamarlos), lo cierto es que no daría solución al problema, pues si bien hay una comunicación o unos efectos reflejos entre bienes o derechos, la verdadera conexión para determinar si existe o no daño se establece a través de las necesidades (intereses) que proporcionan los bienes al damnificado.

El daño moral es lesión a un interés espiritual provocada por la lesión a otros bienes personalísimos, propios o ajenos, o por lesión a bienes patrimoniales. La afirmación impone este interrogante: ¿puede existir un daño moral por lesión directa al espíritu? (vale decir, sin que esa lesión al espíritu sea secuela de *moscazo* a otros bienes, incluyendo el propio cuerpo-psique del damnificado).

149 Ibidem. pp. 287 a 306.

En otro aspecto, y en lo que hace a lo medular de nuestras críticas, advertimos que muchas veces no es sencillo determinar si existe o no un derecho subjetivo. Asimismo, hay bienes contemplados por el ordenamiento que no proporcionan al titular derechos subjetivos, aunque, no obstante, de esos bienes surgen intereses que tienen una protección objetiva. Finalmente, esta postura dejaría fuera de cuestión, en el perfil del daño, los intereses simples o intereses de hecho lícitos, cuya elevación a la susodicha categoría de daño resulta inatacable (para un sector de la opinión doctrinal, cada día más numeroso y en el cual nos inscribimos) cuando así lo reclaman razones de equidad y de solidaridad social.

Subsisten, entonces, dos posiciones, las cuales -conforme expresáramos antes de ahora- llevan parte de razón si se las emplaza en sus verdaderos sitios y se precisan sus verdaderos alcances. Una de ellas apunta al daño como lesión a un *interés*, mientras que la otra define el daño por sus *trascendidos, por las repercusiones o resultados* que la acción genera en el patrimonio o en el espíritu.

El daño moral -cuando menos en una acepción primaria o pura- es la lesión a un interés jurídico espiritual (o extrapatrimonial) que debe ser reparado a tenor de su contenido estrictamente subjetivo (o espiritual).

El significado expuesto presenta las siguientes características:

1. Por lo pronto, hemos puesto el acento en los intereses a seleccionar por el intérprete -y no en los bienes (o derechos), o en las consecuencias (al menos y en lo que a estas consecuencias respecta para categorizar la figura)-.
2. Esos intereses han de ser jurídicos (amparados por el Derecho). En otros términos, debe tratarse de intereses que es de justicia reparar. Alguna vez dijimos que la juridicidad no puede quedar reducida a la anémica o esmirriada noción de los idealistas enlazada a un derecho subjetivo, normalmente absoluto, e incluso limitado

o recortado en punto a la extensión de *las necesidades* a satisfacer. La juridicidad que predicamos no se detiene en la positividad de la norma, sino que apunta al ordenamiento como totalidad (a todas las fuentes de Derecho como expresión de lo justo). Va de suyo que, dentro de un amplio sistema de atipicidad del daño, deben tener cabida los llamados intereses de hecho o intereses simples, en tanto y en cuanto ellos sean serios y lícitos, pues el reconocimiento de dichos intereses es un reclamo de la equidad y de la solidaridad social.

3. El interés conculcado debe ser espiritual (o extrapatrimonial). Nos apresuramos en aclarar que resaltamos principalmente *lo espiritual* de la necesidad que se afecta, dado que la palabra “extrapatrimonial” a veces fue utilizada con sentido más amplio o con sentido desviado.

En ocasiones, se redujo el daño moral a la *pretium doloris* y se lo consideró un aspecto del género daño extrapatrimonial (que, además, comprendería otros menoscabos a bienes personalísimos). Asimismo, es frecuente que la esfera del daño moral se amplíe hasta alcanzar aquellos intereses que repercuten en la esfera social del patrimonio -el inexistente *daño moral objetivable*-. Como quiera que sea, la referencia al daño extrapatrimonial se encuentra en los códigos italiano y portugués, en el Proyecto franco-italiano de las Obligaciones, se realiza comúnmente en Italia, Alemania e Inglaterra y según nuestro enfoque extramatrimonial, no tiene cabida si no se conecta con el espíritu. Por tanto, dentro de la pléyade de intereses, solo se computan para perfilar el daño moral aquellos intereses que poseen subjetividad (es decir, aquellos que estructuran el daño moral puro).

4. En corolario de lo afirmado precedentemente, el daño moral debe tener un contenido subjetivo o, con arreglo a otras miras, debe tener consecuencias espirituales.

¿Qué debe entenderse por daño moral? Uno de los criterios aportados para solucionar el interrogante hace radicar la cuestión en el carácter

del derecho subjetivo afectado, afirmando que daño moral es la consecuencia del ataque a los derechos extrapatrimoniales. Si tomamos en cuenta esta definición, no habrá inconveniente en sostener que las personas jurídicas pueden sufrir daños morales.¹⁵⁰

La existencia del daño moral se mide en este caso por la naturaleza de los perjuicios sufridos; si los perjuicios alteran el patrimonio de la persona, estaremos frente a un daño patrimonial; si, en cambio, los perjuicios no afectan la situación económica sino que atañen a la inquietud espiritual del sujeto, el daño será de tipo moral.

Entendemos que la magnitud de los daños que surjan del atentado contra la intimidad variará según cual sea la forma de ataque empleada. En el caso de los daños patrimoniales, para obtener la respectiva indemnización la víctima deberá probar la extensión y monto de los mismos, de acuerdo con los principios generales que rigen en materia de responsabilidad.

En lo referente al daño moral, se plantean dos opciones: una corriente sostiene que la prueba del daño moral está sujeta a las reglas generales, y -en consecuencia- el damnificado moralmente deberá demostrar la existencia y extensión de los daños sufridos.

Entre esos otros derechos o intereses puede mencionarse:

- a) el derecho de investigación que corresponde en determinadas hipótesis al Estado;
- b) el derecho de contralor de los padres sobre los hijos sometidos a su autoridad;
- c) el poder de policía del Estado;
- d) el derecho de vigilancia conyugal, para citar solo algunos.

150 Ferreira Rubio, D. Ob. Cit. pp. 163 a 183.

Creemos necesario reiterar que las limitaciones son de carácter excepcional y deberán surgir de la ley. Además, estas restricciones legitimarán las intromisiones en la vida privada de otros, en la medida en que sean ejercidas con la finalidad con que han sido previstas y dentro de los límites especificados.

De acuerdo con distintos pronunciamientos, extraeremos las características del daño moral:¹⁵¹

- a) Incide en la aptitud de pensar, de querer o de sentir.
- b) El sufrimiento no es un requisito indispensable para que exista daño moral, aunque sí una de sus manifestaciones más frecuentes.
- c) Constituye angustias y afecciones padecidas por la víctima.
- d) Supone la privación o la disminución de los bienes que tienen un valor fundamental en la vida del ser humano y que son la tranquilidad del espíritu la libertad individual y, entre otros, los más sagrados afectos.
- e) Puede consistir en un injusto ataque a la integridad física como derecho a la personalidad.

Hay dos posturas doctrinales en lo relativo a la legitimación activa por daño moral de las personas jurídicas: la que considera que no la poseen y la postura contraria, que les otorga legitimación a tal efecto.¹⁵²

La primera considera que en modo alguno las personas jurídicas pueden padecer este tipo de daño, puesto que son entes irreales y carecen de vida corporal-conciente; agrega, además, que

151 Ghersi, Carlos A. Ob. Cit. pp. 126, 127.

152 Ibidem. pp. 150 a 153.

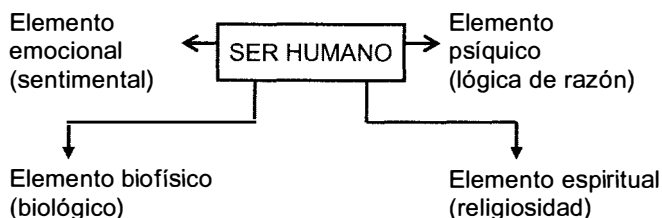
“cuando la tutela del nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad, etcétera, le es otorgada, no se le está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino por el contrario, un derecho de neto corte patrimonial”. Tan es así “que, por ejemplo, el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de una cesión o enajenación en el fondo de comercio. La reputación o el prestigio también pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de valoración económica e integran el concepto de ‘valor llave’, la libertad de acción de tal caso no es sino la libertad de negociar la intimidad, no significa otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas son inenajenables, inaccesibles, inmutables, etcétera, poseen los caracteres de los derechos extra patrimoniales.”

Los que consideran que las personas jurídicas pueden padecer daño moral sostienen que ellas tienen derechos extrapatrimoniales propios, distintos de los que tienen sus miembros componentes. Así como las personas jurídicas son titulares de bienes patrimoniales que no pertenecen a los sujetos individuales que lo integran, también tienen bienes personalísimos como el honor, la privacidad, el nombre, etcétera, propios del ente, que son distintos de los bienes personales de los miembros. La personalidad moral de las personas jurídicas, como la personalidad patrimonial, nace de la circunstancia de poseer el ente colectivo una voluntad y conciencia propias, así como un patrimonio moral particular, sin embargo, el criterio jurisprudencial.

Esto implica que al *ejercer* el derecho, especialmente mediante acciones jurisdiccionales, debe hacerlo con *responsabilidad y racionalidad* de forma tal que no resulte un *acto de mera liviandad* en el que otras personas (personas jurídico físicas o personas jurídicas de existencia ideal) se puedan ver menoscabadas en sus derechos (económicos o extra económicos), especialmente las primeras, en lo que atañe a sus sentimientos (en los ámbitos de su personalidad y las relaciones familiares, sociales y laborales).

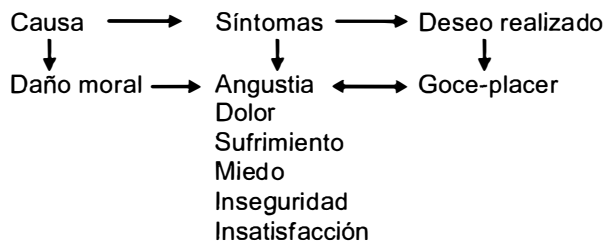
El desarrollo de la cuantificación económica del daño moral y psíquico es un proceso complejo, de ahí que sea necesario realizarlo en etapas explicativas analíticas y progresivas.¹⁵³

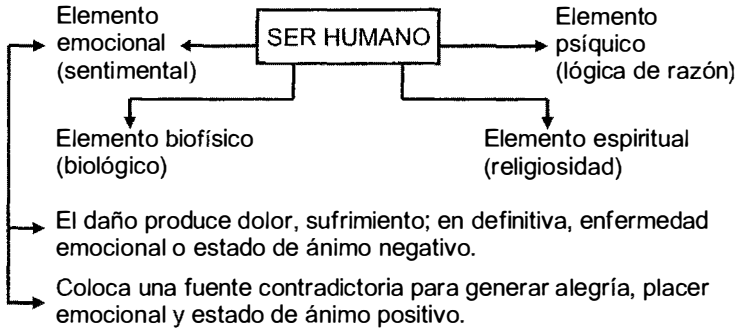
De allí que la caracterización de enfermo se sostiene, pues, en el ser humano como en todo conjunto armónico, cada una de sus partes integrantes funciona coordinada y compensadamente (según dice Eco como un sistema operativo) por lo que la aflicción al ánimo implica la alteración de un elemento del conjunto y obviamente de la estructura, que se desarmoniza en su funcionalidad.



Operativamente, el ser humano funciona en armonía como consecuencia de estos cuatro elementos, comunes a todos los hombres, lo que garantiza un concepto sustancial de categoría universal.

El ser humano, al estar compuesto de dos facetas de un estado, habita de esta forma el género sentimiento y permite artificialmente establecer los motivos o impulsos para que se manifieste una u otra función alternativamente y provoque en el sujeto el estado de tristeza y de alegría.





Entonces, debemos elaborar el instrumento (fuente) para que pueda convertirse en causante del fenómeno contradictorio, es decir, de la alegría y el placer para que actúe como compensatorio.

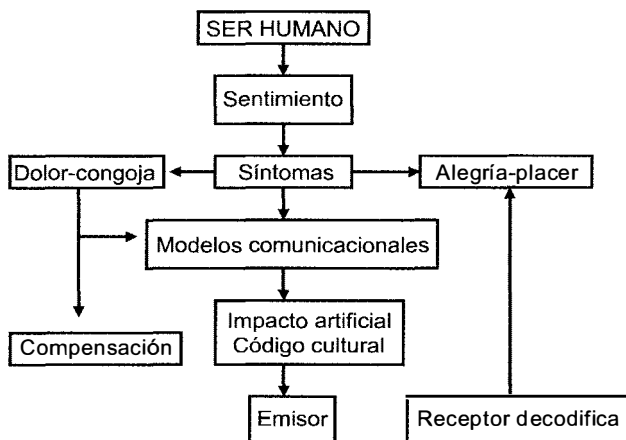
La tesis de nuestro análisis es la creación de un modelo que opere de tal forma que en el conjunto "ser humano" podamos introducir una fuente tal que, si el sujeto se encuentra dañado y por consiguiente con el estado de ánimo sufriente, podemos modificar y transformar ese estado de ánimo en alegría-placer y producir nuevamente la armonización perdida.

Se trata entonces de un instrumento hipotético para introducir en el modelo-conjunto y modificar la funcionalidad y desarmonía de su estructura, teniendo en cuenta que los elementos, en sí y entre sí, son comunicacionales.

Entonces, la idea es cómo superar ese estado de ánimo negativo mediante la provocación de un impacto que revierta y pase a su contradictorio: un estado de ánimo positivo.

Estos modelos hipotéticos tienen, entonces, carácter prospectivo con base histórica y son reconocidos universalmente (están probados como verdades convencionalmente aceptadas).

153 Para profundizar sobre el tema y revisar otras tablas remítase a: Ibidem. pp. 168 a 213.



Resta ahora encontrar un modelo economista que pueda operar desde la formulación cuántica.

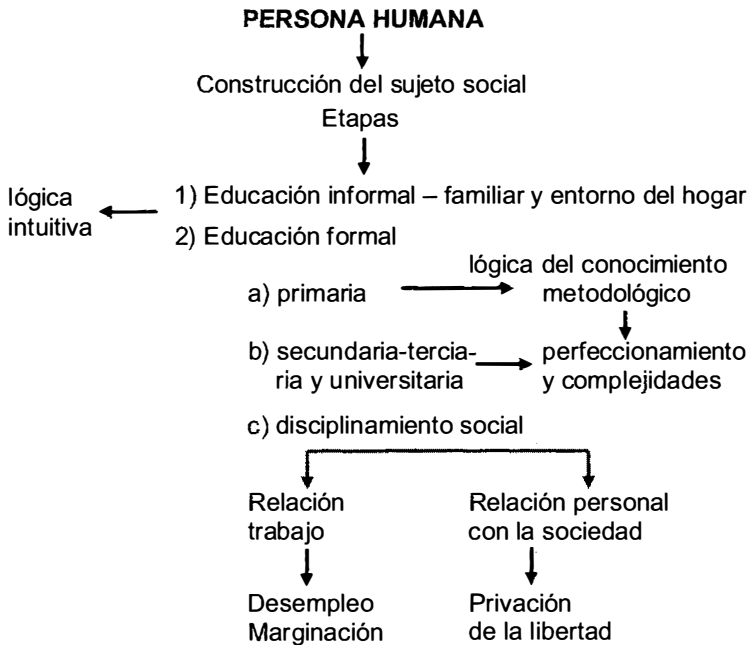
La jurisprudencia en este aspecto elaboró un criterio o tendencia general, que podemos sintetizar en los siguientes pronunciamientos:

- a) El daño psicológico se configura mediante la alteración de la personalidad, la perturbación profunda del equilibrio emocional de la víctima, que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso y que entrañe una significativa descompensación que altere su integración en el medio social.
- b) El daño psíquico consiste en la modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos, etcétera, y cuya forma más acabada de acreditación es el informe psicopatológico.

En este sentido, la corriente jurisprudencial es pacífica y uniforme:

- a) El daño psíquico debe ser indemnizado como diferenciado del estético y del moral, si de la pericia surge la existencia de una alteración emocional como consecuencia del accidente padecido.

- b) Es improcedente el reclamo en concepto de daño psíquico, sufrido por la víctima de un accidente de tránsito, si de la pericia efectuada por el cuerpo médico forense no surge dicha incapacidad.
- c) La simple manifestación del actor, en el momento de la revisión (sic) médica de padecer de un estado depresivo a consecuencia del accidente, dista de ser prueba suficiente de un daño de índole psíquica que afecta su capacidad laborativa (sic).



Teorías del daño¹⁵⁴

El mencionado fenómeno expansivo no solo se advierte en el ámbito de los factores de atribución. También el elemento “daño” se ha visto profundamente conmovido en las últimas décadas si se lo compara con la concepción clásica que presentaba a comienzos de siglo.

¹⁵⁴ Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 176 a 185.

Se consolidó definitivamente en el derecho moderno la buena doctrina que admite la plena reparación del daño moral con sentido resarcitorio. Quedaron en el recuerdo aquellas doctrinas que negaban tal posibilidad y las que solo la admitían a título de pena o de sanción ejemplar.

Se trata de una cuestión definitivamente superada, aun cuando subsistan otros problemas que no han sido debidamente resueltos.

La evolución del derecho de daños en los países desarrollados y la ya mencionada influencia de los mecanismos de socialización de daños han llevado entonces a algunos juristas a conceptuar a la responsabilidad civil con crédito de la víctima a una indemnización. Adviértase que esta noción no guarda plena correspondencia con aquella de origen clásico, que la concebía como “una obligación de reparar del responsable.”

Lambert-Faivre señala en este sentido que el derecho clásico de la responsabilidad civil ponía el acento en la faz pasiva de la relación jurídica obligatoria, tanto al predicar la idea de una responsabilidad por culpa, cuanto por riesgo creado, al hacer asimismo referencia primero al polo pasivo de la obligación. Según ella “...la identidad del responsable no constituye más que una suerte de procedimiento para ordenar, sin efecto, a partir del momento en que el asegurador sustituye al responsable para indemnizar a la víctima... El responsable se borra a sí mismo, dentro de un rol secundario y un poco abstracto, mientras que la indemnización a la víctima viene al primer plano.”

La tutela de la dignidad humana ocupa un rol prioritario dentro de esta nueva concepción del derecho de daños y de su estimativa jurídica. El derecho de los daños debe estar obsesionado por la protección de esa dignidad humana, que día a día resulta jaqueada por intrusiones provenientes del Estado, del poder económico y de corporaciones. Lo señalado explica en buena medida la importancia que asume en nuestro tiempo la función preventiva del derecho de daños, tan estrechamente ligada a la tutela de la dignidad de la persona.

La doctrina suele utilizar frecuentemente la expresión “derecho de daños” asignándole sentidos no siempre coincidentes. A veces, se la utiliza como sinónimo de responsabilidad civil, entendiendo por tal la obligación de reparar todo daño injustamente causado o sufrido. En otras oportunidades, en cambio, se le otorga un sentido todavía más amplio, comprensivo de las cuestiones atinentes a la prevención del daño.

a) La función preventiva

La función preventiva del derecho de daños aumentó su importancia en los últimos tiempos. Esta aptitud, de corte netamente disuasivo, se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Tanto desde el punto de vista de la víctima cuanto del posible responsable, la prevención del daño es siempre preferible a su reparación.

b) La función resarcitoria

La función resarcitoria del derecho de daños es, por cierto, la más importante de todas y la que tradicionalmente ha hecho a la esencia misma de la responsabilidad civil.

La reparación del daño parece haber superado en nuestro tiempo el rígido esquema de la “sanción resarcitoria” que, según algunos, representaría.

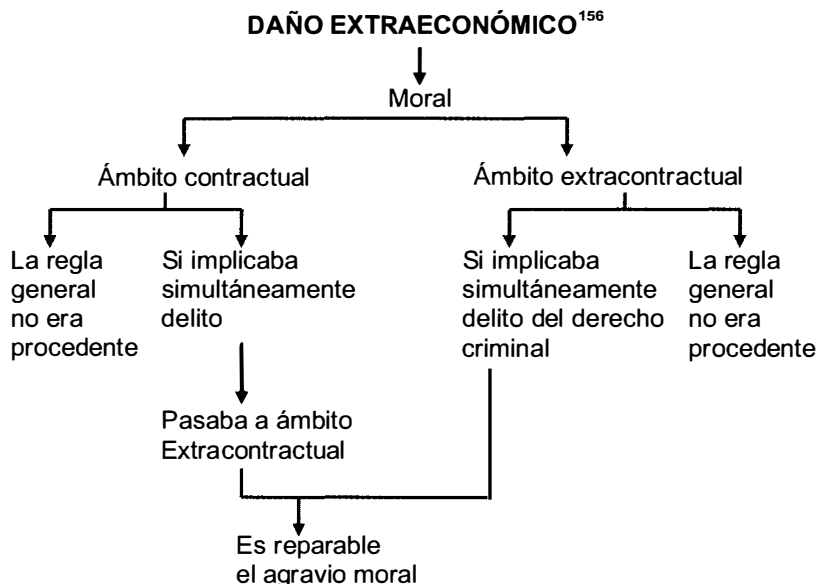
La sanción resarcitoria, tal como ha sido presentada por la doctrina dominante, queda ligada indisolublemente a la noción de antijuricidad.

Daño patrimonial y daño moral¹⁵⁵

Para algunos autores, la distinción entre daño patrimonial y daño moral depende de la índole de los derechos atacados: si la lesión se dirige

155 Bustamante Alsina, J. Ob. Cit. p. 237.

a los bienes que forman el patrimonio, el daño es material o patrimonial; si la lesión afecta la integridad corporal o la salud de las personas, el daño es moral y en ningún caso patrimonial, porque los bienes atacados son inmateriales.



Sin embargo, la mayoría de la doctrina radica en la distinción sobre los resultados o consecuencias de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, afectando su actual composición o sus posibilidades futuras, el daño es material o patrimonial aunque el derecho atacado sea inmaterial; si, en cambio, no afecta al patrimonio pero lesiona los sentimientos de la víctima, existe daño moral y no patrimonial. Esta segunda noción toma como base el concepto de “daño”, que es el que interesa a los fines del resarcimiento.

156 Supra 17.

Daño patrimonial y extrapatrimonial¹⁵⁷

Podemos definir entonces al daño moral como la lesión en los sentimientos que determinan dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación pecuniaria.

El objeto del daño en sentido jurídico no es otra cosa que un interés humano jurídicamente tutelado. Sin embargo, el concepto de interés no puede entenderse si no se explica previamente el concepto de interés del cual el interés es complementario; el bien es el presupuesto del interés.

El daño consiste en un perjuicio ocasionado a un interés privado que tenga relevancia para estar sujeto a resarcimiento cuando goza de tutela jurídica. El daño privado puede ser definido como patrimonial o no patrimonial, según tenga por objeto un interés patrimonial o extrapatrimonial.

Debe determinarse el concepto de patrimonialidad para poder aclarar qué es interés patrimonial, y qué es daño patrimonial o extrapatrimonial. El interés patrimonial, así como el daño patrimonial, es aquel susceptible de apreciación pecuniaria.

Sin embargo, conviene aclarar que la diferenciación entre estas dos categorías de daños no está determinada por la naturaleza de los bienes atacados, sino por la índole patrimonial o no patrimonial del interés afectado.

La mayoría de la doctrina no funda esta distinción sobre la índole de los derechos afectados, sino sobre los resultados o consecuencia de la acción antijurídica: si ésta ocasiona un menoscabo en el patrimonio, sea en su existencia actual, sea en sus posibilidades futuras, se tiene el daño material o patrimonial, cualquiera que sea la naturaleza

157 Ibidem. pp. 237 a 241.

patrimonial o no del derecho lesionado, y si ningún efecto tiene sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley, hay daño moral o no patrimonial.

La diversificación de la lesión a intereses no patrimoniales permite determinar la amplitud del daño moral. A este efecto es dable distinguir los daños morales que resultan de ataques a los derechos extrapatrimoniales distintos de la vida y de la integridad corporal, y, por otra parte, los daños morales que resultan de ataques a bienes materiales y los derechos extrapatrimoniales a la vida y a la integridad corporal.

El primer supuesto es aquel que la doctrina francesa denomina daños “puramente morales”, los cuales resultan del ataque a ciertos derechos extrapatrimoniales que no son la vida y la integridad corporal. Se enuncian entre ellos los ataques al honor, como expresiones o manifestaciones difamatorias e injuriosas, así como imputaciones falsas que perjudican la reputación de una persona.

El atentado a la vida y a la integridad corporal no es menos importante y delicado que la cuestión anterior. Aquí, la reparación del daño moral es corrientemente admitida, así como la del daño patrimonial que conlleva comúnmente, por la necesidad de atender los gastos de asistencia médica para la recuperación de la salud, de la integridad corporal o de la preservación de la vida.

Cuando se atenta contra la vida o la integridad corporal, el daño moral se manifiesta de diversas maneras que las podemos distinguir considerando el daño sufrido por la víctima (daño directo o inmediato) y el daño padecido por terceros (daño indirecto o inmediato), que la doctrina francesa llama *par ricochet*, o sea de rebote.

Esos perjuicios directos que sufre la víctima del ataque se clasifican en perjuicios al placer (*d'agrément*), perjuicio sexual (*sexuel*), perjuicios a la estética (*esthétique*), perjuicio juvenil (*juvénile*) y perjuicio de sufrimiento (*souffrance*).

Reparación, resarcimiento y sanción¹⁵⁸

La cuestión relativa al fundamento y naturaleza de la reparación del daño moral ha dado lugar a un debate doctrinario que tiene proyecciones en la interpretación de las normas legales, no para desechar tal reparación que expresamente consagra la ley, sino para determinar sus alcances.

Teoría del resarcimiento. La mayoría de la doctrina afirma que la reparación del daño moral no difiere de la reparación del daño material, que aquel como éste no son sino especies del daño y, por consiguiente, la reparación en ambos casos cumple una función resarcitoria.

Teoría de la sanción ejemplar o represiva. La doctrina rechaza categóricamente la tesis del resarcimiento y se pronuncia por la de la sanción ejemplar. Según Llambías, la reparación del daño moral encuentra su justificación no por el lado de la víctima de la lesión, sino por el lado del ofensor. No constituye un resarcimiento sino una pena civil mediante la cual se reprueba ejemplarmente la falta cometida por el ofensor. Es así que este autor llama a la ofensa “agravio moral” cometido dolosamente. O sea con intención de dañar, y sería así una especie del denominado daño moral que sufre la víctima, el cual no da lugar a reparación.

La cuestión que se suscita entonces en orden a la determinación del daño moral es si debe hacerse de cada perjuicio un capítulo distinto a los fines de su reparación, por separado, o si deben reagruparse como un perjuicio único totalizador de daño moral.

El tema fue particularmente considerado en la doctrina francesa donde, siguiendo a Tunc, la mayoría de los autores criticó la multiplicación de los capítulos del perjuicio, que termina por quitarles su verdadera significación y conduce generalmente a indemnizaciones múltiples, generadoras de verdaderos despojos.

158 Ibidem. pp. 242 a 245.

En nuestra doctrina se pronunció en el mismo sentido Salerno, quien señaló que este criterio conduce a la posibilidad de fijar una doble indemnización por el mismo daño, lo que resulta inaceptable habida cuenta de que el resarcimiento debe ser plano no excesivo.

Uso abusivo del derecho¹⁵⁹

Se ha pretendido que en Roma no se admitía la reparación causada en el ejercicio de un derecho. Se invocaban varios textos: uno de Gayo: *Nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur*; otro de Paulo: *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere ius non habet*; un tercero de Ulpiano: *Neminem laedit, nemo damnum facit, qui suo iure utitur*. Sin embargo, estas fórmulas no podían ser interpretadas fuera del contexto del derecho romano.

En Roma no era legítimo ejercer abusivamente un derecho, por lo menos con el solo fin de dañar a otro. Así resulta de las máximas de aplicación general en el derecho romano: *Malem enim nostro iure utitur non debemus; malitis non est indulgendum*.

En el antiguo derecho francés, los Parlamentos reprimían todo abuso malicioso. Aunque los redactores del Código Civil no consideraban la cuestión del abuso del derecho, y ningún artículo contiene una norma al respecto, la jurisprudencia hizo aplicación del principio en numerosos casos.

A principios del siglo XX, algunos autores, especialmente Josserand y Saleilles, estudiaron esa jurisprudencia, la analizaron y sistematizaron, construyendo una teoría del abuso del derecho. Desde entonces, la jurisprudencia francesa aplicó constantemente la teoría, y el derecho de propiedad la extendió a muchos otros casos, constituyendo así un valioso instrumento de control judicial sobre el ejercicio de los derechos subjetivos.

159 Ibidem. pp. 465, 466.

Planiol atacó la teoría del abuso del derecho con un argumento puramente lógico: El derecho cesa, dijo, donde el abuso comienza; no puede haber aquí uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme y contrario al derecho.

El derecho subjetivo tiene un límite formal que es aquel establecido en la ley que reconoce la existencia misma de ese derecho; si en el ejercicio de ese derecho su titular excede el límite fijado, no habría sin duda abuso del derecho, sencillamente porque no habría derecho.

Criterios doctrinales sobre el abuso del derecho¹⁶⁰

Los distintos criterios que orientan las diferentes soluciones pueden agruparse en cinco categorías:

- a) *Criterio intencional* (La intención de dañar y sus sucedáneos: dolo o fraude). La intención de dañar representa, tradicionalmente, la forma típica, el alimento normal del abuso de los derechos; históricamente parece encontrarse en el origen mismo de la teoría, cuyo primer lineamiento y primera manifestación constituye: *malitiis non est indulgendum, Graus omnia corrumpit*. La jurisprudencia francesa se inspiró precisamente en este criterio, y según el lenguaje de los tribunales, como el de la doctrina en que se apoya, la intención de dañar constituye la pieza maestra del sistema.
- b) *Criterio técnico* (Culpa en la ejecución). Posteriormente se renunció a limitar la teoría del abuso en el dominio intencional, para reconocer que el ejercicio de un derecho puede revestir un carácter abusivo independientemente del *animus nocendi*. No basta que se haya ejercido de buena fe; es necesario que se realice correctamente, según las reglas del arte.

160 Ibidem. pp. 467, 468.

c) *Criterio económico* (Falta de interés legítimo). Este criterio fue consagrado en muchas ocasiones por los tribunales franceses. Se inspira en la famosa definición que Ihering formuló de los derechos subjetivos, a los que consideró como “intereses jurídicamente protegidos.”

Así, cuando el titular utiliza sus derechos fuera de todo interés o para la satisfacción de un interés ilegítimo, usa mal de él, abusa de su derecho y, por tanto, no puede pretender la protección de la ley.

d) *Criterio funcional o finalista* (Desvío del derecho en su función social). Los criterios que anteceden tienen un punto de partida común; el sujeto titular del derecho. Así, atendiendo a la intención de dañar, a la impericia o negligencia con que ejerce el derecho o a la carencia de interés legítimo, se podrá juzgar que una prerrogativa puesta en acción dentro de los límites formales establecidos en la ley constituyen un ejercicio abusivo del derecho.

Ya Porcherot, desde comienzos de este siglo, caracterizó el abuso del derecho con un criterio objetivo, apartándose así de las concepciones subjetivas que inspiraron hasta entonces las principales soluciones jurisprudenciales y las doctrinas mencionadas precedentemente en sus límites; se persigue un fin diferente al tomado en consideración por el legislador.

Derechos subjetivos y abusos del derecho¹⁶¹

Josserand dice, citando a Duguit, que “en una sociedad organizada, los pretendidos derechos subjetivos son derechos-función: no deben salir del plano de la función a que corresponden, pues de lo contrario su titular los desvía de su propio destino, cometiendo un abuso de derecho; el acto abusivo es, así, el acto contrario al fin de su institución, a su espíritu y finalidad.” Más adelante agrega el mismo autor: “...el

161 Ibidem. pp. 468, 469.

juez debe investigar más bien la dirección que imprimió el agente a su derecho, al abuso que ha hecho de él, que el móvil a que haya obedecido; si esa dirección y uso son incompatibles con el espíritu de la institución, el acto es abusivo y por tanto será causa de responsabilidad.”

Savatier, en una posición también objetiva y coincidente con la que hemos expuesto, considera que el abuso del derecho existe allí donde se lo ejercita contra la moral y las buenas costumbres.

Las cuestiones legisladas pueden ser agrupadas en los siguientes rubros:¹⁶²

1. Sujetos de la acción (legitimación activa y pasiva).
2. Relaciones entre la acción civil y la acción criminal.
3. Coexistencia del proceso civil y del proceso penal.
4. Efecto reciproco de la cosa juzgada.
5. Extinción de la acción.

La preocupación de los medios de comunicación masiva por difundir las noticias, anticipándose a otros órganos de divulgación, y la avidez del público por ser informado inmediatamente de los sucesos de interés general, son sin duda la causa de que se lancen a la circulación noticias que carezcan de suficiente base de sustentación en la realidad de los hechos. El clima de intranquilidad e incertidumbre que esas prácticas periodísticas crean es la fuente de versiones de la más diversa índole, las cuales pueden confirmarse o ser desmentidas, pero hasta que ello no ocurra dan motivo a inquietudes personales, cuando no a hondas perturbaciones sociales.¹⁶³

¹⁶² Ibidem. p. 563.

¹⁶³ Ibidem. p. 692.

El tema linda con la garantía constitucional de la libertad de expresión y el derecho a la información; por esta causa, resulta difícil hallar un parámetro que permita determinar cuál es el límite de ese derecho, frente al respecto que merece la honra personal y el respectivo derecho del hombre a formar un pensamiento propio y actualizado sobre lo que ocurre en la sociedad en que vive.

Información inexacta¹⁶⁴

La información inexacta es aquella que no concuerda con la verdad por ser falsa o errónea. La información es falsa cuando ella es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad.

En uno u otro caso, la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente consiste en un acto consiente y deliberado con el fin de engañar. El informador obra con dolo o de mala fe. Cuando la información se da por error consiste en un acto no consiente que no se quiere, no se siente, ni se piensa. El informador obra de buena fe.

La información inexacta puede causar daño patrimonial por la repercusión negativa que ella pueda tener en el ejercicio de una actividad lucrativa de la víctima o en la frustración de un negocio en gestión de ella. Lo más común ha de ser el daño moral que puede causar la divulgación de una información inexacta concerniente a la vida privada de una persona y más aún si ella es infamante. Es evidente la lesión a los sentimientos que ella comporta, alterando el equilibrio emocional que se traduce en los padecimientos de quien ha sido objeto de la información falsa, errónea, injuriosa o calumniosa.

164 Ibidem. p. 693 a 695.

La reparación del daño moral se hará mediante la entrega de una suma de dinero que no tendrá una función de equivalencia sino de compensación o satisfacción.

Distinto es el caso cuando la información inexacta se limita a dar una noticia que no afecta el honor de la víctima, pues entonces la ulterior rectificación o desmentido no mejora la situación de quien debió padecer la angustia de la repercusión que aquella pudo tener. La rectificación no es una retractación, y como no se puso en duda el honor de la víctima, no se puede considerar que aquella sea un complemento resarcitorio del daño moral ocasionado.

Protección civil y penal de la intimidad¹⁶⁵

Antes de la invención de la grabadora, o la cámara fotográfica -para mencionar solo dos de los más simples medios de ataque-, se producían también intromisiones en la vida privada de las personas. Los ordenamientos jurídicos creaban normas que tendieran a la protección de ese bien, aunque no le dieran el nombre de “vida privada” o “intimidad”; lo importante no es el título que los legisladores daban a sus normativas, sino el fundamento mismo de ellas, la verdadera *ratio legis*.

Así, desde tiempos antiguos se consagró la inviolabilidad del domicilio; se tipificaron como delitos la violación de la correspondencia y la violación de secretos; se establecieron restricciones y límites al dominio, normas todas que tienden a proteger la reserva de la vida privada.

Adviértase, sin embargo, que los autores señalan con acierto que bajo esta rúbrica hay dos tipos penales que protegen precisamente la intimidad. La protección de la esfera de reserva se brinda por dos vías: la primera que crea alrededor del individuo un ámbito físico que los demás no podrán invadir sino media un justificativo suficiente; pero la protección no termina allí sino que alcanza los aspectos espirituales

165 Ferreira Rubio, D. Ob. Cit. pp. 55, 56.

al consagrar la inviolabilidad de los secretos. Se atentará contra la libertad cuando abusivamente se entre en la esfera de reserva y secreto que rodea a toda persona o abusivamente se viole algo que a esa zona pertenece.

En el ámbito civil son tradicionales algunas normas tendientes a imponer restricciones y límites al dominio para evitar los inconvenientes que surgen de las relaciones de vecindad; entre ellas, las relativas a luces y vistas no tienen otro objetivo que proteger a las personas de la indiscreta mirada de sus vecinos. La ley impone esta limitación para impedir que de un mundo al otro puedan tenerse ventanas que permitan ver continuamente lo que ocurre en casa del vecino.

Estas disposiciones que hemos mencionado cumplieron su función dadas las particulares condiciones de vida de épocas pasadas. La única forma de inmiscuirse en la vida privada de otro era la irrupción física en su domicilio, lugar en que se desarrolla la parte sustancial de la vida privada; o bien, y en forma más sutil, fisgoneando o espiando, es decir, observando lo que sucedía en la casa de una persona sin violar su domicilio, sin introducirse físicamente en el ámbito de reserva, sino vigilando desde afuera.

Tipos de responsabilidad¹⁶⁶

Responsabilidad civil. Daño moral. La responsabilidad significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de resarcir el daño producido. Tal responsabilidad genérica se clasifica tradicionalmente en contractual y *aquiliana* o extracontractual. La primera supone la transgresión de un deber de conducta impuesto en un contrato. La *aquiliana*, por el contrario, responde a la idea de la producción de un daño a otra persona por haber transgredido el genérico deber *neminem laedere*, es decir, el de abstenerse de un comportamiento lesivo para los demás.

166 Escobar de la Serna, L. Ob. Cit. pp. 301 a 308.

La responsabilidad penal. Transgresión jurídica es toda conducta humana que contradice el ordenamiento jurídico, o sea, la que viola un mandato o una prohibición de Derecho. Con frecuencia, la conducta humana contraria al Derecho contiene, a la vez, una vulneración de derechos subjetivos ajenos, si bien esto no ocurre en todos los casos.

Las transgresiones jurídicas pueden ser meramente *objetivas* (antijuridicidad *no culposa*) o *subjetivas* (antijuridicidad *culposa*). Las primeras suponen un acto o un estado objetivamente antijurídico, independientemente de la culpa o inocencia del infractor. A tales infractores se contraponen las subjetivas, en las cuales el autor *conoce* o *debe conocer* la naturaleza antijurídica o, cuando menos, lesiva de su actuación, y que son designadas con la denominación general de *actos ilícitos* o *actos culposos en sentido amplio*.

Hay dos clases de actos ilícitos: los que llevan consigo un atentado que afecta el interés social y público o, lo que es igual, una violación en la esfera penal (actos *punibles*), y los que solo contienen una violación de la ley civil (actos *ilícitos civiles*). Todos ellos, aun cuando reúnan siempre las características generales de todo acto ilícito, a saber *antijuridicidad* y *culpabilidad*, admiten, por razón de los matices que cada una de éstas puede revestir, varias subdivisiones:

Por las modalidades de la *culpabilidad* hay violaciones causadas a propósito, con plena voluntad o conciencia (actos *dolosos*), y violaciones realizadas por mera negligencia (actos *culposos* en sentido estricto).

Por las modalidades de la *antijuridicidad* hay dos grupos de violaciones: las que implican transgresión de un deber, que pesa sobre el agente en virtud de una relación especial que lo liga con el lesionado, y aquellas otras que implican transgresión de los deberes generales que pesan sobre el agente, independientemente de toda relación jurídica con el ofendido. A las primeras se les llama *culpa contractual*. A las segundas se las conoce con las denominaciones de *delitos*, *actos ilícitos* en sentido estricto, *culpa extracontractual*, y también falta o injuria *aquiliana* (porque fue sancionada en Roma por la ley Aquilia).

Responsabilidad administrativa. Como todos los demás sujetos, el administrado, al desplegar su propia personalidad dentro de los límites de la capacidad jurídica y de obrar que le reconoce el ordenamiento jurídico, puede resultar titular de una serie de situaciones jurídicas que convencionalmente suelen agruparse en dos categorías, según comporten una ampliación de su esfera jurídica, o bien una limitación o minoración de la misma. Se habla así de situaciones jurídicas de ventaja o *activas* y de situaciones jurídicas de desventaja, de gravamen o *pasivas*.

Responsabilidad y Derecho de la Información¹⁶⁷

El tema de la responsabilidad constituye la piedra de toque de toda concepción jurídica, lo mismo que la ética representa la piedra de toque de las concepciones y sistemas filosóficos.

La responsabilidad tiende a considerarse en ocasiones como la consecuencia inmediata y directa de las acciones libres de un hombre; y en el terreno jurídico, como la sujeción a las sanciones o reparaciones patrimoniales vinculadas por la norma a determinadas acciones u omisiones. Como se ve, la noción misma de responsabilidad se presenta confundida en su formulación con algunos de los efectos propios de la responsabilidad. Esa sujeción jurídica es únicamente el efecto de la responsabilidad, pero no la responsabilidad misma. Aunque es patente que, en el orden jurídico, la consideración de los efectos representa una perspectiva central; y que técnicamente esa noción de responsabilidad resulta irreprochable, la confusión de la responsabilidad con sus efectos propios ha tenido y tiene consecuencias. La más importante, quizás, es de orden práctico: dar pie equivocadamente a la idea de que la responsabilidad es un modo esencial de limitar la libertad.

La función de la responsabilidad como núcleo del Derecho de la Información se fundamenta en una razón de sentido común: sin la

167 Soria Saiz, C. Ob. Cit. pp. 93 a 104.

responsabilidad -afirma Desantes- la teoría de la actuación informativa se quedaría sin su conclusión o desembocadura natural: que el Derecho de la Información se conciba como un derecho de la actuación informativa prescindiendo de toda secuela de responsabilidad es un dislate jurídico o un ordenancismo que no respeta la libertad y, por tanto, se despreocupa de la responsabilidad consecuente con la actuación personal libre.

Todo sistema de responsabilidad en materia de información responde a tres cuestiones básicas. Se plantea, en primer término, el problema del objeto de la responsabilidad, es decir, en qué supuestos puede y debe exigirse; en segundo lugar, hay que decidir sobre la persona o personas que deben asumir la responsabilidad; finalmente, el sistema jurídico debe establecer ante qué instancias y con qué procedimientos deben sustanciarse las responsabilidades contraídas.

Todo sistema de responsabilidad debe plantearse a renglón seguido el tema clásico y tópico de los límites a la difundibilidad de los diferentes tipos de mensajes. El punto de partida es considerar que esa difundibilidad no es universal sino general, lo que equivale a decir que, aunque lo propio del mensaje puesto en forma sea la difusión, no todo lo que puede difundirse debe difundirse.

En relación con las instancias y procedimientos que deben seguirse para substanciar las responsabilidades informativas, el problema estriba en repartir adecuadamente las diferentes competencias en materia de información. Importa clarificar cuáles son las competencias que deben atribuirse a los Tribunales de Justicia, a la administración pública, y a los cuerpos profesionales de empresarios e informadores. La bondad del sistema dependerá, pues, de varias circunstancias: del modo en que las competencias se repartan, de la vigencia del principio jurídico *non bis in idem*, y de la pujanza que se atribuya a los sectores profesionales.

La misma sensibilidad que el sector informativo muestra frente a la proliferación de leyes especiales y el enmarañamiento legislativo, se

da igualmente frente al establecimiento de jurisdicciones especiales con competencia en materia de información.

Para Schwartz, son tres los principales modelos de un sistema de responsabilidad informativa. En primer término, el sistema que obedece al principio formulado por Friedrich Asterlitz, según el cual la mejor ley de prensa es la que no existe. Es la actitud tradicional de Suiza, Inglaterra y los Estados Unidos, concretada en un sistema en el que no existe ley en el sentido de ley escrita, y donde los derechos y deberes de los medios informativos se determinan por las leyes generales, la moralidad y el buen sentido de todos.

Por otro lado, se da el sistema donde la ley, los decretos y órdenes someten a los medios de comunicación e información a disposiciones que tratan de ordenar en el más mínimo detalle la actividad informativa, bajo el ojo vigilante de una autoridad gubernativa especializada.

El estudio del derecho a la información requiere analizar las facultades que lo integran y el deber profesional de informar. Dentro de este deber, el deber de responder ocupa una posición relevante. ¿Cuáles son sus principales criterios y manifestaciones?

- a. El principio *neminem laedere* se considera cabalmente como el punto de partida de la responsabilidad *iusinformativa*. Pero no es suficiente que la actividad informativa cause objetivamente un daño; se requiere que ese daño sea ilícito, lo que significa, en términos abreviados, que el daño no sea consecuencia directa o indirecta del recto ejercicio del derecho a la información.
- b. El principio general *neminem laedere* está en la base de algunas figuras específicas del Derecho de la Información. Tal es el caso del derecho de réplica y de otros medios análogos que intentan con simplicidad y rapidez paliar los perjuicios causados por la actividad informativa.

- c. El intervencionismo de la administración pública conlleva riesgos importantes para el justo ejercicio del derecho a la información, hasta el punto que puede arruinar la autonomía del sujeto organizado y cualificado de la información. La historia de la censura previa es una buena prueba de ello. Pero no solo la censura. El secuestro administrativo de publicaciones, determinadas potestades administrativas en la inscripción o cancelación de empresas informativas, la suspensión de publicaciones, las limitaciones administrativas al objeto de la información o la consulta obligatoria, las potestades sancionadoras a empresas y profesionales de la información, el papel arbitral en el derecho de réplica, etcétera, han sido o son otras tantas manifestaciones de un impropio intervencionismo administrativo.
- d. La regulación de la responsabilidad *iusinformativa* en el ámbito penal plantea numerosos problemas. Las tensiones jurídico-penales se producen, no solo como consecuencia de las dificultades técnicas de la regulación, sino sobre todo porque la responsabilidad penal está llamada a ocupar un lugar central en el campo de la responsabilidad *iusinformativa*.
- e. En el ámbito de la responsabilidad civil se distinguen tres tipos de responsabilidades que tienen carácter y finalidad distintos: la responsabilidad civil contractual, la responsabilidad civil *exdelicto* y la responsabilidad extracontractual. Aunque todas ellas presentan facetas de mucho interés, merece la pena detenerse, a nuestros efectos, en la responsabilidad civil extracontractual por el papel tan importante que puede jugar en la actuación y en las relaciones *iusinformativas*.
- f. No sería completo el cuadro esbozado sobre algunos criterios básicos de responsabilidad *iusinformativa*, sin hacer referencia a la responsabilidad ética que desencadena la actuación informativa. Es claro y está fuera de toda duda que se trata de dos tipos de responsabilidad que, a partir de un origen y fundamento común, son diferenciables con mayor o menor nitidez, con mayor o menor pureza.

Responsabilidad desde el punto de vista informativo¹⁶⁸

Múltiples son los conceptos de responsabilidad. Más allá que la definición en sí misma, interesa saber su significado. Responsabilidad procede del término latino *respondere*: responder. “Es la obligación y la capacidad de asumir las consecuencias de los propios actos libres, de responder por ellos.” Para ese responder, como se ha puesto de manifiesto, es necesaria la libertad del hombre. La responsabilidad es consecuencia de esa libertad. Es conveniente insistir, fijándonos en la breve definición citada, que lo consustancial de la responsabilidad es la respuesta por un hacer libre, es el asumir unas consecuencias que se han querido en razón de una libertad previa que ha llevado a un determinado modo de actuar.

La idea de la responsabilidad, sobre todo centrándola en el campo informativo, pero extensible a todo actuar, como ponen de manifiesto diversos autores, entre ellos Soria, no debe ceñirse a la norma concreta que recoge la responsabilidad jurídica, porque ello es una visión empobrecida de la misma. Es reducir el ámbito de la libertad a la existencia de una norma que limita ese hacer, es “dar equivocadamente la idea de que la responsabilidad es un modo esencial de limitar la libertad”, empobreciendo la verdadera sustancia de la responsabilidad.

Clases de responsabilidades informativas

Al igual que en el resto de los campos del Derecho, en la actividad informativa se pueden dar tres niveles de responsabilidades jurídicas:

- administrativa
- civil
- penal

a) *La responsabilidad administrativa en la información.* En relación con los contenidos, que es la parte examinada en este apartado

168 Bel Mallén, Ignacio y Loreto Correidora y Alfonso (Coords.). Ob. Cit. pp. 224 a 235.

del capítulo, la de carácter administrativo está en clara regresión, sobre todo en los calificados como estrictamente informativos, dado que el desarrollo del Derecho a la Información ocasiona como consecuencia inmediata la aparición de la capacidad sancionadora de la administración respecto a los medios de comunicación. Esto ocasiona, en palabras de Azurmendi, que “hoy la responsabilidad administrativa de los profesionales de la comunicación es prácticamente inexistente.”

- b) *La responsabilidad civil informativa.* El objeto de la responsabilidad civil se circunscribe al campo de la relación entre los particulares. Intenta regular, a través de las normas civiles, toda la gama de relaciones que se llevan a cabo en el mundo privado y por ello tiene un fuerte componente compensatorio en su sistema de responsabilidad. Dichas compensaciones vienen derivadas del incumplimiento de acuerdos entre particulares, o bien por el hecho de haber causado un daño manifiesto y real a una de las dos partes en relación.

Por ello, la responsabilidad civil se suele dividir con respecto a la relación contractual existente entre particulares y se habla por ello de responsabilidad contractual. En el primer caso viene derivada necesariamente por una de ellas, o por las dos, y exige por ello un estudio sobre quién realmente ha violado, y en qué extremos, dicho acuerdo contractual. La segunda es consecuencia de la realización de un daño cierto a una persona o personas a otra u otras y, como consecuencia, la necesidad de reparar en la forma, modo y tiempo debido dicho daño y en ella ocupa un lugar preferente de análisis para su exigencia el concepto de culpa, aun cuando, en opinión de Escobar, hoy en día este concepto está en regresión, incluido en el campo informativo.

Escobar establece una clasificación en las obligaciones entre particulares, o sea, de carácter contractual, de la cuales se puede derivar una responsabilidad civil y que enumera en cinco clases: la ley, el contrato, los cuasi-contratos, los actos y omisiones ilícitos,

los actos y omisiones en que intervenga culpa o negligencia. Por el contrario, en la responsabilidad extracontractual, o sea, la producida por la realización de un daño a otra persona, y en la que como se ha señalado en el estudio la culpabilidad es esencial, este autor, siguiendo a Picazo y Gullon, establece la distinción entre responsabilidad subjetiva, fundada exclusivamente en la culpa o la objetiva, cuando se produce independientemente de la culpa, directa o indirectamente relacionada con la producción personal o no del daño, ya que la primera se circunscribe a quien realmente ha ocasionado el daño, mientras la segunda se imputa a persona que no la ha producido de manera directa y principal o subsidiaria.

- c) *La responsabilidad penal informativa.* La responsabilidad penal es la más exigente y dura de las que hemos mencionado, porque afecta a los hechos delictivos que repercuten gravemente en el interés público, o también denominado, social. Azurmendi califica a esta vía de exigencia como “imperativa, punitiva y disuasoria”, entendiendo que es “imperativa porque obliga a que se realicen unas acciones y a que se omitan otras; es punitiva porque a cada una de esas conductas, recogidas y calificadas según su gravedad en una regulación *ad hoc* -el Código Penal- le corresponde una sanción o pena, también predeterminada; y es disuasoria a la vez, porque el temor al castigo previene la adopción de esa conducta en muchos casos.”

No cabe duda que el grupo más importante, a efectos informativos, es el relativo a los delitos contra los derechos personales. En este grupo se encuadran los delitos en relación con:

- el honor de las personas físicas y jurídicas y dentro de ellos los dos importantes delitos de:
 - calumnia
 - injuria
- la vida privada y familiar
- la intimidad
- la defensa de la propia imagen.

Responsabilidad penal

En cuanto a las responsabilidades que conllevan la privación de la libertad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que es excesiva y que la misma solo se debe aplicar en materia civil.

Delitos vs. el honor¹⁶⁹

En su *Programa del Curso de Derecho Criminal*, Carrara clasifica los delitos contra el honor entre los delitos naturales, y dado que parte de la preferente consideración de ese bien connatural a la persona humana independientemente de la condición de ciudadano, vincula con la idea de honor tres conceptos subalternos:

- El sentimiento de nuestra dignidad dependiente exclusivamente del amor a nosotros mismos y del goce inefable que genera en nosotros, sin necesidad del aplauso ajeno, la sola conciencia de nuestros méritos, capacidades y virtudes.
- La lesión en la estima o reputación ante los demás (a la que Shakespeare, en *Otelo*, llamó poéticamente “la joya del alma”), siendo que el patrimonio del buen nombre no existe entre nosotros sino en la mente de los otros.
- La privación de ventajas consiguientes al buen nombre.

La contumelia se producía cuando las palabras ofensivas eran dichas en presencia de la persona contra la cual estaban dirigidas, estimando que podría definirse a partir de una fórmula negativa, dado que para su configuración debían faltar: a) la imputación de un hecho determinado; b) la comunicación a más de uno (difamación), y c) una escritura divulgada (a la que denominó libelo famoso). La difamación, en cambio, tenía lugar cuando las palabras eran proferidas

169 Merlo, María E. Ob. Cit. pp. 15, 16.

estando la persona ausente, y la definió como “la imputación de un hecho criminoso o inmoral, dirigida dolosamente contra un ausente y comunicada a varias personas separadas o reunidas”. Requería, por ende, cuatro exigencias: dolo, ausencia, imputación y comunicación.

Se ha dicho que definir el honor es una tarea difícil. El propio Maurach lo resume en certera frase: “el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho Penal, y por tanto, el menos eficazmente protegido.”¹⁷⁰

Los delitos contra el honor ofenden a la persona de manera directa e inmediata en sus atributos de personalidad, vale decir, en el conjunto de las cualidades apreciadas como valiosas por el individuo y por la comunidad, y que le son atribuibles a una persona humana (aunque excepcionalmente también se le reconoce “prestigio” a las personas jurídicas).¹⁷¹

En igual sentido, Müller sostiene que “el honor es un *derecho de la personalidad*, de la que viene a ser una emanación o atributo íntimo y entrañable, relativo no a bienes exteriores en los que ese derecho se proyecta al actuar, sino que es personal, en cuanto forma parte del ser humano, de su interioridad, teniendo por ello un contenido ideal, inmaterializado.”

Modernamente, la ofensa de la personalidad, como bien lo manifiesta Vázquez Rossi, implica una ofensa al concepto de la *dignidad del ser humano*, aún difícil de precisar para las ciencias pero, en rigor, éste es, a la luz de los tratados y disposiciones constitucionales actuales, un valor preexistente a cualquier ordenamiento positivo, connatural e inescindible de la persona humana.”

170 Cardenal Murillo, Alfonso, y Serrano González de Murillo, José L. *Protección penal del honor*. Universidad de Extremadura. Civitas. Madrid. 1993. p. 27.

171 Villada, Jose Luis. *Delitos Contra el Honor*. (Injurias, Acción Penal, Acción Civil, Extinción de la acción y de la pena, Falsedad de datos en archivos personales, Ley contra la discriminación). Editorial Jurídica Nova Tesis. Argentina. 2005. pp.14 a 22.

Carrara, cuando nos dice: la idea del honor, vincula tres conceptos inseparables:

El sentimiento de la propia dignidad, como contenido primario de la idea del honor; sentimiento y aspiración de toda alma humana que no depende de ninguna consideración exterior, sino exclusivamente del amor a nosotros mismos y del gozo que produce en cada uno, la sola conciencia de nuestros méritos, capacidades y virtudes. La estima o buena opinión que los demás tienen de nosotros, de nuestras cualidades espirituales o corporales. El patrimonio del buen hombre no existe en nosotros mismos sino en la mente de los demás. La generalidad de los delitos contra el honor es contra este aspecto, aunque no se deben descuidar los otros dos.

El poder tiene una *buena reputación de procurarnos ciertas ventajas materiales, provenientes de un buen nombre, y, consiguientemente las graves pérdidas que puede inferir el descrédito* (como impedir un matrimonio, la obtención de un préstamo, la pérdida de un empleo, de una posición honorífica, etcétera). En este punto, aclara correctamente Carrara, si la injuria es efectuada con el deliberado propósito de perjudicar -perjuicio que no es necesario para la consumación del delito- debe aumentar el grado de reproche y consecuentemente, agravarse la pena.

De todo lo dicho, se puede concluir, junto con Nuñez, que “el honor es la personalidad misma, o la suma de casualidades morales, jurídicas, sociales y profesionales valiosas para la comunidad, atribuibles a las personas.”

La exposición pública de la esfera íntima de la persona humana (sea de índole personal, familiar, sexual o sobre aspectos de su salud), de modo que pueda resultar menoscabante, no significa dejar de reconocer que “el concepto de honor es esencialmente relativo y condicionado por pautas de tipo social y cultural, dependientes del sentimiento de cada pueblo o comunidad, de sus valoraciones sociales

y su acontecer histórico-político, costumbres etcétera,” tal como lo señala Buompadre.

Jurídicamente, enseña Carrara que antiguamente, en Roma, se utilizaba el término con un significado más amplio: el de todo acto que genéricamente se cometía sin derecho (por ello los romanos castigaban las lesiones y otras agresiones indeterminadas, como “Injuria”).

Buompadre, sin embargo, amplía la noción en el derecho romano (a partir de una monografía de K. Z. Méhész), explicando que distinguían entre injurias leves (ensuciar, manchar, golpear con los puños, fustigar a otros mediante gestos o actos corporales -llamadas injurias reales- y atroces, siendo estas últimas formas más graves (cuando se causaba heridas, o hechas a la vista del público, según la condición social de la víctima, etcétera). Pero agrega al anterior significado el más concreto de *convicium* (de carácter genérico, que abarcaba al palabrerío, vocerío, escándalo que agraviaba en forma verbal), y por otra parte los *libellus famosus*, que comprendían los panfletos agraviantes que se distribuían de mano en mano. Fue recién desde el medioevo, cuando los prácticos especializaron su sentido como un delito contra el honor de una persona humana, de un grupo o de una asociación, consistente en un acto verbal, ya sea que lo hiciere por sí misma (de propia mano) o mediante un inimputable; ya sea en forma privada (mediante un mensaje personal al injuriado) o públicamente (llevando a cabo la ofensa en forma tal que pueda ser conocida por otro o varias personas, aunque efectivamente esos terceros no tomarán conocimiento de la ofensa.)

Prevenir y castigar¹⁷²

Prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas

172 Coderch, Pablo Salvador. Ma. Teresa Castiñeira Palou. *Prevenir y Castigar*. (Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños). Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. España. 1997. pp. 9, 13, 19 y 20.

las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir -de precaver, evitar o impedir una cosa- mandan castigar a quien las incumple. Esta distinción es cardinal para nosotros porque desmonta, esperemos que de una vez por todas, el argumento principal de la doctrina civilista más tradicional que niega que el Derecho sancionador ni se aplica judicialmente en el curso de un proceso dotado de suficientes garantías para el demandado. Mas, si se puede disociar los instrumentos preventivos de los punitivos, desaparece una de las objeciones doctrinales que más eficazmente han contribuido a perpetuar el aislamiento de nuestra dogmática civil de una de las construcciones teóricas más notables de este siglo como es, señaladamente, el análisis económico del Derecho de daños.

Hay que deslindar claramente el Derecho Civil del Derecho Penal y evitar así o, al menos, tratar de minimizar las zonas de solapamiento entre uno y otro que tanto encarecen nuestra infraestructura jurídica -legal y judicial- con desprecio del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE). Además, no hay que olvidar que el Derecho penal es la *última ratio* del sistema jurídico. Prevenir no implica castigar, pero sancionar ha de ser realmente el último remedio y ello no retóricamente, sino empíricamente; desde un punto de vista crítico y normativo, hay que tratar de comprobar en cada caso si los objetivos que se propone el legislador penal no podían haberse conseguido a menor coste económico y social por el legislador civil (o el administrativo), o mediante la adopción de medidas no normativas o, incluso, no jurídicas.

A la génesis y evolución de la doctrina *Sullivan*, según la cual, en un pleito de difamación, los demandantes que son personajes públicos solo pueden accionar por daños causados por la divulgación de informaciones falsas y difamantes relativas a su conducta oficial si prueban convincentemente que el demandado publicó el enunciado difamatorio con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falso o con desconsiderada indiferencia de su valor de verdad.

Se dirá que, para las intromisiones más graves, ya funcionan los mecanismos sancionadores del Derecho Penal y del administrativo sancionador, más ello no responde a la pregunta de *por qué el Derecho privado debe renunciar absolutamente a contribuir a cualquier tipo de finalidad preventiva cuando puede ejercerle razonablemente sin perjuicio de los derechos del demandado a la tutela judicial efectiva*. No lo hacen así, es decir, no renuncian a las potencialidades preventivas del Derecho Privado las partes que pactan una cláusula penal superior a los daños previsibles derivados del incumplimiento contractual; tratan de evitar, entre otras cosas, costes terciarios. Entonces, la (discutida) posibilidad de moderación judicial de la pena evita la indefensión de que, fuera del ámbito del Derecho contractual -que es el propio de la pena *convencional*-, debe ser la Ley y no el juez quien imponga penas (principio de legalidad).

Pero ya hemos señalado reiteradamente, primero, que la idea de prevención sirve para determinar el grado de precauciones exigible en cada caso de responsabilidad por negligencia, y, en segundo lugar, que no toda medida de reparación fijada teniendo en cuenta el principio de prevención supone una sanción. Entre la compensación y la pena hay lugar para medidas reparatorias intermedias (indemnizaciones disuasorias fijadas en función de todos los daños probables o en función de los beneficios obtenidos cuando éstos son superiores a los daños; reconocimiento público de la violación del derecho de que se trate; prestación de garantías de la abstención de futuras violaciones, etcétera). La idea de que entre la compensación y la sanción no hay solución de continuidad no es aceptada en este trabajo.¹⁷³

Delitos privados¹⁷⁴

Con los llamados delitos privados, donde se excluye a los órganos de persecución estatal y exclusivamente se deja a iniciativa, voluntad y poder discrecional de personas privadas a quienes la norma en cada

173 Ibidem. p. 161.

174 Torres-Dulce, Eduardo. *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. España. 1999. pp. 17 a 23.

caso faculta para ejercer la acción penal, y de ahí su principal característica, son las personas privadas determinadas en cada paso para cada tipo delictivo de esta naturaleza quienes detentan el monopolio absoluto de la persecución criminal de los mismos.

Este autor, por su parte, tras realizar un análisis de derecho comparado, encuentra la razón de ser de estos delitos privados en obedecer a una manifestación del principio de oportunidad reglada juntamente al principio de intervención mínima del derecho penal, quien, al examinar el variable catálogo de delitos privados en nuestro ordenamiento desde 1870, concluye que son razones, en definitiva, de política legislativa, de oportunidad y prudencia, las que motivan su existencia; significativa conclusión que permite más allá del mero sentimiento tradicional de vindicta, que Gimeno Sendra encuentra en los móviles económicos que frecuentemente afloran en estos procesos, observar una reprivatización, aunque sea parcial del proceso penal, al aunar la víctima, los roles de perjudicado y ofendido.

De manera más sistemática, Jesechk, referido al derecho alemán, otorga tres principales razones:

- a) relativa poca importancia criminal del delito solo aconseja su persecución cuando el ofendido muestre interés en la misma;
- b) necesidad de contar con la voluntad del ofendido si va a suponer la persecución una injerencia en su intimidad personal;
- c) la defensa de la propia víctima cuando el tratamiento público del delito a través del proceso pueda generar en la esfera íntima del ofendido mayor intromisión que el delito mismo.

En expresión de Ramos Méndez, “pocos delitos existen que tengan una regulación más prolija en materia procesal, debido a la superposición de múltiples normas de aluvión.” En primer lugar debe destacarse la inexistencia de obligatoriedad de utilizar previamente

la vía penal en las injurias y calumnias, aún en el caso que éstas tuvieran la naturaleza de delitos públicos.

Tipo de acciones civiles y penales¹⁷⁵

Como no deben confundirse la naturaleza que poseen y los fines que persiguen una y otra (civil y penal), a pesar que puedan tramitar en el mismo proceso (penal), resaltamos los siguientes aspectos en este cuadro comentado:

Acción Penal	Acción Civil
Responsabilidad personalísima Solo se responde por el propio hecho	Responsabilidad propia y de terceros (y eventualmente citado en garantía)

En materia penal solo se puede perseguir y sancionar a quien directa o mediatemente llevó a cabo la acción punible (autor o coautores) o a quienes directamente auxiliaron al autor (cómplices), o a quien instigó al autor del delito a cometerlo o a quien encubrió al delito o a los delincuentes.

En materia civil, se puede perseguir a quien causó el daño por mano propia (autor) y a quienes lo auxiliaron (partícipes), instigaron o encubrieron, a voluntad del damnificado.

Pero además responden terceros, por disposición de la ley civil (el padre, tutor o curador del incapaz; el empleador por el hecho dañoso de su empleador, que efectuó en el desempeño de su trabajo; el Estado por el hecho dañoso de funcionarios o empleados o contratistas; el dueño de la cosa con la que o en la cual produjo el daño, etcétera).

Acción Penal	Acción Civil
La responsabilidad se juzga desde el punto de vista subjetivo	La responsabilidad se juzga desde el punto de vista objetivo

175 Villada, J. Ob. cit. pp. 152 a 154.

La responsabilidad penal demanda que se pruebe además del nexo causal entre la conducta del reo y el daño causado al bien jurídico protegido, que se actuó con dolo. Si esta responsabilidad subjetiva no está probada, se debe absolver al reo.

Para determinar la responsabilidad civil, en general basta probar la conexión entre el hecho o conducta o cosa y el daño causado por aquel o con esta última. En muy pocos casos se toman en cuenta aspectos subjetivos.

Acción Penal	Acción Civil
No hay compensación de culpa	Existe culpa concurrente

En materia penal, basta que el acusado haya tenido un mínimo de intervención en el hecho dañoso para que penalmente sea imputado y penado, no interesa cuándo o cuál fue el aporte de la víctima al hecho delictivo.

En materia civil, se responde hasta el límite del propio aporte causal al daño producido. El damnificado responde por su parte (o al menos libera al demandado hasta ese porcentaje). La culpa absoluta de la víctima (probada) exonera de responsabilidad.

Acción Penal	Acción Civil
Su consecuencia final ordinaria es una pena de carácter retributiva del interés público y social	Su consecuencia final ordinaria es una retribución económica o patrimonial que debe satisfacer al damnificado

La acción penal persigue a los autores de un hecho delictivo en nombre del interés social y público de realizar la Justicia y asegurar los valores propios que debe amparar el derecho penal, particularmente el honor de las víctimas en esta clase de delitos. Su consecuencia ordinaria es la aplicación de una pena de carácter retributivo a quienes intervinieron en el hecho delictivo. Con la acción civil se persigue una reparación de contenido patrimonial, que restituya

al damnificado el valor de las pérdidas y daños que le produjo el delito.

Acción Penal	Acción Civil
Rige el principio de inocencia a favor del acusado, hasta que el actor pruebe su autoría material y responsabilidad	No rige el principio de inocencia. La carga de la prueba de la existencia y extensión del daño que se reclama recae sobre el que demanda reparación (damnificado)

Los principios y garantías que juegan a favor del reo para resguardarlo de los abusos del poder represivo del Estado no juegan en materia civil, donde la relación de carácter privado y consecuentes intereses particulares es de absoluta prioridad y no tolera intromisión alguna que mejore de antemano la situación de alguno de los que se enfrentan por una acción civil, salvo contadas excepciones que no son equiparables pero sí comparables con las garantías de derecho penal (como la teoría de la lesión del derecho o del abuso, del enriquecimiento sin causa, etcétera.)

De la configuración de las teorías de la responsabilidad civil destacan las vertientes que a través del tiempo fueron deslindando los tipos de responsabilidad en función del tipo de daño del patrimonio (en el caso que nos ocupa, moral) de las personas.

Dentro de la teoría del derecho, las consecuencias jurídicas juegan un papel preponderante, en especial en la materia civil, de donde se extrae el fundamento de las acciones civiles. El uso abusivo de derechos al igual que el incumplimiento conlleva determinados tipos de responsabilidad, dependiendo del tipo de sistema jurídico que las implementa, que van desde la administrativa, civil hasta la penal.

En el próximo capítulo veremos la comparación de derechos, comenzando con el Derecho Internacional y destacando los casos de los Estados Unidos de Norteamérica y Argentina a través de sus decisiones judiciales, sin olvidar los diversos instrumentos internacionales.

Capítulo 5

Comparación de derechos

Los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”; la manera de *positivizar* esos derechos para que sean derecho subjetivo “cualquier expectativa positiva -de prestaciones- o negativa -de no sufrir lesiones- adscrita a un sujeto por una norma jurídica” es utilizando los tratados y convenciones que con la característica de internacional pretenden lograr el rasgo de universalidad.¹⁷⁶

En el presente capítulo identificaremos los principales instrumentos internacionales que se han pronunciado sobre la Libertad de Expresión y el Derecho de Acceso a la Información con el análisis y relevancia del primer caso de Acceso a la Información Pública resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De igual manera, exploraremos los Derechos Norteamericano y Argentino para señalar los criterios relevantes en materia de Derecho de la Información, frente a los Derechos de Personalidad tratándose de figuras públicas.

176 Ferralóji, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, en Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2004. p. 12.

Instrumentos Internacionales

Los instrumentos internacionales más relevantes y exponenciales sobre la libertad de expresión y el derecho a la información, el derecho a la vida privada y la responsabilidad de los órganos de gobierno para rendir cuentas sobre sus actos se vienen plasmando en declaraciones, convenciones, pactos y demás instrumentos internacionales que los Estados, al suscribirlos, de acuerdo con el reconocimiento constitucional de cada uno de ellos, integran a su legislación nacional y supranacional.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es calificada como el texto jurídico más importante de la era moderna, y junto con la Constitución Federal de los Estados Unidos de 1787 son considerados por diversos autores, documentalmente, el principio y origen del constitucionalismo; en palabras de García de Enterría, “se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarcescible ...Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanzas sin límites se extendió por doquier.”¹⁷⁷ Destacaremos los elementos más relevantes en materia de Derecho de la Información y Derechos de la Personalidad.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Preámbulo

Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, *considerando que la ignorancia, el olvido*

¹⁷⁷ García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza. España. 1994. p. 19.

o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resultado exponer, en una declaración solemne, los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta Declaración, presente de manera constante en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y deberes; con el fin de que los actos del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo, pudiendo ser comparados en todo momento con el fin de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante sobre los principios simples e indiscutibles, repercutan siempre en el mantenimiento de la Constitución y en la felicidad de todos. En consecuencia, la Asamblea reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano.

Artículo 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.

Artículo 2. El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.

Artículo 4. La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro. Así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguren a los restantes miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Estos límites solo pueden estar determinados por la Ley.

Artículo 5. La Ley solo puede prohibir las acciones perjudiciales para la sociedad. Todo lo que no esta prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que aquella no ordena

Artículo 10. *Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, con tal de que su manifestación no altere el orden público establecido por la Ley.*

Artículo 11. *La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones, es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir, imprimir libremente, sin perjuicio de responder por el abuso de esa libertad en los casos determinados por la Ley.*

Como se destaca desde las primeras manifestaciones, los derechos tienen su alcance y límites en los derechos de los demás, siendo solo a través de la ley como se pueden fijar límites *a priori* teniéndose en todo momento contemplado el interés público; las libertades de expresión y de comunicación en una primera fase ya están reconocidas en este instrumento.

Declaración Universal de Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948

Esta Declaración, junto con el *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y sus respectivos protocolos opcionales, conforman la *Carta Internacional de los Derechos Humanos*, establecida el 16 de diciembre de 1966,¹⁷⁸ adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1968.

Preámbulo

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el *reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;*

178 Para consultar el texto completo remítase a: www.cinu.org.mx/onu/documentos/.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, *disfruten de la libertad de palabra* y de la libertad de creencias;

Considerando *esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho*, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

La Asamblea General proclama la presente

Declaración Universal de Derechos Humanos como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Artículo 19. *Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas*, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Es aquí donde se desprenden la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, el segundo de la interpretación de el

“investigar y recibir” con el que se completan los dos elementos del derecho de la información: la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que *solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.*
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, *toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás*, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. *Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*

Artículo 30. *Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*

En esta declaración se determina claramente el derecho a la dignidad como elemento principal de los derechos de la personalidad y se reiteran de manera aumentada los alcances de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información cerrando con la prohibición de suprimir cualquiera de estos derechos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁷⁹

Considerando:

Que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad;

Que, en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana;

...

Acuerda: adoptar la siguiente

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE

Preámbulo

Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros.

El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos.

Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan

¹⁷⁹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, mediante resolución XXX, Bogotá, Colombia. Fecha de adopción: 2 de mayo de 1948.

la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad.

CAPÍTULO PRIMERO DERECHOS

Derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad e integridad de la persona

Artículo I. *Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.*

...

Derecho de libertad de investigación, opinión, expresión y difusión

Artículo IV. *Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio.*

Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar

Artículo V. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*

...

Alcance de los derechos del hombre

Artículo XXVIII. *Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.*

CAPÍTULO SEGUNDO DEBERES

Deberes ante la sociedad

Artículo XXIX. *Toda persona tiene el deber de convivir con las demás de manera que todas y cada una puedan formar y desenvolver integralmente su personalidad....”*

Destaca que ya se contempla plenamente los alcances y límites coincidiendo con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, siendo el derecho de los demás la primera limitante y sobre todo el respeto a los derechos de la personalidad.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966

El *Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos*¹⁸⁰ hace referencia a derechos tales como la libertad de circulación, la igualdad ante la ley, el derecho a un juicio imparcial y la presunción de inocencia, a la libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión y opinión, derecho de reunión pacífica, libertad de asociación y de participación en la vida pública, en las elecciones y la protección de los derechos de las minorías. Además prohíbe la privación arbitraria de la vida, las torturas y los tratos o penas crueles o degradantes, la esclavitud o el trabajo forzado, el arresto o detención arbitrarios y la injerencia arbitraria en la vida privada, la propaganda bélica y la instigación al odio racial o religioso.

Por su parte, el artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos recoge los elementos descritos en la Declaración Universal de Derechos Humanos como son: buscar, recibir y difundir información; sin embargo, el artículo 19 del Pacto contempla -a diferencia de la Declaración- límites específicos a esa libertad, más aún, define dichas restricciones puntualizando el hecho que las leyes -de los Estados Partes en ese Pacto- especificarán los términos para el ejercicio del derecho a la información que garanticen el respeto a los derechos de terceros - en el ámbito individual- así como la seguridad nacional y el respeto irrestricto del orden público en lo que se refiere al mantenimiento del Estado de Derecho.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de

180 Depositario: ONU. Lugar de adopción: Nueva York, E. U. A. Fecha de adopción: 16 de diciembre de 1966.

diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

Artículo 19

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

Se sigue garantizando la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información con un uso armónico, respetando en todo momento los derechos o la reputación de los demás, estos son principalmente: la dignidad, la vida privada, el honor y la propia imagen.

Aunque la redacción contiene conceptos abiertos, es precisamente ese beneficio el que permite que en la aplicación se logren interpretaciones que actualicen estos derechos en función del caso concreto sin que pierdan vigencia.

Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969

La Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸¹ constituye uno de los instrumentos internacionales pilares sobre el derecho de libertad de expresión y del derecho a la información, a partir de ésta se han emitido documentos más explícitos y amplios sobre la libertad de expresión y el derecho a la información por parte de los Estados Miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA), por mencionar unos, la Declaración de Chapultepec y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; este último es el que más disposiciones expresas, amplias y concretas emite respecto del derecho a la información, en su vertiente y reconocimiento de acceso a la información pública, acceso, corrección y protección de datos personales y rendición de cuentas.

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS¹⁸²

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José)

Preámbulo

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,

Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre;

181 Conocido como: "Pacto de San José". Depositario: OEA. Lugar de adopción: San José, Costa Rica. Fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969.

182 Organización de los Estados Americanos y otros. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Secretaría General Organización de los Estados Americanos. Estados Unidos. 2005.

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos;

...

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,

Han convenido en lo siguiente:

...

Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

- 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*
- 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*
- 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

- 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar,*

recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

- 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*
 - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás,*
o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*
- 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.*
- 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*
- 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.*

Artículo 14. Derecho de Rectificación o Respuesta

1. *Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.*
2. *En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.*
3. *Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.*

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) *excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

- d) *excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

CAPITULO V DEBERES DE LAS PERSONAS

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. *Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*

Lo verdaderamente novedoso es el sistema jurídico que implanta la Convención Americana sobre Derechos Humanos; es la específica sanción que impone al responsable además de la reparación del daño, consistente en el deber de publicar por el mismo órgano de difusión la rectificación o respuesta que exija la persona afectada. El derecho a reclamar la rectificación corresponde a quien es alcanzado por una información inexacta, en tanto que el derecho de respuesta lo ejerce quien es víctima de una información agravante que afecta su honra y su reputación.¹⁸³

183 Bustamante Alsina, J. Ob. Cit. pp. 263, 264.

La cuestión que se plantea en la doctrina y la jurisprudencia es si la norma del artículo 14 del Pacto es directamente operativa o solamente programática, por un lado; y por otro, si más allá de la normativa en cuestión, el derecho de réplica puede ser considerado uno de esos derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

Otros Instrumentos Internacionales

Como pudimos apreciar en el apartado anterior, de la incipiente redacción en los primeros instrumentos internacionales, conforme se fue avanzando en el tiempo se fueron perfeccionando, estableciéndose expresamente los derechos de la personalidad, la libertad de expresión (que es el que cuenta con un reconocimiento más antiguo en este tipo de instrumentos) y el derecho de acceso a la información. Veremos ahora, a manera de ejemplo, otros pronunciamientos de estos derechos en materia internacional.

UNESCO y acceso a la información

El Derecho de la Información no crea la información, ni los elementos, ni los procesos, relaciones o consecuencias, en que la información, que también es objeto de una ciencia, se sustenta. Pero la reconoce y la regula. Por eso, intentando aproximaciones a un concepto del Derecho de la Información se puede afirmar que “es aquella ciencia jurídica que acota los fenómenos informativos de todo tipo y los encauza hacia la justicia.”¹⁸⁴

El Derecho de la Información no nace por la evolución del derecho civil romano, como las otras ramas del Derecho, sino que es como un precipitado que se produce cuando queda claro el Derecho a la Información en la Declaración de 1948. Al postularse como derechos

184 Bel Mallén, I. Ob. Cit. p. 55.

de todos y cada uno, surge evidente la necesidad de satisfacer ese derecho también de modo personal y universal.

El primer libro con el título Derecho de la Información es el de Terrou y Solal, publicado por la UNESCO en 1951, del que hubo una versión española de 1952. Representó el primer intento consciente de construcción de un nuevo derecho. Hoy es una reliquia valiosa pero inoperante porque, valiéndose de sus propios principios, el Derecho de la Información se ha desarrollado tanto que es capaz de acoger a los nuevos fenómenos y los nuevos medios sin solicitar ayuda a otras ciencias.

Prácticamente se ha vuelto un lugar común pensar que la democracia es la solución de todo los males que aquejan a las sociedades. La hemos visto como la piedra filosofal que da vida y eterna juventud a un sistema político. Cuando advertimos que esto no es así de simple, entonces empezamos a buscar culpables y endilgarle adjetivos. Si no es una -la democracia lisa y llana- entonces será otra -democracia adjetivada- la que nos saque del atolladero. Así, hoy hablamos de democracia clásica, protectora, desarrollista, directa, pluralista, etcétera. ¿Qué es pues la democracia? La democracia se trata de un término extremadamente complejo, que incluso ha dado paso a su propia teorización. Prueba de ello es la muy abundante literatura sobre la teoría de la democracia. Por eso solo haremos algunas consideraciones al respecto, sin intentar profundizar en un tema que no es el objetivo fundamental de este trabajo.¹⁸⁵

Por su parte, la UNESCO, en una declaración conocida como la Carta de Santo Domingo por el Libre Acceso a la Información Pública, planteó las siguientes consideraciones:¹⁸⁶

1. El libre acceso de las personas a las fuentes de información pública es un derecho humano universal y un principio democrático inherente al derecho a la información (...);

185 Zaldivar, Ángel. *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006. p. 7.

186. Ibidem. pp. 19 y 25.

2. El libre acceso a la información pública contribuye a la transparencia de la gestión pública, combate a la corrupción y la cultura del secreto como práctica y asegura un mayor grado de eficiencia en el manejo de la cosa pública;
3. El libre acceso a la información pública garantiza la participación ciudadana en la toma de decisiones de interés público, factor indispensable para la construcción de una cultura democrática.

Es un hecho prácticamente incontrovertible que los gobernantes tienden al secreto, al ocultamiento de sus acciones. Las razones las fundan en las más dispares situaciones, desde la defensa del Estado, pasando por la propia protección de los ciudadanos, hasta la famosísima y utilísima barrera de la seguridad nacional o la seguridad pública.

Conocer los secretos de algo o de alguien significa que se tiene un poder sobre ese algo o ese alguien y eso es una desventaja. Ya lo decía Gracian: “quien cuenta a otros sus secretos, se hace su esclavo.” Por supuesto que el gobierno no está dispuesto a convertirse en esclavo de nadie.

Declaración de Chapultepec, México 1994

La Declaración de Chapultepec nació de la Conferencia Hemisférica que la Sociedad Interamericana de Prensa organizó en marzo de 1994 en el castillo de Chapultepec, en la ciudad de México, que congregó a líderes políticos, escritores, académicos, abogados constitucionalistas, directores de periódicos y ciudadanos de toda América, para redactar un documento que contiene diez principios fundamentales, necesarios para que una prensa libre cumpla ese papel esencial en la democracia.¹⁸⁷

En agosto de 1988, en San José de Costa Rica se reunieron expertos juristas del ámbito interamericano, periodistas, directores de medios

187 Aberastury, P. Ob. Cit. p. 395.

de comunicación y ciudadanos del continente Americano para reafirmar y ratificar los diez principios e interpretar el espíritu de la Declaración de Chapultepec. Como resultado se redactaron las contribuciones a los 10 principios de la 395 Declaración de Chapultepec.

DIEZ PRINCIPIOS

1. *No hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa.* El ejercicio de ésta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo.
2. *Toda persona tiene el derecho a buscar y recibir información, expresar opiniones y divulgarlas libremente.* Nadie puede restringir o negar estos derechos.
3. Las autoridades deben estar legalmente obligadas a poner a disposición de los ciudadanos, en forma oportuna y equitativa, la información generada por el sector público. *No podrá obligarse a ningún periodista a revelar sus fuentes de información.*
4. *El asesinato, el terrorismo, el secuestro, las presiones, la intimidación, la prisión injusta de los periodistas, la destrucción de los medios de comunicación, la violencia de cualquier tipo y la impunidad de los agresores, coartan severamente la libertad de expresión y de prensa.* Estos actos deben ser investigados con prontitud y sancionados con severidad.
5. *La censura previa, las restricciones a la circulación de los medios o a la divulgación de sus mensajes, la imposición arbitraria de información, la creación de obstáculos al libre flujo informativo y las limitaciones al libre ejercicio y movilización de los periodistas, se oponen directamente a la libertad de prensa.*
6. *Los medios de comunicación y los periodistas no deben ser objeto de discriminaciones o favores en razón de lo que escriban o digan.*

7. Las políticas arancelarias y cambiarias, las licencias para la importación de papel o equipo periodístico, el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión y la concesión o supresión de publicidad estatal, *no deben aplicarse para premiar o castigar a medios o periodistas.*
8. *El carácter colegiado de periodistas*, su incorporación a asociaciones profesionales o gremiales y la afiliación de los medios de comunicación a cámaras empresariales, *deben ser estrictamente voluntarios.*
9. *La credibilidad de la prensa está ligada al compromiso con la verdad, a la búsqueda de precisión, imparcialidad y equidad, y a la clara diferenciación entre los mensajes periodísticos y los comerciales.* El logro de estos fines y la observancia de los valores éticos y profesionales no deben ser impuestos. Son responsabilidad exclusiva de periodistas y medios. En una sociedad libre la opinión pública premia o castiga.
10. *Ningún medio de comunicación o periodista debe ser sancionado por difundir la verdad o formular críticas o denuncias contra el poder público.*¹⁸⁸

De manera específica se determinan los supuestos en los que se considerarán los atentados a la libertad de expresión y los derechos de los medios de comunicación y los periodistas.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión 2000¹⁸⁹

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su 108 periodo de sesiones realizado en octubre de 2000 aprobó la *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión*, un instrumento que reafirma el contenido del artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos.

188 Para revisar el texto completo remítase a: www.infoamerica.org/libex/

189. Organización de los Estados Americanos y otros. Ob. Cit. pp. 197 a 200.

DECLARACIÓN DE PRINCIPIOS SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PREAMBULO

CONVENCIDOS. *Que garantizando el derecho de acceso a la información en poder del Estado se conseguirá una mayor transparencia de los actos del gobierno afianzando las instituciones democráticas;*

RECORDANDO *que la libertad de expresión es un derecho fundamental reconocido en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Resolución 59 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, la resolución 104 adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, La Ciencia y la Cultura (UNESCO), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en otros instrumentos internacionales y constitucionales nacionales;*

REAFIRMANDO *el Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que el derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas sin consideración de fronteras y por cualquier medio de transmisión;*

CONSIDERANDO *que la libertad de expresión no es una concesión de los Estados, sino un derecho fundamental;*

- 1. La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática.*

2. *Toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en los términos que estipula el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*
3. *Toda persona tiene el derecho a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya esté contenida en bases de datos, registros públicos o privados y, en el caso de que fuere necesario, actualizarla, rectificarla y/o enmendarla.*
4. *El acceso a la información en poder del Estado es un derecho fundamental de los individuos.* Los Estados están obligados a garantizar el ejercicio de este derecho.
5. *La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley.*
6. *Toda persona tiene derecho a comunicar sus opiniones por cualquier medio y forma.* La colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión.
7. *Condicionamientos previos, tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión* reconocido en los instrumentos internacionales.
8. *Todo comunicador social tiene derecho a la reserva de sus fuentes de información, apuntes y archivos personales y profesionales.*
9. *El asesinato, secuestro, intimidación, amenaza a los comunicadores sociales, así como la destrucción material de*

los medios de comunicación, *viola los derechos fundamentales de las personas y coarta severamente la libertad de expresión.*

10. *Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada solo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas.*
11. *Los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad.*
12. *Los monopolios u oligopolios en la propiedad y control de los medios de comunicación deben estar sujetos a leyes antimonopólicas por cuanto conspiran contra la democracia al restringir la pluralidad y diversidad.*

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, *atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley.*

Como se aprecia, esta declaración es una de las más completas y previsoras de los posibles abusos en el ejercicio de derechos así como

la adecuada armonización de la libertad de expresión, del derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad, tratándose de figuras públicas, llevando los tipos de responsabilidades al ámbito civil.

Declaración de Principios de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información 2003

Realizada en Ginebra, Suiza, del 10 al 12 de diciembre de 2003, establece “el deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos” (numeral 1).

De manera puntual reconoce que un elemento indispensable para construir una Sociedad de la Información integradora es mediante la capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento; que para promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo es imprescindible la eliminación de los obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas. Para ello sostiene la necesidad de crear un nuevo diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares (numerales 24 y 25).¹⁹⁰

Declaración de Santo Domingo Gobernabilidad y Desarrollo en la Sociedad del Conocimiento 2006

Celebrada el 6 de junio de 2006, exhorta a los órganos, organismos y entidades de la Organización de Estados Americanos (OEA) para

190 Para consultar el texto completo remítase a: www.itu.int/wsis/docs/

que “continúen apoyando a los Estados Miembros en la incorporación de las TIC en sus planes nacionales de desarrollo, particularmente en los procesos de modernización de las instituciones públicas, favoreciendo los que contemplen la formación de funcionarios públicos, y que son necesarios para fortalecer la gobernabilidad y el ambiente democrático, promover la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana y la eficiencia en la gestión y la provisión de servicios en el sector público, con el fin de satisfacer las necesidades y aspiraciones de todas las personas” (numeral 1).

Asimismo, hace “énfasis en la modernización del Estado a través del diseño e implementación de estrategias de gobierno electrónico, incluyendo programas de capacitación de funcionarios públicos en este tema, con el fin de mejorar la provisión de servicios e información a la población en su conjunto, facilitando en especial el acceso de los grupos más necesitados, así como de incrementar la transparencia y la rendición de cuentas” (numeral 2).¹⁹¹

Primer caso de Acceso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El primer caso de Acceso a la Información presentado primero ante la Comisión y posteriormente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el precedente que servirá para sentar las bases en función de la aplicación en los casos concretos de los países que suscribieron los instrumentos que utiliza la Corte, que se convierte en el organismo supranacional de protección de estos derechos.

Antecedente. El caso:¹⁹²

1. Fundación Terram envió una carta al Vicepresidente Ejecutivo del Comité de Inversiones Extranjeras el 6 de mayo de 1998, solicitando acceso a información en poder del Estado en

¹⁹¹ www.oas.org/36ag/

¹⁹² Dictamen presentado por Ernesto Villanueva como perito de la OEA en el caso.

relación con las obligaciones del Comité respecto de Forestal Trillium y el proyecto Río Cóndor, lo anterior para medir los factores comerciales del proyecto, medir su impacto en el medio ambiente y brindar oportunidad de supervisión ciudadana a las mediadas gubernamentales para su desarrollo.

2. De siete preguntas tres dejaron de contestarse sin la emisión de una negativa formal fundada y motivada por parte de la autoridad.
3. Los solicitantes agotaron las instancias internas en las que se decretaron inadmisibles los escritos mediante los cuales pedían se les restituyera el derecho de acceso violado.
4. Agotado el procedimiento interno acudieron a la vía internacional ante la Comisión Interamericana a hacer valer el Artículo 13 de la Convención Americana.

La rendición del peritaje propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se basa en los siguientes aspectos:

- a. La incidencia del acceso a la información en una democracia.
- b. Perspectiva comparativa sobre cómo algunos países, incluido México, han venido resolviendo la cuestión.

Primero.- La incidencia del acceso a la información en una democracia.

La palabra democracia significa literalmente, poder (kratos) del pueblo (demos). Para Norberto Bobbio, las definiciones de democracia tienden a resolverse y agotarse según los autores de reglas del juego; como también han sido llamadas, “universales de procedimiento”. Entre ellos:

- 1) el máximo órgano político, a quien está asignada la función legislativa, debe estar compuesto por miembros elegidos directa o indirectamente, por el pueblo;
- 2) junto al supremo órgano legislativo deben existir otras instituciones con dirigentes elegidos, como los entes de la administración local o el jefe del estado;
- 3) electores deben ser todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad sin distinción de raza, de religión, de ingresos, y posiblemente también de sexo;
- 4) todos los electores deben tener igual voto;
- 5) todos los electores deben ser libres de votar según su propia opinión formada lo más libremente posible, es decir en una libre contienda de grupos políticos que compiten por formar la representación nacional; ...

Todas estas reglas establecen cómo se debe llegar a la decisión política y no qué se debe decidir.¹⁹³

Cabe hacer notar que a partir de su reconocimiento internacional en 1948, la libertad de información presenta las siguientes características:

- a) La información es una función pública.¹⁹⁴
- b) La información se transforma en una garantía supranacional.
- c) La información es también un objeto plural.

Lo anterior por lo que respecta a la relación entre acceso a la información y democracia; sin embargo, para complementar la

193. Diccionario de Política. A-j, bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Grantranco. 13ª ed. Siglo XXI. México. 2002. pp. 449, 450.

194 Cfr. Soria, Carlos. *La hora de la ética informativa*. Mitre. España. 1991. p. 14.

eficacia de las legislaciones es necesario garantizar a través de las instituciones y los procedimientos ágiles y sencillos el ejercicio pleno de este derecho.

Lo que está por evaluarse es el aporte que deja la resolución tomada que, aplicando los instrumentos internacionales suscritos por los miembros de la Organización de Estados Americanos, se pronunció a favor de la transparencia y el acceso a la información, estableciendo una serie de principios que deberán ser adoptados como precedentes en futuros casos, acotándose así la aplicación discrecional de estos instrumentos por los países parte de la Organización.

Los Estados Unidos de Norteamérica

Dentro del continente americano existen dos países que se han destacado por haber adoptado, a través de sus decisiones judiciales, una serie de criterios que equilibran el derecho de acceso a la información y la libertad de expresión frente a los derechos de la personalidad tratándose de figuras públicas, son los Estados Unidos de Norteamérica y Argentina.

Libertad de prensa y derechos individuales en USA ¹⁹⁵

La *actual malice* pretende en realidad un equilibrio razonable entre la libertad de prensa y los derechos individuales afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aun particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público.

Refiere a casos de ofensa exclusivamente dirigida a:

Funcionarios públicos,

Figuras públicas, o

Personas privadas que involuntariamente devienen en públicas (aun transitoriamente).

195 Villada, J. Ob. Cit. pp. 105 a 107.

Conforme a esta doctrina, se exige que en caso que los sujetos ofendidos por la publicación injuriosa sean los antes mencionados, el delito solo se perfeccionará si ha existido conocimiento cabal de la falsedad de la información injuriosa o calumniosa y expresa intención de ofender o agraviar. Esto es solamente compatible con dolo directo del autor de la publicación.

El juez Kennedy sostenía que no debía entenderse el concepto de malicia como un intento dañino o motivación de despecho o mala voluntad, sino que debe tomársela como la publicación de una afirmación, con conocimiento de su falsedad o el temerario desinterés acerca de su verdad o falsedad. Creemos que esta opinión no logra desentrañar las diferencias entre dolo directo, de eventual o culpa con representación.

Creemos que los funcionarios públicos (únicamente) están sometidos a un margen mayor de críticas, pero únicamente referidas a sus actos funcionales o desempeño en la función, en defensa del interés público y general. Pero en cuanto a su incolumidad personal, solo cede en algunos casos excepcionales ante la necesidad republicana de que su vida pública sea expuesta al juicio o reproche público. Ello no autoriza a que en su vida íntima (familiar o personal) se les convierta en blanco de falsedades, con mayor tolerancia que los particulares, pues esto vulneraría el principio de igualdad ante la ley.

Libertad de expresión y primera enmienda¹⁹⁶

La aprobación en 1971 de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana alentó fundadas esperanzas de que, al menos en el hemisferio norte del Nuevo Mundo, se iniciaba el ocaso de las limitaciones ilegítimas de la expresión popular que habían servido para perpetuar en el poder a numerosos tiranos, dictadores y autócratas. Desde entonces se ha recorrido un largo camino en muy poco tiempo. Pero la lucha por la libertad de expresión, en su más amplio sentido, continúa no solo porque su mantenimiento exige un esfuerzo

196 Sánchez González, Santiago. *La Libertad de Expresión*. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. España. 1992. pp. 13 a 16.

ininterrumpido, sino porque se ve conculcada a diario por los poderes tradicionales y porque las amenazas que se ciernen sobre ella se han diversificado y transformado.

La libertad de expresión es la piedra de toque de todo régimen político. Su existencia o ausencia, sus límites legales, su uso en forma de libertad de información, su abuso, su entendimiento, su regulación, su alcance, su interpretación por los ciudadanos, por los medios de comunicación, por la clase política y por el gobierno, sus pretendidas bases teóricas, revelan, cada uno de ellos y todos globalmente considerados, la naturaleza más o menos liberal y más o menos democrática de la estructura de poder vigente en una sociedad en un momento determinado. El grado de libertad de expresión, las fluctuaciones de la misma, nos indica igualmente el estadio del progreso social alcanzado y las perspectivas -si es que existen- de cambio político. Las manifestaciones de la libertad de expresión sirven además de pauta para averiguar el sistema de valores vigente o predominante.

Una cosa es cierta: la historia de la humanidad puede escribirse como una historia de la represión de la expresión. Desde instancias religiosas primero, políticas después, y sociales ahora y siempre, la libertad de expresarse, de comunicar ideas, pensamientos y experiencias se ha visto con desconfianza y temor y se ha procurado restringir bajo los pretextos más extraños y peregrinos. El establecimiento de limitaciones a la libertad de expresión es comprensible en el contexto del interjuego de intereses sociales contrapuestos; pero no lo es tanto cuando uno de los intereses es el *interés general* interpretado por los detentadores del poder político de turno.

Límites a los derechos fundamentales en USA¹⁹⁷

Las declaraciones de derechos norteamericanas están intrínsecamente ligadas al proceso revolucionario independentista de las llamadas trece

197 Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*. UNAM. IJAS. México. 2005. pp. 44 a 51.

colonias del imperio británico, quien decide que esas colonias deben pagar su propia defensa -mucho más costosa tras la Guerra de los Siete Años (1757-1763), que entre otras cosas, al saldarse con la victoria inglesa, había eliminado a las colonias francesas de las fronteras de las colonias americanas- lo que conduce a elevar los impuestos. Una revuelta antifiscal se acaba tornando en una insurrección política independentista y una guerra en la que, con la ayuda de Francia y España, los colonos norteamericanos logran independizarse en 1781, promulgando finalmente una Constitución y fundando un nuevo Estado: los Estados Unidos de Norteamérica.

Estaban entonces organizándose como Estados, se dotaron de unas llamadas *declaraciones de derechos*, que precedieron a las propias Constituciones estatales y que se caracterizaron por una combinación de declaraciones resonante de principios universales, con una colección variada de procedimientos de *common law* dirigidos a proteger dichos principios frente al poder de los gobernantes. La primera de ellas, que precedió incluso en realidad a la Declaración de Independencia, y acaso la más importante y la que marcó la pauta a las restantes en gran medida y al propio *Bill of Rights* de la Constitución norteamericana (doce primeras enmiendas a la Constitución, siendo a la postre ratificadas solo diez de ellas) fue la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, del 12 de julio de 1776, inspirada en la *Petition of Rights* y el *Bill of Rights* ingleses y en la que, a su vez, se inspiró el mismo Jefferson luego para redactar la Declaración de Independencia.

Pues bien, es preciso decir que estas declaraciones norteamericanas, junto a una estructuración básica del Estado, van a proclamar unos derechos naturales del hombre, que se concebirán como “verdades evidentes en sí mismas” (por utilizar la expresión del preámbulo de la Declaración de Independencia, pero que expresa la concepción común a todas las declaraciones de derechos), pero también como derechos de carácter positivo, y no meros principios filosóficos, lo que explica que estas declaraciones, pese a su formación iusnaturalista, queden expresamente sometidas a la disposición del poder

constituyente constituido, como derecho positivo que son algo que, como nos dice Cruz Villalón, “hubiera resultado impensable en Europa.” Pero quedaban a disposición solo del legislador constituyente, lo que es tanto como decir que quedaban sustraídos al legislador ordinario.

De este modo, se consagra un modelo que combina el principio revolucionario de soberanía popular con la interpretación liberal inglesa del *limited government*. Como diría alguno en aquellos días: “Si no hay ningún límite para el órgano legislativo, ya no estaremos en un país libre, sino gobernados por una tiranía oligárquica.”

Pues bien, con estas declaraciones norteamericanas de derechos, como nos dice Stern, comienza la verdadera historia de los derechos fundamentales.

Se ha resaltado por la doctrina como llamativa característica de las declaraciones de derechos desde 1776 el hecho de que las mismas -tanto el *Virginian Bill of Rights*, como el *Bill of Rights* de la Constitución de Estados Unidos, esto es, las primeras diez enmiendas constitucionales del 15 de diciembre de 1791- garantizaron “los derechos fundamentales sin ninguna reserva”, sin ninguna previsión específica sobre los límites.

Primera enmienda en USA¹⁹⁸

Ciertos teóricos de la Primera enmienda defienden una postura según la cual la libertad de expresión debe ser valorada, no como un medio, sino como un fin en sí mismo: es una parte de la libertad del ser humano. Está íntimamente vinculada con la autonomía y dignidad de la persona. La libertad de expresión es especialmente valiosa por razones que nada tienen que ver con la búsqueda colectiva de la verdad o con el proceso de autogobierno, o con alguna conceptualización sobre el bien común. Es un derecho a expresar la opinión de un modo

198 Tomás Bianchi, Enrique y Hernán Víctor Gullco. *El Derecho a la Libre Expresión*. Análisis de fallos nacionales y extranjeros. Librería Editor Platense. Argentina. 1997. pp. 11 a 17

desafiante, firme e irreverentemente, solo porque es la propia opinión, porque contribuye a la autorrealización personal.

En *New York Times v. Sullivan* recordó un “profundo compromiso nacional: el principio de que el debate sobre asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y amplio, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, a veces, desagradablemente agudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos.”

Otros fundamentos se han formulado (...)

a) *La “válvula de seguridad”*. Dijo el juez Brandeis en su voto concurrente en *Whitney vs. California*: “Aquellos que lograron nuestra independencia creyeron... que la discusión pública es un deber político; y que éste debía ser un principio fundamental de gobierno [norte] americano reconocieron los riesgos a que se encuentran sometidas todas las instituciones humanas. Pero sabían que el orden no podía asegurarse simplemente mediante el miedo al castigo por su infracción; que es riesgoso desalentar el pensamiento, la esperanza y la imaginación; que el miedo engendra represión; que la represión engendra el odio; que el odio amenaza los gobiernos estables; que la senda de la seguridad reposa en la posibilidad de discutir libremente supuestos agravios y de proponer soluciones; y que el remedio adecuado para los malos consejos son los buenos consejos. Creyendo en el poder de la razón aplicada a través de la discusión pública, ellos evitaron el silencio por coerción legal, el argumento de la fuerza en su peor forma. Reconociendo la tiranía ocasional de las mayorías gobernantes, enmendaron la Constitución de modo que las libertades de palabra y de reunión fueran garantizadas.”

b) *La tolerancia*. El valor de la libertad de expresión radica en su amplitud para promover y enseñar la tolerancia. Desde este punto de vista, en sociedades heterogéneas como las

actuales, la adhesión a este valor fortalece la moderación aun frente a las ideas que odiamos. No creo que sea una reiteración excesiva señalar que las libertades de palabra, prensa... garantizadas por la Primera Enmienda, a las ideas que odiamos, de lo contrario, tarde o temprano, serán denegadas a las ideas que amamos.

c) *La tradición romántica*. Dice Steven Shiffrin que “si al Primera Enmienda opera como un símbolo constitutivo y organizador... dejémosle ser la imagen del disidente.” El propósito principal de aquella es proteger a los románticos, aquellos que se escapan de las formas clásicas: los disidentes, los heterodoxos, los marginales.

d) *La public choice theory*. Hay autores que propician la utilización del análisis económico para la solución de los problemas planteados por la libertad de expresión. Farber sostiene: “El decisivo enfoque de la *public choice theory* consiste en apreciar que, puesto que la información es un bien público, es probable que sea infravaluada tanto por el mercado cuanto por el sistema político... Nuestra respuesta política a esta infravaluación de la información es proveer especial protección constitucional a las actividades relacionadas con ella.

Como afirma el profesor Steven Shiffrin, la libertad de expresión se sustenta en una multiplicidad de valores, que incluye la autoexpresión individual, la comunicación social, la participación política, la búsqueda de la verdad y de aquello que permite hacer opciones informadas, la catarsis social, respeto, y la libertad frente a lo arbitrario, a la exaltación oficial y a la regulación gubernamental excesivamente intrusiva.

Cuando alguien (A) produce una expresión lesiva para un tercero (C) y aquella es tomada por otro (B), que la reproduce, es frecuente que el tercero afectado dirija su reclamo (civil o penal) contra quien ha

divulgado la expresión. Típicamente se da este escenario cuando ha manifestado que C ha incurrido en una conducta ilícita o, al menos o irregular. El afectado puede ser una personalidad pública o aun un simple particular que se halla involucrado en temas que el informador (B) interpreta son de relevancia pública.¹⁹⁹

Este es el marco en el cual el informador puede intentar eximirse de responsabilidad invocando que solo se ha limitado a reproducir el dicho eventualmente difamatorio de otro y que por este mero hecho no debe ser condenado. Solo ha sido el transmisor del dicho, no su generador: se ha limitado a hacer un reporte.

La razón que lo justifica podría resumirse así: en temas de relevancia pública parece prioritario que todas las voces sean escuchadas, para que se acreciente y robustezca el debate propio de un sistema democrático. Si el informador pudiera ser responsabilizado por el mero hecho de la reproducción del decir ajeno -supuestamente lesivo de terceros- es claro que se convertiría en un temeroso filtrador y sopesador de la información recibida por la gente y, al mismo tiempo, emplazaría al que informa en un impropio papel de censor.

Justificado globalmente el criterio o doctrina, es apropiado distinguir sus elementos. Ellos son:

- a) La fuente de la información. Es quien genera la expresión que luego el informador tomará. (...)
- b) El informador, que reproduce y divulga la noticia
- c) La noticia
- d) El afectado por ella

199 Ibidem. pp. 95 a 98.

El denominado *fair report privilege* se originó en Inglaterra para proteger el informe de lo que sucedía en los tribunales. En un caso de 1796 (*Curry vs. Walter*) el Juez Eyre dijo al jurado que “aunque la materia contenida en el periódico podría ser verdaderamente injuriosa respecto de la persona de los magistrados... siendo un relato verdadero de lo que tuvo lugar en un corte de justicia que está abierta a todo el mundo, su publicación no fue ilegal.”

En los Estados Unidos el *fair report privilege* cubre los relatos e informes de los procedimientos y actuaciones de todas las ramas del gobierno (ejecutiva, legislativa, judicial) y en todos los niveles (federal, estatal, municipal). Algunas jurisdicciones lo extienden (ya sea por la ley o por jurisprudencia) a los informes que dan cuenta de actuaciones no gubernamentales, con tal que involucren materias de relevancia pública.

Si bien el *fair report privilege* pertenece al *common law* y no es un estándar constitucional -como sí lo es, en cambio, el de la *actual malice* creado en el conocido caso *New York Times vs. Sullivan*- algún tribunal ha considerado que la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana (según el cual el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de prensa) requiere el reconocimiento de un *privilegio* de reportaje neutral ampliamente concebido y que tenga emplazamiento constitucional.

- a) En cuanto a la *f fuente*.²⁰⁰ El derecho angloamericano comenzó reconociendo el denominado *fair report privilege* solo para fuentes oficiales, aunque los últimos desarrollos (legislativos y judicial) parecen indicar una extensión del concepto.
- b) En cuanto al informador. En los Estados Unidos algunos Estados no restringen el *privilegio* a los medios de comunicación, en tanto que en otros se lo regula como defensa a la que solo aquellos (o a lo sumo los periodistas) pueden acceder.

200 Ibidem. pp. 117 a 126.

Los medios de comunicación o los periodistas que firman una nota o conducen un programa radial o televisivo serán muchas veces los interesados en esgrimir la doctrina. Conviene evitar los tratos discriminatorios consistentes en privilegiar no tanto a la libertad de expresión, sino a determinado estamento o corporación que la ejerce.

c) En cuanto a la noticia:

1) Medición de la fuente.

Desde la adopción de la doctrina, se ha establecido que para ampararse en aquella es imprescindible atribuir directamente la noticia a una fuente identificable. De ello puede inferirse que, aunque el reporte sea fiel, la omisión de este requisito podrá traer aparejada la privación de cobertura para el informador.

2) Transcripción sustancialmente fiel.

La sustancial fidelidad a la fuente es otro requisito para tutelarse en la doctrina.

En los Estados Unidos el *fair report privilege* del *common law* cae si el informador no cumple con el recaudo de sustancial exactitud, aun cuando la inexactitud en la publicación haya sido intencional y el resultado de un error y aunque el mentado error haya ocurrido pese al ejercicio de un razonable cuidado informativo.

3) ¿Sólo fidelidad o también *equilibrio*?

En los Estados Unidos, donde como dijimos el *fair report* es un *privilegio* del *common law*, la noticia -para gozar de aquel- debe ser equilibrada. No se tutela al informe que es veraz pero no equilibrado. Tal sería, por ejemplo, relatar de un juicio criminal solo las pruebas aportadas por el fiscal y omitir toda mención sobre las aportadas por la defensa. Así se estableció que no

está protegida por el *privilegio* la publicación de solo aquellas partes del pronunciamiento en las que se refleja adversamente el carácter del demandante.

4) Relevancia pública de la materia.

El informador canaliza la expresión de la fuente, pero también es cierto que la divulga y potencia. La cobertura de la doctrina -cuya eficacia tutelar se aprecia en aquellos casos en que lo reproducido puede ser lesivo de los derechos de una persona- encuentra justificación cuando se está frente a temas de relevancia pública o general. En ellos debe postularse la necesidad de que todas las voces sean escuchadas, incluso las de potencialidad difamatoria.

d) En cuanto al afectado por la noticia.

Ninguna de las jurisdicciones que aplican la doctrina parece hacer distinción sobre la condición pública o privada del afectado por la noticia brindada por el informador. Sea cual fuere, este último podrá -si se dan los requisitos para su aplicación- hacer jugar la doctrina constitucional del reporte fiel.

La Corte ha dicho en *Acuña* que *Campillay* es una doctrina constitucional y que en ella no puede ser considerada de naturaleza civil o penal. Además, que tiene por fin establecer un ámbito lo suficientemente generoso para el ejercicio del derecho constitucional de la libertad de expresión y que la invocación de una fuente y la transcripción sustancialmente fiel de la noticia emanada de ella priva de antijuridicidad a la conducta.

Si la defensa fuera esa, caben dos posturas ante la pregunta: ¿será responsable el informador?

- a. Para una posición objetivista será suficiente que haya discordancia entre lo informado y la *verdad*.

b. Para una posición subjetivista solamente podrá establecerse responsabilidad si -además de la inexactitud- puede formularse el juicio de reproche que es típico de la responsabilidad subjetiva. A su vez tiene tres subvariantes:

- 1) Cabe el reproche ante cualquier tipo de negligencia o culpa.
- 2) Solo procede en presencia de culpas de cierta entidad.
- 3) Solo hay responsabilidad en caso de conducta dolosa.

Libertad de expresión y opinión en la Declaración Francesa ²⁰¹

Con frecuencia afirmamos hoy que la libertad de expresión es la madre de todas las libertades, que de un modo u otro las contiene todas (la de religión, cátedra, etcétera), como ya precisaba Barthelemy. Ahora bien, las afirmaciones en torno a la posición central de la libertad de expresión en un concreto sistema de derechos o, incluso, la consideración de la misma como eje del Derecho de la Información en tanto que ciencia ya consolidada y objeto de estudios específicos, no puede ignorar que el Derecho de la Información, entendido como ordenación, supone mucho más que su concreción en Ciencia o en el reconocimiento, protección y garantía de los derechos humanos que lo fundamentan.

No es extraño que la declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano ignore la libertad de expresión; se ha querido ver la explicación de la omisión de la existencia del derecho de petición, pero a mi juicio ello no es muy coherente con la efervescencia de ideas que entonces se vivía. No creo que los revolucionarios consideraran que la libertad de expresión se pudiera encorsetar en el derecho de petición; es muy probable que fuera al revés, la expresión, la información es en este momento histórico mucho más que cualquiera

201 Bel Mallén, I. Ob.cit. p. 32.

de los derechos y libertades que están reconociendo: es la fuente de legitimación de la nueva sociedad, es el presupuesto y fundamento de los derechos y libertades que se están reconociendo, es la sangre que da vida a un organismo nuevo cuyos cauces aún no se hallan bien definidos y han de ser reconducidos en el futuro. Solo la intervención del Derecho reconduce a la libertad de expresión como derecho plenamente reconocido (lenta pero progresivamente introducido en los textos constitucionales) lo que en la revoluciones liberales fue mucho más que un derecho subjetivo o libertad fundamental (entonces se diría natural): la opinión publica es en la revoluciones del continente Europeo y en la francesa que las inspira sinónimo de *nación* en su dimensión más política.²⁰²

Aun siendo derechos naturales e imprescriptibles, los derechos de la Revolución francesa no son ni pretenden presentarse como derechos absolutos, sino que son derechos susceptibles de limitación, por más que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se cuide mucho de reducir esas limitaciones al mínimo indispensable para garantizar la coexistencia pacífica y armónica de los derechos de unos y otros miembros de la sociedad y establezca como garantía básica de extraordinaria relevancia la reserva de ley.²⁰³

A cada una de estas características nos referiremos ahora por separado:

- a. Los derechos de los demás como límite de los derechos reconocidos.
- b. La necesaria previsión por ley de los límites a los derechos reconocidos.

Un precepto que merece ser destacado, dada su relevancia con relación a la cuestión aquí estudiada de las limitaciones a los derechos

202 Ibidem. pp. 36, 37.

203 Brague Camazano, J. Ob. Cit. pp. 70 a 73.

fundamentales, es el artículo 5 de la Declaración, que consagra el llamado *favor libertatis*, en virtud del cual “todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie está obligado a hacer lo que ella no ordena.” Estamos ante el remate de la reserva de ley que, para las limitaciones a los derechos fundamentales, tan cuidadosamente diseña la Declaración francesa. No es ya solo que las limitaciones a los derechos naturales hayan de estar previstas por la ley, sino que además esas limitaciones diseñan un círculo negativo que prohíbe determinadas conductas o que ordena otras, pero fuera de ese círculo ha de entenderse que el hombre goza de completa libertad para ejercer sus derechos, su libertad.²⁰⁴

Libertad de opinión. También se concreta la reserva genérica de ley (artículo 4) con relación a la libertad de opinión (que incluye opiniones religiosas), para la que se admiten limitaciones cuando su ejercicio conlleve una alteración del “orden público establecido por la ley”.

Libertad de expresión. La llamada libertad de comunicación de los pensamientos y opiniones también aparece sujeta a limitaciones previstas por la ley, pues se establece la necesidad de responder del “abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley” (artículo 11), debiendo destacarse que la responsabilidad aquí prevista es una responsabilidad a posteriori, sin que se admita en modo alguno la censura previa (“todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, a reserva de responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley”). Se pasa, así, de un régimen preventivo con censura previa a otro represivo con responsabilidad exclusivamente a posteriori, prevista por la ley, y solo verificable en casos excepcionales en cuanto que esta libertad se proclama como “uno de los derechos más preciosos del hombre” (artículo 11).

La regla general es, pues, que “nadie puede ser molestado por sus opiniones, aunque sean religiosas” (artículo 10) y “la libre comunicación” de esas opiniones, incluso las religiosas y los pareceres “es uno de

204 Ibidem. pp. 82 a 87.

los derechos más preciosos del hombre” (artículo 11), si bien la manifestación de las opiniones podrá, excepcionalmente, turbar “el orden público protegido por la ley” (artículo 10) y estará sujeta a “la responsabilidad por el abuso... en los casos determinados en la ley” (artículo 11).

Derecho comparado en materia de intimidad y vida privada²⁰⁵

Para Ferreira Rubio, puede efectuarse la siguiente clasificación de los medios de ataque contra la vida privada. En primer lugar pueden mencionarse las técnicas de escucha (micrófonos, etcétera) y dentro del mismo campo, aunque en una gran escala de mayor peligrosidad, las técnicas de grabación. En segundo lugar, los medios de observación (*one-way mirror*, lentes, rayos, etcétera) y en un nivel superior de peligrosidad las técnicas de registro estático y dinámico de imágenes (filmadoras y cámaras fotográficas). En un tercer nivel, los medios de difusión que atacan a la vida privada en mayor escala consisten en la difusión masiva de los datos obtenidos, ya legítimamente, ya por vía de la utilización de los medios descriptos más arriba.

Las normas jurídicas internacionales, en primer lugar, las constitucionales luego, y, por fin, la normativa penal y civil de los Estados particulares fueron adaptando sus disposiciones a las nuevas circunstancias, llegando así al reconocimiento más o menos expreso del derecho a la intimidad.

Veremos ahora las normas internacionales que reconocen en forma expresa el derecho a la intimidad. El primer documento internacional en el que se procede al reconocimiento del derecho a la reserva de la vida privada es la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en Bogotá el 2 de mayo de 1948, cuyo artículo 5 dispone que “toda

205 Ferreira Rubio, D. Ob. Cit. pp. 62, 63.

persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.”

Normas constitucionales. Pasando ahora al plano constitucional comparado diremos que las constituciones clásicas no mencionaban en forma expresa el derecho al respeto de la vida privada, lo cual es natural si se tiene en cuenta que se trata de un derecho de moderna elaboración doctrinaria. Sin embargo, el derecho a la intimidad estaba reconocido unas veces como derecho implícito y otras en forma tangencial al consagrarse la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y papeles privados.²⁰⁶

Ante el avance de las técnicas de observación y de registro, de escucha y grabación, los distintos países fueron dictando leyes especiales o bien leyes modificatorias de sus ordenamientos jurídicos penales.

En el ámbito del Derecho Penal, los cambios en las circunstancias plantean lagunas mucho más graves que en la órbita del Derecho Civil en virtud de la tipicidad, característica esencial de las figuras penales, que impide aplicaciones analógicas extensivas. Así, pues, quien desde fuera de un recinto grababa una conversación no cometía violación de domicilio y menos aún violación de documentos privados y en consecuencia quedaba libre de toda pena.

Las legislaciones civiles debieron también adecuar las disposiciones para brindar marco normativo a las nuevas situaciones planteadas. En el Derecho Civil pueden distinguirse dos grupos de código, con relación al derecho a la intimidad, a saber:

- a) códigos que reconocen los derechos de la personalidad, ya sea en forma genérica, o bien a través de la enunciación de algunos de estos derechos;
- b) códigos que consagran expresamente el derecho a la intimidad.

206 Ibidem. pp. 69 a 71 y 149.

No se discute en la doctrina que el derecho a la intimidad corresponde a los seres humanos; negar esta posibilidad sería negar la existencia misma del derecho a la reserva de la vida privada.

La atribución, o mejor dicho, el reconocimiento del derecho de todo ser humano a conservar fuera del acceso general ciertos hechos concernientes a su esfera de intimidad tiene por fundamento la necesidad esencial de soledad y recogimiento para el desarrollo pleno de la personalidad.

Características de la información como límite a la intimidad²⁰⁷

En Gran Bretaña, las figuras públicas no gozan de plena protección de su vida privada. El Código de Familia británico prohíbe la publicación de fotografías particulares, salvo cuando se trate de una noticia interés público.

“La vida privada se detiene allí donde comienza la vida pública.” Esta frase trata de resolver el problema de lo que puede ser conocido y dado a conocer a los demás sin violar derecho alguno.

La persona que ingresa a la vida pública y, por ende, voluntariamente se expone al enjuiciamiento social, abandona en la práctica parte de la esfera constitucionalmente protegida.

Con el fin de asegurar esta promoción de valores para el fortalecimiento del sistema democrático, la información debe cumplir tres aspectos que, en la práctica, implican sus límites respecto a la intimidad: la veracidad, la imparcialidad y la buena fe. Hay que dejar en claro que en esta colisión entre dos derechos, aunque son fundamentales, ninguno es absoluto sino que tienen sus límites.

Todos los autores que se ocupan del derecho a la vida privada conceden importancia y destinan amplias explicaciones a la situación

207 Gutiérrez Boada, John Daniel. *Los límites entre la intimidad y la información*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2001. pp. 100 a 105, 115 y 116.

de ciertas personas, que por razón de las funciones públicas que desempeñan o por las actividades sociales que realizan o por cualquier otra causa se convierten en objeto de atención para la mayor parte de los miembros del cuerpo social.

Por grandes que sean la celebridad, el poder o la influencia de un hombre o una mujer, siempre debe reconocérsele el derecho a una vida privada que debe quedar amparada de las intrusiones públicas. La fórmula más clara de solución, para tales sujetos, consiste en determinar el límite que resguarda su vida privada con la ayuda de dos coordenadas que la precisan: una es la vinculación de su intimidad con su actuación pública o con los efectos que de ella resultan para la comunidad, otra es el extremo hasta donde haya llegado su voluntad de franquearse al público. La idea de que la notoriedad del sujeto no autoriza a una publicidad indiscriminada ni le suprime un cierto ámbito de vida privada domina en la doctrina y en la jurisprudencia del mundo.

Jurisprudencia norteamericana de la vida privada²⁰⁸

En el siglo XX, el desarrollo de la jurisprudencia estadounidense respondió a particulares situaciones históricas de reclamos sociales ajenos a otros países: durante las dos primeras décadas, el involucramiento en la Primera Guerra Mundial por parte de los Estados Unidos, sumado a la revolución comunista en Rusia, llevaron a una aguda e impresionante persecución de grupos anarquistas y socialistas que pretendían expresar sus ideas, contrarias sobre todo a la participación de los Estados Unidos en la guerra y al envío de tropas a Rusia; es en este contexto que surge la doctrina del juez Oliver Holmes que se conoció en su voto en disidencia en el caso *Abrams vs. United States*, aunque ya la había expresado en un fallo anterior, *Schenek vs. United States*, y que consistía básicamente en limitar la expresión solo en los casos en que hubiera peligro claro, actual e inminente provocado justamente por ella. Para expresarlo

208 Bertoni, Eduardo A. *Libertad de Prensa y Derecho Penal*. Artes Gráficas Candil. Argentina. 1997. pp. 62 a 77.

de una forma gráfica, Holmes concluía que a nadie podría ocurrírsele que gritar ¡fuego! en la sala repleta de un teatro para causar pánico, era una expresión amparada por el derecho otorgado a todo ciudadano por la Primera Enmienda.

Durante la década del 50, el macartismo creó e involucró a la sociedad norteamericana en otro tipo de conflictos, relacionados con la fobia al comunismo; surgieron reclamos sociales vinculados estrictamente con la protección de los derechos individuales, llegando para algunos en la actualidad a limitarse el problema de la libertad de expresión a los asuntos vinculados con la pornografía, financiamiento de campañas políticas y expresiones por odio, ya sea racial, religioso, etcétera.

La historia del caso que sin duda constituye un punto de inflexión para la interpretación de la cláusula constitucional relativa a la libertad de expresión en los Estados Unidos de Norteamérica comienza, en palabras de Anthony Lewis, de la manera más común: el 23 de marzo de 1960, John Murray se presentó en las oficinas del *New York Times* para hacer los arreglos relativos a la publicación de un aviso en el periódico. Se trataba de una solicitada perteneciente a una organización denominada *Comité para la Defensa de Martin Luther King y la lucha por la libertad en el sur*.

El aviso apareció finalmente en el *Times* el 29 de marzo de 1960 con el título *Escuchad sus voces que se elevan (Heed Their Rising Voices)* y estaba compuesto por 10 párrafos. Debajo del texto se encontraba el nombre de 64 personas, patrocinadoras del aviso cuyo costo había rondado los 4,800 dólares.

Al día siguiente, el Comisionado de la ciudad de Montgomery, L. B. Sullivan, remitió una carta al *New York Times* y a cuatro de las personas que aparecían en la solicitada como luchadores por la libertad en el sur (eran cuatro los pastores negros en Alabama); durante el juicio todos negaron haber dado su consentimiento para que aparecieran sus nombres en la solicitada (sic) requiriendo una justa y completa

retractación de las manifestaciones falsas y difamatorias publicadas por el diario.

Por cuanto no se mencionaba a Sullivan, los abogados del *Times* respondieron justamente en ese sentido; además agregaron que los hechos descriptivos eran sustancialmente correctos, finalizando con un requerimiento a precisar las razones en que la solicitaba o involucraba. Sullivan no contestó y el 19 de abril inició una acción por libelo en los tribunales de Montgomery, reclamando una reparación por daños que ascendía a los 500 mil dólares.

Luego de instruir al jurado, el juez Jones indicó las tres preguntas que debían responder: ¿habían los enjuiciados realizado la publicación?; ¿se relacionaban las manifestaciones con Sullivan?; y si ambas respuestas eran afirmativas, ¿cuál era el monto indemnizatorio por los daños causados a Sullivan? Después de dos horas y veinte minutos el jurado condenó al diario y a los cuatro pastores a pagar 500 mil dólares.

El 30 de agosto de 1962, la Suprema Corte de Alabama confirmó el fallo. En primer término entendió que el caso se debía resolver bajo la doctrina del *common law* como un libelo, debido a que existía una publicación cuyas palabras tendían a dañar al ofendido en su reputación; bajo esta doctrina los daños se presumían. En relación con la explicación sobre las razones por las que se concluía que la solicitada implicaba a Sullivan, el tribunal apeló al conocimiento promedio de la gente que interpretaba que el personal policial estaba bajo las órdenes del comisionado, y que la crítica a esos grupos generalmente atacaba al funcionario que estaba a cargo. La respuesta a la violación a la Primera Enmienda de la constitución de los Estados Unidos no protege las publicaciones de libelos. Quedaba pues la vía del *certiorari*, para que el caso fuera resuelto en definitiva por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

Es historia conocida que el 9 de marzo de 1964, el fallo de la Corte de Alabama fue revocado por la Suprema Corte de Justicia. El juez

William J. Brennan fue el encargado de desarrollar el voto de la mayoría, quien luego de una detallada fundamentación histórica y jurídica, concluyó sobre la inconstitucionalidad de las reglas del *common law* aplicadas en aquel Estado, para finalmente expresar el estándar que debía aplicarse a este tipo de casos y que vulgarmente conocemos por *real malicia* (*actual malice*).

Finalmente, un argumento del Juez Goldberg que me parece atractivo: Si el funcionario debe ser inmune ante las acciones por difamación, de modo que su celo para servir al público no sufra menoscabo y no se inhiba la valiente y efectiva administración de la política de gobierno, también los particulares deben gozar de similar inmunidad ante las acciones por difamación motivadas por sus críticas a la conducta oficial.

La corte en *New York Times* enunció como condición de la responsabilidad de quien efectuara la manifestación que lo hiciera con conocimiento de la falsedad o temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad. La primera proposición no ofrece problemas; no puede decirse lo mismo de la segunda.

Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo *recklessnes disregard for the truth*, o como se ha traducido en nuestra lengua “temeraria despreocupación por la verdad”; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación.

La separación entre expresión de hechos y expresión de opiniones resulta muy importante en el contexto del *common law*, toda vez que las acciones por libelo (*libel*) o por *defamation* deben tener en cuenta cuatro elementos, entre ellos que los dichos deben ser falsos. Dentro de ese contexto, uno de los privilegios es la *opinion privilege*, que adquiere protección constitucional a partir del caso *Gertz* tal como quedó expresado: la expresión de opiniones siempre es libre.

La verdadera importancia de *New York Times* es por lo tanto que se le da a los dichos sobre los hechos tanta relevancia como la opinión, encuentro a la libertad de expresarlos, al eliminar la estricta diferenciación entre ambos; en otras palabras, constitucionalmente si para su expresión no se comprueba real malicia.

Síntesis del sistema norteamericano²⁰⁹

Hagamos un esquema que tome en cuenta los agrupamientos por:

- 1) Personas afectadas por la publicación;
- 2) Interés público o privado de la temática comprometida en el asunto. A su vez relacionémoslos con:
- 3) *Onus probando*, (¿Debe el actor probar la falsedad o el demandado la verdad?)
- 4) Factor atributivo de responsabilidad. (¿Objetivo o subjetivo?) Y dentro de este último (factor subjetivo), si basta la mera negligencia o es menester probar algo más.

Persona	Interés (del tema)	Hechos (<i>onus probando</i>)	Factor de atribución
Pública	Público	actor prueba falsedad	conciencia de falsedad o temerario desinterés
Particular	Público	actor prueba falsedad	negligencia
Particular	Particular	demandado prueba verdad	Objetivo

Las exigencias de la Primera Enmienda juegan en cuanto a lo que hemos denominado hechos (*Onus probandi*) en tanto haya materia

209 Tomás Bianchi, E. Ob. Cit. pp. 159, 160.

de interés general en la publicación que se impugna como difamatoria. En todos los casos en que un tema de interés público o general está presente, es el actor el que deberá probar la falsedad de los hechos de la alegada difamación, sin diferencia en cuanto a la clase de persona afectada. (figura pública o privada)

Pero el tipo de persona tiene fundamental importancia en lo atinente al factor de atribución de la responsabilidad. La simple negligencia basta cuando se presenta la combinación persona particular-tema de interés general, pero es insuficiente cuando hay persona pública más tema de interés también público o general; en este último supuesto, será preciso llegar a demostrar la “conciencia de la falsedad” del que hizo la declaración, o su “temerario desinterés” en la verdad o falsedad.

Doctrina de la corte norteamericana y su influencia en Argentina²¹⁰

Cuando se da la conjunción persona particular-tema de interés solo particular no se formula estándar constitucional alguno y vuelve a regir la responsabilidad objetiva del *common law*.

a) Funcionario público-tema de interés público

Cuando el afectado en el honor -por la información inexacta- ha sido un funcionario público involucrado en un tema de relevancia pública resulta clara la doctrina de la Corte.

Primeramente, ha rechazado la responsabilidad objetiva (para la cual la mera discordancia entre lo expresado y *la verdad* justificaría la responsabilidad), dando anclaje constitucional a la responsabilidad de base subjetiva. Para esta última, la aludida discordancia es solo el primer paso. Hay un paso posterior: siempre será necesario encontrar -para que haya responsabilidad- una conducta reprensible en el emisor de la información. O sea,

210 Ibidem. pp. 173 a 176.

elementos que permitan formular el juicio de reproche que es típico de la responsabilidad subjetiva.

En segundo lugar, cuando se da la conjunción funcionario público-tema de interés general o público la subjetividad reprochable que genera la responsabilidad no es igual al amplio abanico que va desde la culpa levisima al dolo directo. Aquella, de acuerdo con el estándar, debe exclusivamente ser: a) conciencia de la falsedad (dolo), o b) total despreocupación acerca de la circunstancia de si la información es falsa o verdadera. Se trata - como es fácil entender- de una responsabilidad subjetiva calificada.

¿Funcionarios públicos o personalidades públicas?

En este caso *Triacca* todos los jueces de la Corte coincidieron en que el estándar de la protección atenuada del honor se aplicaba a las personalidades públicas y dijeron que ello “surge de la doctrina judicial estadounidense, citada aprobatoriamente por esta Corte (...) en el caso *Costa*. El mencionado *Costa* cita varias veces a *Gertz* y, en especial, su considerando 14 alude a “las clasificaciones de las personas públicas efectuado en el precedente *Gertz*”. En efecto, ya en *Gertz* la línea divisoria pasó por el concepto de personalidades públicas (y no funcionarios públicos, como en *New York Times*). Por fin, el actor en *Triacca* no era funcionario público al momento del despacho que lo afectó: solo era personalidad pública (conocido sindicalista).

Todo lo señalado autoriza a suponer que la Corte Argentina aplicará el estándar tanto a funcionarios públicos como a personalidades públicas.

b) Persona privada – tema de interés público

En *Costa* y en *Ramos* (que se remite al primero) se afirma que basta la “negligencia precipitada” o “simple culpa” para comprometer la responsabilidad del que dio la información inexacta lesiva del honor cuando el afectado es un particular (concepto que se obtiene

por contraposición al de personalidad pública). Va de suyo que el mentado particular está involucrado en una temática de interés general o público, pues, si tanto la persona como el tema fueran privados, no habría necesidad de estándar constitucional alguno.

c) Particular involucrado en tema carente de interés general

Aquí no hay estándar alguno y se aplica exclusivamente la legislación común, sin “irradiación” constitucional alguna que guíe su interpretación. Se será subjetivista u objetivista, según la idea que se tenga de aquélla.

Criterios del Tribunal Constitucional ²¹¹

En un régimen constitucional como el nuestro, resulta perfectamente que por ley se fijen las condiciones de ejercicio de un derecho fundamental, de acuerdo con las preferencias de organización política de una parte de la población, expresada ambigualmente en las elecciones.

Estamos pues ante lo que los ingleses denominan *case law*. Derecho jurisprudencial; regulaciones jurídicas que no aparecen a partir de un acto normativo del Estado constituido, sino a partir de la doctrina que crean los tribunales al ir resolviendo asuntos diversos. De ahí la importancia de conocer las principales sentencias constitucionales que han ido configurando el derecho a la información. Como introducción a las mismas, cabe hacer un somero repaso a las líneas maestras por las que se mueve el Tribunal Constitucional y a algunas contradicciones que surgen en el camino de lo que Enrique Alonso llamaba jurisprudencia lenta y constante del Tribunal Constitucional.

Primera tesis: La libertad de información debe distinguirse de la libertad de expresión.

211 Urías, J. Ob. Cit. Introducción.

En un principio, el Tribunal Constitucional mantuvo la teoría de que la libertad de información era solo una mera concreción de la de expresión producto de la evolución del derecho constitucional. Muy pronto, sin embargo, reconoció que se trata de derechos distintos con objetos distintos y distintos grados de protección.

La confusión inicial era en realidad producto de una doctrina clásica. Según ésta, la libertad de expresión es un derecho de libertad, respecto a que la actitud del Estado ha de ser meramente de abstención. La expresión sería necesaria en el nacimiento del Estado constitucional, como un *prius* para la existencia misma de libertad política y para la formación del Estado. Se de un elemento tan esencial como obvio en el Estado democrático. En cambio, se dice el derecho a la información sería el efecto de la evolución de la sociedad política sobre la libertad de expresión que a medida que la sociedad es más compleja pasa a ser básicamente libertad de información.

Frente a esta idea, la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional habla de dos derechos distintos. Se trata, a la vez, de dos derechos íntimamente conectados, porque comparten el fenómeno social con el que se ejercen: la comunicación. Sin embargo, el objeto de cada uno de ellos es distinto; mientras que la expresión transmite ideas o juicios de valor, la información transmite hechos veraces.

Segunda tesis: Son titulares del derecho a la información todos los ciudadanos, pero muy especialmente los periodistas.

El Tribunal Constitucional ha querido siempre dejar claro que el derecho a comunicar información no es exclusivo de los periodistas.

La tesis básica de la jurisprudencia tiene que matizarse, a la vista de qué se considere ser periodista. Si se entiende por periodista a aquel que hace de la transmisión de hechos noticiables su profesión habitual, está claro que el derecho no está previsto exclusivamente para ellos. Sin embargo, si se estima, con un concepto más amplio, que son periodistas las personas que, con la misma intención de transmitir ideas,

forman parte de algún modo de la estructura de un medio, el resultado es distinto. Con el concepto amplio, el derecho a comunicar información veraz quedaría reservado a los periodistas, ello no debería encontrar mayor obstáculo constitucional.

Tercera tesis: El derecho a comunicar información incluye el derecho a recogerla y elaborarla.

En el sentido que se acaba de indicar, la jurisprudencia constitucional es terminante a la hora de proteger los momentos anteriores a la transmisión de hechos. El derecho en sí perdería toda su ritualidad si, garantizándose la libertad de comunicar información, se impidiera sistemáticamente a los profesionales la recogida de datos y elaboración. De esta manera, puede hablarse de un verdadero derecho a investigar y a elaborar libremente los datos.

El derecho a investigar tiene dos vertientes: es un derecho de libertad frente al Estado y frente al resto de los ciudadanos y un derecho de prestación frente al Estado.

La segunda prohibición es la que suponen los denominados secretos. El orden jurídico constitucional prevé situaciones de la vida real sobre las que está vetado el acceso mismo a la información.

El aspecto prestacional del derecho a recoger información se concreta en la obligación estatal de facilitar, a los ciudadanos en general, y a los informadores en particular, el acceso a datos, documentos y actos estatales.

Cuarta tesis: La información transmitida ha de ser relevante públicamente.

La relevancia exigida es relevancia para el desarrollo de la sociedad democrática. Es una idea de contenido relativo: solo puede valorarse en un entorno y de acuerdo con las circunstancias concretas en que en cada caso se ha publicado la información.

A su vez, el requisito de la relevancia está muy relacionado con el derecho a la intimidad. La trascendencia pública de una información implica que no es algo que se quede en el ámbito de lo estrictamente privado o personal de sus protagonistas. El derecho a la intimidad protege precisamente ese aspecto de la vida de cada uno que, de acuerdo con las reglas sociales imperantes y con la voluntad positiva de la persona titular, configura la esfera de lo privado. La intimidad es cuestión de grados, de modo que hay cosas más o menos íntimas; socialmente, los gustos astronómicos de las personas, por ejemplo, son menos íntimos que los sexuales.

Quinta tesis: La información transmitida ha de ser veraz.

El artículo 20 de la Constitución Española habla de información veraz. Se trata de un requisito derivado de la finalidad democrática de la información, porque solo siendo veraz puede contribuir al funcionamiento del sistema y al desarrollo de los valores constitucionales. En este sentido, la veracidad está subordinada a la finalidad participativa; ello hace que resulte especialmente adecuado posponer el juicio sobre la veracidad de una información hasta después de haber controlado su aptitud para formar a la opinión pública democrática (relevancia pública).

Sexta tesis: La información transmitida no puede incluir insultos.

Más allá de que la información sea veraz y relevante, la jurisprudencia constitucional añade un requisito específico que es la prohibición de insultos. En este punto no merece la pena detenerse mucho.

En resumidas cuentas, pues, se han planteado ya las líneas maestras y los problemas principales de la regulación de un derecho, el de la información, que solo va quedando configurado a través de la sucesión de sentencias constitucionales. La permanencia temporal y la seguridad jurídica quedan garantizadas por la necesidad del Tribunal de fundar sus nuevas decisiones en las anteriores. Ello permite identificar también

una serie de sentencias más importantes que el resto, que son las que fijan las líneas expuestas.

Al estudiar el contenido constitucionalmente declarado de un derecho fundamental deben distinguirse dos momentos. En primer lugar, procede determinar cual es el ámbito de protección o cobertura del derecho, esto es, precisar los límites semánticos del bien jurídico protegido por el derecho fundamental y cuyo disfrute se pretende garantizar a sus titulares. Esta delimitación conceptual del supuesto de hecho permite identificar cuáles son los intereses *iustfundamentales* protegidos *prima facie* y qué acciones u omisiones constituyen una interferencia en su satisfacción.²¹²

En segundo lugar, el análisis del contenido del derecho se traslada a la evaluación de la justificación de la interferencia o afectación del ámbito protegido. Se trata de fijar, ahora, los límites del derecho en contraste con otros intereses constitucionalmente protegidos, a la luz de las circunstancias del caso concreto.

La técnica de la ponderación opera en los supuestos de conflictos entre derechos en las relaciones entre particulares e integra solo el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Lo único que se exige, y no es poco, es que a la hora de decidir el conflicto debe prevalecer aquel que a la luz de las circunstancias del caso tenga mayor peso.

Uno de los problemas abiertos en torno a este derecho es la determinación de su ámbito de protección: ¿qué es la intimidad como bien jurídico? El concepto de intimidad es esencialmente abierto y su definición exhaustiva imposible.

Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar... aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona.

212 Ibidem. pp. 21 a 35.

Hasta ahora hemos indicado en qué consiste la intimidad como bien jurídico protegido. Pero, ¿por qué se protege? ¿Cuáles son las razones que hacen valioso el respeto de ese ámbito propio y reservado? La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. El respeto que merece toda persona, en tanto ser humano, deriva de su capacidad para elegir, modelar y cambiar su propio plan de vida, de buscar su felicidad a su manera. La creación y control de espacios de reserva es, por un lado, resultado del ejercicio de la autodeterminación individual, pues cada cual decide la medida en que quiere ser dejado en paz y resguardar de una publicidad no querida las informaciones y datos sobre su persona.

La intimidad, desde este punto de vista, constituye un bien instrumental para la protección del ejercicio de la libertad en el desarrollo de la propia vida, ofrece un perímetro de garantía frente a intrusiones e intromisiones informativas que afectan al ejercicio de la libertad individual.

La gran mayoría de sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho a la intimidad pueden reconducirse sin dificultad a uno de los dos paradigmas expuestos: la intimidad territorial y la intimidad informacional. Sin embargo, esta distinción no ofrece una explicación exhaustiva de todos los casos en los que el Tribunal considera afectado el derecho a la intimidad.

El Tribunal distingue aquí dos tipos de amenazas del ámbito protegido por el derecho a la intimidad: las intromisiones informativas, consistentes en el conocimiento no consentido o la divulgación no querida de hechos o aspectos de la vida privadas; y las injerencias, que constituyen una acción cuyo objetivo es la modificación de una pauta de conducta desarrollada en el ámbito de la vida privada.

El derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones a su libertad, como consecuencia

de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse.

Los derechos fundamentales se configuran, así, como garantías específicas, puntuales, que sirven a la protección de ámbitos particularmente amenazados de la libertad humana. El carácter específico de su objeto viene determinado, entonces, por el tipo de amenaza frente a la que se pretende garantizar un ámbito de inmunidad.

Así lo establece el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (...) El tribunal no considera posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de vida privada. Sin embargo, sería demasiado restrictivo limitar la noción a un círculo interior en el que el individuo puede desarrollar su propia vida personal como él elija y excluir por completo de él el mundo exterior no integrado en ese círculo. El respeto de la vida privada debe, también, englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos.

El derecho al respeto a la vida personal y familiar abarca, pues, no solo la protección de determinados ámbitos o esferas privadas, un círculo interior, frente a la injerencia de terceros reconocibles a las dimensiones territorial e informacional de la intimidad, sino también el derecho a desarrollar los aspectos básicos de la propia vida.

La cuestión abierta sigue siendo si las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho.²¹³

El derecho a la intimidad confiere a sus titulares un poder jurídico sobre la determinación de las zonas de reserva relativas a una persona y, correlativamente, impone tanto a los poderes públicos, como a los

213 Ibidem. pp. 43 a 46.

particulares un deber de respeto de tales áreas. En esta dimensión de libertad negativa o inmunidad frente a intrusiones externas, el derecho a la intimidad tiene una eficacia *erga omnes*.

Del derecho a la intimidad, en la medida en que protege un bien de la personalidad, se derivan obligaciones positivas de los poderes públicos de contribuir a su eficacia.

El derecho a la intimidad impone a los poderes públicos la obligación de adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para hacer efectivo aquel poder de disposición, y preservar de potenciales agresiones a ese ámbito reservado de la vida personal y familiar, no accesible a los demás.

El derecho a la intimidad funciona, así, como garantía subsidiaria de la intimidad territorial, en relación con la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones.²¹⁴

Los atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de las personas y privarles del disfrute de su domicilio de manera que perjudique a su vida privada y familiar.

Una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como inevitables e insoportables, merece la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida.

Los requisitos exigidos para considerar que un requerimiento sexual o un comportamiento libidinoso hacia otro lesionan el derecho a la intimidad, son:

214 Ibidem. pp. 49 a 62.

- a) el carácter objetivo de la conducta (manifestada por su intensidad, reiteración, existencia de contactos corporales o comentarios ofensivos);
- b) el rechazo explícito del afectado, aunque no es necesario que la reacción deba ser inmediata y dirigida directamente contra el autor (a) del acoso; y,
- c) la gravedad de la perturbación sufrida concretada bien en las consecuencias para la estabilización o promoción en el empleo (acoso directo), bien en la creación de un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador (acoso ambiental).

La intimidad territorial se proyecta, también, sobre aquellos espacios públicos o accesibles a otros en los que el individuo puede tener, en atención a las condiciones normales del lugar, una expectativa razonable de reserva en el ejercicio de su libertad.

Finalmente, la intimidad territorial se proyecta sobre el propio cuerpo, o más exactamente, sobre sus partes íntimas. La finalidad de la protección es la salvaguarda del sentimiento de pudor o recato corporal de cada persona, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

El bien jurídico protegido en este caso es el sentimiento de pudor o recato de la persona sobre determinadas partes del cuerpo, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.

El Tribunal Constitucional realiza un considerable esfuerzo para distinguir la función, objeto y contenido de los derechos a la intimidad personal y familiar y el derecho a la protección de datos configurándolos como dos derechos autónomos. En particular, el derecho a la protección de datos tiene por objeto los datos de carácter personal, sean o no íntimos, entendidos como todos aquellos que identifiquen o permitan

la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirven para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. En contraste, el derecho a la intimidad se proyecta sobre los datos íntimos.

Esta doctrina jurisprudencial apunta a una concepción estricta del ámbito protegido por el derecho en su dimensión informacional, que pretende evitar la ponderación. La información que no pertenezca al ámbito de lo íntimo objetivamente considerado y no resulte ofensiva, carece de protección constitucional, por lo que cualquier medida que la afecte resultará legítima sin necesidad de justificación alguna, o más exactamente, el asunto resultará irrelevante desde el punto de vista constitucional.

La construcción de una concepción estricta de la intimidad informacional a partir de las valoraciones y concepciones sociales sobre lo íntimo incurre en los errores de las llamadas teorías estrechas del supuesto de hecho de los derechos fundamentales: la decisión de que una determinada información forma o no parte del ámbito protegido se adopta sin argumentación, solo apelando a los usos y estimaciones comunitarios que distan de ser homogéneos, por lo que la decisión judicial corre el riesgo de caer en el puro subjetivismo.

Además, sujetar el contenido del derecho a las concepciones mayoritarias sobre lo íntimo, sobre por qué puede ser dicho o conocido acerca de una persona, implica condicionar la autodeterminación personal en la creación de zonas de reserva que cada cual considere oportunas para el desarrollo de su vida.

Las consecuencias de este planteamiento son evidentes. La publicidad de cualquier información relativa a una persona que ésta haya reservado para sí lesiona *prima facie* el derecho a la intimidad, en la medida en que se frustra la decisión de mantener el abrigo del conocimiento ajeno esa información, restringiendo así el poder de autodeterminarse, produciendo, por ello y sin atender a otras

consideraciones suplementarias, un daño moral que deberá justificarse.

El peso de la argumentación se sitúa en la determinación de si el particular tiene o no la obligación de soportar ese daño derivado de la publicidad no deseada en aras a la satisfacción de otros intereses constitucionales prevalentes. Esta concepción amplia del ámbito protegido por el derecho permite una mayor seguridad en el razonamiento, evita riesgos de decisionismo y elimina aquella tierra de nadie informativa en torno a cada persona.

En definitiva, todo dato relativo a una persona o familiar, subjetivamente reservado, merece protección constitucional *prima facie*, aunque en función de las circunstancias relevantes del caso y tras la correspondiente ponderación, no todos recibirán igual protección definitiva, esto es, no resultarán igualmente resistentes frente a la pretensión justificada de divulgarlos o acceder a ellos.

Finalmente, un breve apunte sobre la delimitación entre el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen. El primero protege frente a la divulgación de informaciones relativas a una persona, mientras que el segundo tiene por objeto la información gráfica generada por los rasgos de una persona que le hagan reconocible.

Evolución de jurisprudencias del tribunal europeo de derechos humanos ²¹⁵

El presente estudio acerca de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de Derechos tiene únicamente un modesto objetivo, aunque no por ello exento de dificultad, cual es el de, al hilo de las sentencias básicas de ese Tribunal que se encuentran recogidas en la obra, señalar las líneas principales de la jurisprudencia europea respecto a algunos de los derechos

215 Dra. Da Ma Elena Rebato Peño. La evolución de la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos en Díaz Revorio, F. Ob. Cit. pp. 40. 41.

reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en el Protocolo Adicional al mismo de 20 de marzo de 1952.

Los *leading cases* del Tribunal de Estrasburgo van a constituir el punto de partida o de llegada, según los casos, del análisis de la jurisprudencia europea acerca de los principales derechos reconocidos en el Convenio y en el Protocolo Adicional. Así haremos referencia a la jurisprudencia relativa a los siguientes Derechos.

1. Derecho a la integridad física y moral. Prohibición de torturas, penas o tratos inhumanos o degradantes (Artículo 3 CEDH).
2. Derecho a la libertad y a la seguridad (Artículo 5 CEDH).
3. Derecho a un proceso equitativo (Artículo 6).
4. Derecho a la vida privada y familiar (Artículo 8).

El Tribunal Constitucional había renunciado a transformar el modelo de la televisión de España. Solo en enero de 1994 rompió con este criterio de interpretación del artículo 20, cuando en el recurso de amparo presentado por dos televisiones locales de cable de Huesca reconoce el derecho a difundir por televisión sin el límite de que su titularidad corresponda al Estado, al entender que “el legislador ha demorado, hasta el presente, el desarrollo de la televisión local por cable con el consiguiente sacrificio del derecho fundamental” y que “sin negar la conveniencia de una legislación ordenadora del medio”, mientras ésta no se produzca “no cabe” sujetar a concesión o autorización administrativa las actividades del cable.²¹⁶

Las Resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene su sede en Estrasburgo. Sus miembros son 41 jueces de diferentes países

216 Azurmendi, A. Ob. Cit. pp. 64, 65.

miembros del Consejo de Europa. Su jurisdicción es facultativa, pero en la actualidad, prácticamente todos los Estados -a excepción de Turquía y Malta- la han aceptado.

“... siendo cierto que la prensa no debe traspasar los límites establecidos para la protección de la fama ajena, esos límites son más amplios en relación a un político considerado como tal (...), porque éste -a diferencia de un particular- se expone inevitablemente y deliberadamente a una fiscalización atenta de sus actos y gestos (...). El político disfruta también de la protección de una reputación, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en este caso las exigencias de esta protección deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas.”²¹⁷

Universalidad subjetiva de consecuencia lógica a realidad práctica

Cuando la Declaración de Derechos Humanos de 1948 reconocía el derecho a la información como un derecho que se atribuye a todos y cada uno de los seres humanos, se iniciaba un replanteamiento acerca del lugar de las actividades de comunicación en la vida social. Afirmar la universalidad subjetiva del derecho a la información parecía una consecuencia lógica del hecho de que se hubiera querido incluir la comunicación pública entre la enumeración de derechos humanos. ¿No eran también un derecho de todos y cada uno de los hombres de la vida, la integridad física y moral, la fama, la vida privada y tantos otros que parecen recogidos en ella? A pesar de todo, continuaba resultando difícil pensar que el derecho a la información con un sujeto que no fuera exclusivamente la empresa periodística o el informador profesional.²¹⁸

Recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona,

217 Ibidem. p. 74.

218 Ibidem. p. 91.

y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó “el derecho a ser dejado en paz. Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica y numerosos aparatos mecánicos amenazan hacer buena la predicción de que “lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados.”²¹⁹

Libertad de expresión, derecho a la vida privada²²⁰

Bajo el enunciado de libertad de expresión, el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos va a proteger el derecho a la libertad de opinión y el derecho a emitir y recibir informaciones.

Esta distinción entre ideas y opiniones e informaciones va a realizarse de manera rotunda por primera vez por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el caso *Lingnes contra Austria* (STEDH de 8 de julio de 1986). El TEDH considera también que forman parte de la libertad de expresión la expresión artística.

Debido a la importante función social que cumplen estos derechos a la libertad de expresión e información en una sociedad democrática como la que vivimos, éstos se encuentran en la actualidad sobreprotegidos por la jurisprudencia del TEDH, incluso cuando las informaciones u opiniones en cuestión no sean inofensivas o indiferentes sino también para aquellas que contraríen, choquen o inquieten y sobre todo cuando las personas que las emiten son los medios de comunicación.

Preciosa para todos, la libertad de expresión lo es muy particularmente para un cargo elegido para el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario de la oposición, como el demandante, impone al Tribunal llevar un control

219 Ibidem. p. 313.

220 Díaz Revorio, F. Ob. Cit. pp. 64 a 66.

más estricto. Párrafo 42. Caso *Castells contra España* (23 de abril de 1992).

No son ilimitados y pueden sufrir injerencias por parte de los poderes públicos siempre y cuando éstas se encuentren previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir las divulgaciones de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Libertad de expresión e información²²¹

Los conflictos surgidos en relación con la libertad de expresión e información se producen en la mayor parte de los casos por su condición con la reputación ajena, el honor del resto de los ciudadanos. En función de a quien pertenezca esta reputación, el grado de injerencia permitida a la libertad de expresión e información respecto al derecho al honor será mayor o menor. De este modo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo señalará que los personajes públicos deberán soportar un mayor grado de injerencia en su reputación o vida privada, respecto a determinadas informaciones que las personas privadas; y que dentro de los personajes públicos el nivel de crítica admisible es mayor cuando se pertenece al Gobierno que cuando se es un simple representante político o particular.

Los límites de la crítica admisible son más amplios en lo que se refiere al gobierno que a un simple particular o a un político. En un sistema democrático, sus acciones u omisiones deben encontrarse en el atento control no solo de los poderes legislativo y judicial, sino también de la prensa y de la opinión pública. Caso *Castells contra España* (STEDH de 23 de abril de 1992), párrafo 46.

221 Ibidem. pp. 66 a 73.

Por tanto, entre un conflicto entre el derecho, una buena reputación y la libertad de expresión del artículo 10 del CEDH, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a que otorga un mayor grado de protección en líneas generales por la labor social que cumple a la libertad de expresión, debe realizar un *balancing test* entre ambos derechos, o entre un derecho y el límite del mismo.

Otro elemento más a tener en cuenta por el Tribunal a la hora de emitir su dictamen debe ser el principio de veracidad respecto de los hechos comunicados, criterio utilizado por primera vez en el caso *Lingens* limitado únicamente a la prueba de los hechos, ya que los juicios de valor no son susceptibles de prueba alguna.

Tal y como avanzábamos en las primeras líneas de este estudio, la jurisprudencia del TEDH en materia de derechos no se va a circunscribir a los contemplados en el Convenio, sino también a aquellos reseñados en el Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1952, en el que se incluyen los derechos a la protección de la propiedad (artículo 1), a la instrucción (artículo 2) y a unas elecciones libres, considerando estos derechos como disposiciones adicionales al Convenio y por tanto aplicables en su misma medida (artículo 51).

Vida privada e intimidad²²²

El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma), dice:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

²²² Ruiz Miguel, Carlos. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas. España. 1994. pp. 33 a 35.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos o las *libertades de los demás*.

Según el TEDH, la noción de vida privada es amplia. Este órgano no cree posible ni conveniente definir de manera exhaustiva tal noción. En su opinión, sería demasiado restrictivo limitarla a un círculo íntimo, donde cada uno pudiera llevar su vida personal a su gusto excluyendo totalmente el mundo exterior a ese círculo.

Distingue entre intimidad y vida privada, o al menos diferencia diversos grados de intimidad dentro de la vida privada, que sería un concepto de cierta amplitud y de un alcance mayor del que tendría el concepto de intimidad.

Criterios de la Corte Argentina²²³

La piedra toque de la libertad. En el orden internacional, la resolución 59 del 14 de diciembre de 1946 de la ONU reconoció que el derecho de información constituía la “piedra toque de todas las libertades cuya defensa consagra las Naciones Unidas, implica el derecho a recoger, transmitir y publicar noticias sin trabas en todos los lugares...” y “constituye un elemento esencial de todo esfuerzo serio para favorecer la paz y el progreso en el mundo.”

Sobre estas bases, la Organización de las Naciones Unidas estableció, en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, que “todo individuo tiene derecho a la

223 Fayt, Carlos S. *La Corte Suprema y su 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo*. (Estrategia de la Prensa ante el Riesgo de Extinción). La Ley, Argentina. 2001. pp. 3 a 12.

libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, así como el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.” En lo que respecta a nuestra región, el 22 de noviembre de 1969 se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica y que fue incorporada por la ley 23.054 al orden judicial argentino.

La convención, en su artículo 13, párrafo 1, establece: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

De este modo, la Convención estableció que la comunicación es una facultad irrestricta del ser humano y, en términos jurídicos, un derecho natural o performativo, constituido en soporte de los derechos enumerados en las leyes fundamentales de las organizaciones jurídico-políticas de los Estados; mientras que el derecho de información es un derecho puro y simplemente individual. En relación de inclusión, las normas internacionales prescriben como fases de este derecho “investigar”, “recibir” o “difundir” información como establece la Declaración Universal de Derechos Humanos y “buscar”, “recibir” y “difundir”, como lo consagra el Pacto de San José de Costa Rica. Estas fases se encuentran simbióticamente unidas a una serie de magnitudes entre las que deben mencionarse la pluralidad de medios y de fuentes, la idoneidad y profesionalidad de los operadores y la identificación de los responsables de los medios.

La aproximación a la verdad objetiva. Una dimensión crítica se relaciona con la veracidad de la información, con la información verdadera, como el bien jurídicamente protegido. Por cierto que el error es parte de la comunicación, que atenúa la responsabilidad por los daños que origina cuando se la ha utilizado sin la intención de

causarlo ni manipular la información. No se trata de exigir que el contenido de la información sea claro espejo de la verdad objetiva, pero sí, con un margen de razonabilidad, requerir honestidad en la actitud informativa. El desarrollo de las sociedades necesita de las ideas y opiniones y de su confrontación para una mayor aproximación a la verdad objetiva, a lo que los jueces llaman en sus sentencias verdad material. En rigor, la pluralidad informativa contribuye a la refutación de la noticia falsa, así como lo hace el derecho a la rectificación y respuesta.

La información y la privacidad. En cuanto a la búsqueda de información, se trata de tutelar el libre acceso a la noticia y a las opiniones e interpretaciones relacionadas con ella. Es decir, facilita el acceso a la verdad y excluye, como principio, toda censura en la fuente, salvo razones de reserva de la intimidad en el orden privado y la seguridad pública, la defensa nacional y los procedimientos judiciales, administrativos y policiales en el orden público. De ahí que el Código Penal considere delitos la obtención, la revelación y la difusión de secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación.

El derecho de información en el ámbito de la actividad estatal tiene conexidad con el principio de publicidad de los actos de gobierno que obliga a éste a dar noticia de su gestión, en tanto la intimidad opera como zona de reserva dentro de la privacidad que protege a los particulares. Es decir, que la relación comunicacional del derecho de información frente al Estado se sustenta en el principio de publicidad, en tanto frente a las personas físicas o jurídicas predomina “el principio de privacidad.”

El propósito esencial del derecho de informar. El derecho de informar se extiende a su exteriorización a través de los distintos medios de expresión. De ahí que, además de la prensa gráfica, abarque los medios audiovisuales y se extienda, por la incorporación del Pacto de San José de Costa Rica, a las diversas formas de expresión.

El salto cualitativo de las ideas a las expresiones e imágenes. El derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa no es un derecho absoluto; lo que prohíbe son las restricciones previas y la sanción de leyes que las impongan. Se protege a la prensa de todo control estatal previo sobre la publicación, sin que esto signifique conferir al periodismo patente de corso para violar los derechos de los demás ni eximirlo de la responsabilidad penal que pudiera tener por la comisión de delitos mediante los medios de prensa.

El derecho individual de información, el derecho social de ser informado y el derecho de las empresas, dueñas de los medios de información y comunicación. Las escuetas fórmulas que protegían a las publicaciones de la censura previa se convirtieron con el avance de la tecnología informática y las transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales, en el derecho individual de información, el derecho social a ser informado y los derechos de naturaleza patrimonial de las empresas que tienen el dominio de los medios que compiten por el mercado de la información. Con relación a este último aspecto, la concentración de los multimedios -diarios, revistas, radios y televisión- en manos de un reducido número de empresas hegemónicas, acentúa la necesidad de asegurar la existencia de pluralidad y diversidad de medios, a fin de que reine la libre competencia.

La intimidad como zona de reserva de la vida personal. El señorío sobre sí que presupone la libertad individual tiene en el derecho al honor y a la intimidad el núcleo que, como zona de reserva, excluye la intromisión ilegítima de la prensa, impidiéndole perturbar su goce pacífico y traspasar la esfera de inclusión que le es propia dentro de la privacidad.

La intimidad no es simplemente el derecho a la soledad, sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que no deben ser conocidos por los demás. Lo íntimo pertenece por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, identidad y personalidad. Esto comprende tanto a la

autonomía psicológica y moral, cuanto a la relación de pareja, al trato con los hijos, al descanso y al respeto a sí mismo, como ser humano.

El sistema de creencias y valores sobre los cuales se estructura la conciencia humana se intersecciona con sentimientos de discreción y de pudor amurallados como zona de reserva de la vida personal y familiar. Son tres las esferas dentro de las cuales las personas realizan su existencia: pública, privada e íntima. La primera y la segunda se interseccionan con un espacio común que puede ser mínimo o máximo, según las circunstancias. En cambio, la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión; se encuentra dentro de la esfera de lo privado y no admite intromisión ilegítima de la prensa.

Las personas pueden ser, a su vez, funcionarios y autoridades públicas, personas públicas y personas privadas. El ser humano público, por el hecho de serlo, no ha perdido ni su privacidad ni su intimidad. La naturaleza de sus funciones, la índole de su actividad, hace que algunos aspectos de su vida privada adquieran carácter informativo y despierten el interés general. Esto ocurre con aquellos magistrados cuyas funciones y competencias conllevan ínsito interés público y respecto de aquellos aspectos de la vida privada que pudieran afectar o influir en las funciones que cumplen o en las tareas que desempeñan al servicio de la gente, requiriéndose de la información un grado comprobado de verosimilitud.

La persona privada también puede tener, según los casos, algún grado de actividad pública, en la medida que por su trabajo esté al servicio de los demás. La prensa, por consiguiente, puede informar y criticar el funcionamiento del sistema político, el proceso gubernamental y administrativo, la prestación de los servicios públicos, la aplicación de las leyes, la marcha de la economía, los conflictos sociales, las cuentas públicas, el manejo de los dineros públicos, la actividad sindical, la política, los políticos y los partidos, y cuanto asunto sea de interés público institucional, sin pretender asumir roles que no le pertenecen ni atribuirse competencias que le son extrañas. No debe hacer de la ignorancia fuente de conocimiento ni enmascarar el dominio de temas

que les excede, inventando sucesos, fabricando mentiras, incurriendo en falsedad y en inexactitud.

Como se aprecia, la configuración escrita de los derechos de personalidad, libertad de expresión y derecho de acceso a la información tuvieron un desarrollo histórico en función de acontecimientos que fueron marcando su contenido temático en diversas convenciones, pactos y declaraciones internacionales.

Cabe destacar que desde los primeros instrumentos se dejó claro que el límite de todo ejercicio de derechos es el respeto al ejercicio del derecho de los demás, lo más importante es que a partir de su establecimiento y acorde al momento que los determina se fueron fijando los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad, integrándose en los de este siglo aquellos que hacen distinciones en función no solo del interés público sino también de las figuras públicas.

En el próximo capítulo precisaremos los límites de los derechos fundamentales, ahora desde la doctrina revisando los alcances y límites en función del sujeto: Figura Pública.

Capítulo 6

Límites de los derechos fundamentales

Límites de los derechos fundamentales²²⁴

En palabras de Bettermann en un trabajo escrito hace más de tres décadas, hoy clásico, sobre los límites a los derechos fundamentales: “Disertar sobre los límites de los derechos fundamentales supone hablar de los límites de la libertad, porque los clásicos derechos fundamentales son derechos de libertad (...) Cuando yo, sin embargo, he seleccionado, en lugar de la atractiva fórmula de “límites de la libertad”, la más sencilla y jurídicamente sobria de los “límites de los derechos fundamentales” (como título del trabajo), pretendía con ello dejar claro, desde el primer momento, que no me muevo en las alturas de la Filosofía del Derecho y del Estado, de la Teoría General del Estado, ni de la Ciencia Política, sino en las llanuras del Derecho político positivo. Hablo solo como jurista y mi meta es sistemática y dogmática: quiero tratar de clasificar las limitaciones que el Derecho Constitucional vigente traza a las libertades fundamentales o a algunas de ellas en particular.”

Durante mucho tiempo se ha sostenido que los derechos fundamentales o humanos estaban tan íntimamente ligados a la naturaleza humana que entre sus características había de encontrarse necesariamente la de que eran derechos de carácter absoluto.

224 Brage Camazano, Joaquín. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Dykinson-Constitucional. España. 2004. pp. 30 a 36.

Dicho de otro modo, los derechos fundamentales no son, ni pueden ni han podido nunca ser, derechos ilimitados, sino que todos en su conjunto y cualquiera de ellos considerado en particular están irremediablemente sujetos a limitaciones y ello es así en cuanto que el titular de derechos fundamentales no es un individuo aislado y soberano, sino un individuo que necesariamente ha de vivir, convivir y relacionarse en sociedad, debiendo por consiguiente conectarse el ejercicio de sus libertades con las de los demás y con la convivencia ordenada en el Estado.

Todos los derechos fundamentales están sujetos a limitaciones en su ejercicio, sin que exista ninguno absoluto y ello por cuanto que partimos de la convicción de que los derechos subjetivos en general, y en particular los derechos fundamentales, solo son concebibles en el marco de una sociedad determinada, en la cual todos sus integrantes serán titulares de estos derechos universales, lo que conlleva que ninguno de ellos puede valerse de modo ilimitado de esas libertades sin invadir la esfera de libertad que corresponde a los otros individuos, o entrar en colisión con otros bienes básicos de la comunidad.

Ello no resulta, en modo alguno, contradicho por la existencia de ciertos derechos fundamentales de carácter muy personal, los llamados derechos personalísimos (derecho a la vida, a la intimidad, libertad de conciencia, etcétera), frente a otros derechos en los que su carácter necesariamente interpersonal o dimensión social se presenta con una intensidad considerablemente mayor (derecho de asociación, reunión, sufragio o matrimonio, por ejemplo). Resulta obvio, a nuestro modo de ver, que también en el caso de los primeros existe, en el ejercicio de los mismos por su titular, una relación de éste con los demás ciudadanos o, al menos, esa relación de alteridad es posible; más aún, esos derechos solo interesan al jurista y solo tienen relevancia jurídica en cuanto que se manifiesten (positiva o, con mayor frecuencia, negativamente) frente a otros, bien sea el Estado, otros seres humanos, la sociedad en su conjunto, o a un sector de la misma.²²⁵

225 Ibidem. pp. 40 a 42.

Por otra parte, también debe evitarse la confusión con los derechos fundamentales de ciertas prohibiciones (de torturas o de censura), formuladas en ocasiones autónomamente y hasta como derechos fundamentales autónomos, pero que, en realidad, más que nada son límites últimos a la limitación de un derecho fundamental en particular (integridad física o libertad de expresión, en los ejemplos aludidos).

Son cada uno de ellos, por así decirlo, “límite de los límites al derecho fundamental en particular de que se trate” y sería tan erróneo, desde nuestro punto de vista, configurarlos como derechos fundamentales absolutos, como absurdo sería decir que los “límites genéricos de los límites a los derechos fundamentales” son derechos fundamentales absolutos (derechos fundamentales absolutos a la proporcionalidad o al respeto del contenido esencial). El hecho de que unos límites sean genéricos para todos los derechos y otros sean específicos para ciertos derechos no hace menos absurdo el razonamiento.

Esta perspectiva puede aún ser completada desde la distinción alexiana entre reglas y principios, según la cual las reglas solo pueden cumplirse (plenamente) o no y son determinaciones en el campo de lo fáctica y jurídicamente posible, mientras que los principios, entendidos como mandatos de optimización, ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible (las reglas solo ordenan, en cambio, un grado determinado de cumplimiento), dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes -y las posibilidades jurídicas que vienen dadas por los principios y reglas opuestos- y admiten, pues, diversos grados de cumplimiento.

Pues bien, si ya en términos generales la contraposición entre reglas y principios no puede ser absoluta, así ocurre también respecto de los derechos fundamentales, y en particular en hipótesis como las aquí contempladas (prohibición de torturas o censura, o también el *principio* de legalidad, que en realidad sería una regla, pese al nombre), pues si los derechos fundamentales son, por lo general y claramente, *principios*, en estos específicos supuestos nos hallaríamos más bien

ante reglas que no permiten *a priori* una ponderación, y que deben ser cumplidas o no cumplidas, pues ellas mismas son expresión de una ponderación previa por el constituyente, referida a un aspecto muy concreto.

Partiendo de esta perspectiva, nos parece generalizable o extrapolable a estos casos la tesis que Alexy sostiene respecto al derecho fundamental (en Alemania) a la dignidad de la persona, de que esos derechos fundamentales en forma de regla deben ser precisados a través de los correspondientes principios, por lo que no pueden excluirse ponderaciones, aun con carácter muy excepcional, como veremos enseguida más concretamente.

Existe, podría decirse, una regla que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos y degradantes, la censura o una regla de la dignidad humana o la legalidad, pero junto a ello existe también un principio correspondiente de la dignidad, la legalidad, la prohibición de tortura o censura, etcétera, que operará en ciertas ponderaciones que no cabe excluir.

En cuanto a la dignidad de la persona como derecho fundamental no sujeto a limitaciones, debe decirse que la misma, en realidad, es algo más y algo menos que un derecho fundamental. “Algo más” porque es fundamento y fuente de la que beben los derechos fundamentales, la mayor parte de los cuales, si es que no todos ellos, encierran un núcleo irreductible de la dignidad de la persona. “Algo menos” porque somos bastante escépticos acerca de la operatividad real de la concepción de la dignidad de la persona como derecho subjetivo en sentido técnico-jurídico, algo que en todo caso solo es posible por la vía de succionar a otros derechos fundamentales parte de su contenido para hacerlo propio de la dignidad de la persona, entendida ya como derecho. Y si entrecomillamos ese “algo menos” es porque pensamos que considerar la dignidad de la persona un derecho fundamental más supone en realidad degradarla e ignorar su carácter *fundante* de todo el sistema de derechos fundamentales (que se *fundan* y derivan

de ella, por lo que al menos las más graves violaciones de casi cualquiera de ellos es, en último término una violación, más o menos directa, de la dignidad de la persona).²²⁶

Y aunque desde una perspectiva dogmática tenemos muy serias dudas acerca de la oportunidad de la construcción de ese derecho fundamental autónomo, y en la propia doctrina alemana no faltan autores importantes que, con fundamento, defienden que no nos hallamos ante un derecho fundamental, debemos señalar que, incluso partiendo de la hipótesis de que la dignidad de la persona pueda considerarse un derecho fundamental, no cabría sostener que nos encontremos ante un derecho no sujeto a limitaciones. Sea la dignidad como tal, sean (más atinadamente, desde nuestro punto de vista) los concretos derechos fundamentales (incluidos, los atípicos no escritos en la Constitución) reconocidos como derivados de la dignidad de la persona, es preciso que el Derecho reconozca la existencia de ciertos límites.

Alexy, partiendo de su diferenciación, ya aludida respecto de las normas de derechos fundamentales, entre principios y reglas, llega a una conclusión clara que, en lo esencial, dice: “El que bajo determinadas condiciones, con un alto grado de certeza, (la dignidad de la persona) preceda a todos los otros principios no fundamenta ninguna absolutidad del principio, sino que simplemente significa que casi no existen razones jurídico-constitucionales inmovibles para una relación de preferencia a favor de la dignidad de la persona bajo determinadas condiciones. Pero, una tesis tal de posición central vale también para otras normas de derecho fundamental. Ella no afecta el carácter de principio. Por eso, puede decirse que la norma de la dignidad de la persona no es un principio absoluto. La impresión de absolutidad resulta del hecho de que existen dos normas de dignidad de la persona, es decir, una regla de la dignidad de la persona y un principio de dignidad de la persona, como así también el hecho de que existe una serie de condiciones bajo las cuales el principio de

226 Ibidem. pp. 59, 60.

dignidad de la persona, con un alto grado de certeza, precede a todos los demás principios."²²⁷

La discusión sobre el carácter absoluto o no de la libertad de expresión no versa, pues, en realidad en los Estados Unidos sobre si tal libertad tiene un verdadero carácter absoluto, sino más bien sobre el grado en que pueden admitirse limitaciones constitucionalmente legítimas a la misma.

Para Hobbes (1588-1679), el hombre está determinado por su naturaleza y no es libre; en el estado de naturaleza (*status naturales*), el hombre es malo, egoísta, antisocial y tiende a asegurarse la conservación a toda costa, como todo cuerpo orgánico (pesimismo antropológico de Hobbes), pero ello precisamente lleva a cada hombre al deseo de apoderarse de las cosas y, al darse idéntica pretensión en todos los individuos, tiene lugar un *ius omni in omnia* (un derecho de todos sobre las cosas), se origina un *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos), donde los hombres, que son naturalmente malvados y sanguinarios, se combaten entre sí con saña (*homo homini lupus*). Como esto es insostenible, el propio egoísmo conduce al hombre al contrato social. De este modo, el hombre no es social por naturaleza, sino por necesidad: *ad sociatam homo aptus non natura, sed disciplina factus est* (utilitarismo).²²⁸

Pero lo que nos importa destacar es, sobre todo, que no pueden existir derechos frente al Estado desde el momento en que quien detente el poder soberano del Estado, dice Hobbes que "debe ser impune", pues a ese "nadie lo puede castigar materialmente por no tener suficientes fuerzas y tampoco lo puede castigar en justicia por no tener derecho a fuerzas suficientes."

Es claro que, en esta concepción profundamente autoritaria, absolutista del Estado, los derechos individuales no tenían

227 Citado en. Ibidem. p. 63.

228 Bague Camazano, J. Ob. Cit. pp. 13 a 25.

cabida, sino que cualquier intervención del Estado en la esfera individual, fuera la que fuera, estaba justificada por ser la voluntad del soberano, absoluta *per definitionem*, y que incluso podría ser contraria a la ley natural o divina, a pesar de lo cual ha de ser obedecida por los súbditos. No puede haber límites a la libertad donde ésta, en puridad, no existe, pues incluso si el poder absoluto es cedido a una asamblea democrática no hay libertad, no siendo ésta compatible con el Estado, sino que es propia del estado natural, que es “mucho peor que cualquier clase de sujeción civil”, y tampoco se reconoce legitimidad, ni en las circunstancias más extremas, a la rebelión del pueblo, que sería una inadmisible *regresio ad bellum*, siempre mucho peor que las mayores atrocidades y errores que pueda cometer un soberano, por lo que ninguno de sus súbditos, por muchos que sean, tienen derecho a despojar de su autoridad al soberano.

Para Locke (1632-1704), padre del individualismo liberal, en coherencia con (y como manifestación de) su optimismo antropológico, el estado natural en que se encontraban los hombres antes de su entrada en sociedad era, no un estado de guerra como para Hobbes (*bellum omnium contra omnes*), ni tampoco un estado perfecto como para Rousseau, sino: “Un estado de completa libertad para ordenar sus actos y para disponer de sus propiedades y de sus personas como mejor les parezca, dentro de los límites de la ley natural, sin necesidad de pedir permiso y sin depender de la voluntad de otra persona. Es también un estado de desigualdad, dentro del cual todo poder y toda jurisdicción son recíprocos, en el que nadie tiene más que otro, puesto que no hay cosa más evidente que el que seres de la misma especie y de idéntico rango, nacidos para participar sin distinción de todas las ventajas de la naturaleza y para servirse de las mismas facultades, sean también iguales entre ellos, sin subordinación ni sometimiento.”

Pero lo más importante para nuestros efectos es destacar que, aunque para Locke hay unos derechos de libertad inherentes al hombre (derecho natural como límite al Estado), tales derechos

no se conciben como absolutos ni siquiera en el estado de la naturaleza.

Y es que, una vez que el hombre se integra en una sociedad política, la libertad consiste en no estar sometido a otro poder legislativo que al que se establece por consentimiento dentro del Estado, ni al dominio de voluntad alguna, ni a las limitaciones de ley alguna, fuera de las que ese poder legislativo dicte de acuerdo con la misión que se le ha confiado. No es, por consiguiente, la libertad eso que Sir Robert Filmer nos dice ser: “La facultad que tienen todos de hacer lo que bien les parece, de vivir según les place, y de no encontrarse trabados por ninguna ley.” La libertad del hombre sometido a un poder civil consiste en disponer de una regla fija para acomodar a ella su vida, que esa regla sea común a cuantos forman parte de esa sociedad, y que haya sido dictada por el poder legislativo que en ella rige.

Así pues, si Hobbes concebía al Estado como naturalmente absolutista, para Locke, en cambio, el propio Estado está limitado por la ley de la naturaleza. Sus poderes son una representación aglutinante de los miembros de la sociedad. El monarca puede ser despojado de su dignidad por parte del pueblo si su autoridad va en contra de la voluntad del pueblo, si no es merecedor de la confianza que el pueblo tiene depositada en él. El monarca debe salvaguardar las libertades de los ciudadanos, principalmente el derecho a la libertad y a la propiedad.

En Locke, pues, se supera el estado natural de Hobbes, gracias al pacto social por el que el individuo se siente protegido; el individuo, el pueblo no enajena el poder completa e incondicionalmente; sus derechos son inalienables y al someterse a un gobierno solo limita su alcance inmediato, en aras, cabalmente, de su mayor efectividad, pero si el gobierno no respeta esos derechos, cabe el derecho de ofrecer resistencia, por incumplimiento del pacto, ya que el poder es un depósito (*trust, trusteeship*) y se legitima solo por el consentimiento, aunque ese supuesto es improbable para Locke, dado su optimismo antropológico.

Conformación y limitación a los derechos fundamentales²²⁹

Como Hesse destaca, para poder ser eficaces, la mayoría de los derechos fundamentales necesita la conformación jurídica de las relaciones y ámbitos vitales que buscan garantizar. Esta conformación es, en primer lugar, tarea de la legislación. Puede basarse en un encargo constitucional expreso, por el cual el legislador es obligado a regular el derecho (los “detalles”). Puede también la legislación resultar necesaria independientemente de todo encargo expreso.

Pero la *conformación* de los derechos fundamentales no es, según Hesse, sin más, idéntica a la *concretización* de los mismos; comprende, sin embargo, siempre, aunque con un alcance distinto, una parte de la concretización.

Según Hesse, en la medida en que la conformación y la concretización coincidan, el legislador conformador de los derechos fundamentales estará vinculado a la Constitución y sometido al control del Tribunal Constitucional. En este caso, logra el poder judicial influenciar en la conformación. Lo mismo vale si las leyes conformadoras de los derechos fundamentales son interpretadas por el Tribunal conforme a la Constitución o si -por falta de regulación legislativa- los derechos fundamentales son concretizados directamente por el Tribunal.

Una dificultad fundamental que se plantea, y que aquí nos interesa fundamentalmente, es la de la diferenciación entre la conformación y la limitación de los derechos fundamentales. La postura de Haberle, quien tiende a relativizar esta distinción por medio del concepto que este autor propone de *ejecución* de los derechos fundamentales (*Ausführung der Grundrechte*), nada fácil de exponer sintéticamente. Según Haberle, toda limitación implica, al mismo tiempo, una determinación del contenido y, al contrario, toda determinación del contenido tiene por contenido conceptualmente necesario una fijación de límites. Tan sorprendente puede parecer esto de primera

229 Brage Camazano, J. Ob. Cit. pp. 64 a 71.

intención, nos dice Haberle, como correcto se manifiesta en una observación más detallada: la Constitución se transforma en la *Constitución* en el pleno sentido de la palabra por medio de la actividad del legislador de conformación y de limitación de los derechos fundamentales.

Con toda razón se habla de la función de la legislación en el ámbito de los derechos fundamentales: la legislación guarda una relación positiva con los derechos fundamentales en el sentido de que éstos la necesitan imperiosamente. No se diferencian los derechos fundamentales unos de otros según necesiten o no ejecución legislativa, aunque sí por la medida y alcance en que necesitan tal ejecución legal. Todos necesitan la ejecución legislativa, que está al servicio de tales derechos, los dota de contenido y garantías.

Es posible incluso hablar de una “ejecución jurisprudencial”, que debe ser, sin embargo, una actividad residual respecto de la legislativa, pues o bien se debe realizar en torno a un texto jurídico ya dado, que se interpreta “conforme a la Constitución” o se anula, o bien, responde a una falta o insuficiente actividad legislativa con relación a un mandato constitucional de actuar.

La concepción que subyace a la categoría propuesta por Haberle de “ejecución” de los derechos fundamentales tiene interés, especialmente en la medida que sirve para evitar ver, como con frecuencia se ha hecho, a los derechos fundamentales meramente “como un complejo de límites”, pues entonces “no se comprende totalmente el concepto de derecho fundamental.” “Se desconoce el concepto de derecho fundamental y de libertad, si se pretende comprenderlos exclusivamente desde sus límites.”

La cuestión problemática, el hecho de que en la Constitución de España, a diferencia de la LF alemana, la garantía del contenido esencial se refiera literalmente a la “regulación” (artículo 53) de los derechos fundamentales y no a su limitación, no plantea ninguna especialidad, pues la “regulación” es un concepto genérico que

comprende tanto la actividad conformadora por la que se “concreta” el contenido particular del derecho fundamental, como la actividad limitadora, pero solo a la segunda, por razones ontológicas, puede aplicarse la garantía del contenido esencial, pues solo en la medida en que trate de reducirse o restringirse el contenido constitucional del derecho existirá la posibilidad de vulneración del contenido esencial.

También para Alemania, sostiene Hesse, bien que con relación concretamente a la libertad de profesión y a la muy singular redacción del artículo 12 LF, que “la diferencia entre “regulación” y “restricción” estriba más bien en que la “regulación” puede ser tanto conformación como también “limitación” (secundaria), también estriba, sin embargo, en fijar la distinción entre la conformación y la limitación, especialmente en términos generales, como ha de hacerse en esta investigación, lo que no puede hacerse, como se comprenderá, de un modo definitivo y detallado, sino solo tratar de hallar ciertos criterios generales orientativos. Y es que, como bien señala Alexy, la distinción “tiene una importancia práctica considerable: una norma que no restringe un derecho fundamental”.

Esto lleva a este autor a una “concepción estrecha del concepto de conformación, a la que corresponde un adecuadamente amplio concepto de restricción”, pues solo este entendimiento “responde a las exigencias de racionalidad de la fundamentación *iusfundamental*. Aquello que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental. Al mantenerse amplio el ámbito de lo que requiere y es susceptible de justificación, mediante un concepto estrecho de configuración, no se asegura todavía, por cierto, que solo se llevarán a cabo restricciones permitidas, pero sí que ninguna restricción podrá liberarse de la fundamentación; ello es un presupuesto esencial para que sólo se normen restricciones permitidas”.

Otros autores, como Pieroth y Jarass, a fin de distinguir entre la conformación y la intervención en los derechos fundamentales, entienden que la conformación solo puede servir para el desarrollo

real de los objetivos perseguidos con el derecho fundamental afectado, y eventualmente puede ser requerida cuando se trata del equilibrio de titulares de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Pero la persecución cualesquiera de otros intereses públicos no permite hablar de “conformación”, pues de lo contrario se desdibujaría la diferencia con la “afectación” de los derechos fundamentales.

No obstante, este criterio no se aplica estrictamente en la hipótesis de los derechos fundamentales de acuñamiento normativo a que nos hemos referido ya. En todo caso, la conformación deber ser objetiva y adecuada respecto a la función del derecho fundamental y proporcionada para los afectados perjudicados. Hay que observar la decisión valorativa del derecho fundamental afectado, así como otras decisiones constitucionales. Si la conformación opera como una intervención en el derecho, es necesario un examen completo de la proporcionalidad.

En la doctrina alemana se han intentado básicamente dos conceptualizaciones generales de los límites a los derechos fundamentales, definiciones trasplantables a nuestro propio sistema constitucional y también seguramente a otros. Alexy, por un lado, partiendo de su importante distinción entre reglas y principios, define a los límites a los derechos fundamentales como aquellas “normas que restringen la realización de principios iusfundamentales *prima facie*” y reconoce este autor que “desde luego, esta respuesta tiene carácter circular en la medida en que para la definición del concepto de restricción de un derecho fundamental utiliza el concepto de restricción, pero nos permite avanzar un tramo porque con ella se dice que las restricciones de derechos fundamentales como normas”, si bien se plantea saber qué es lo que hace que determinadas normas sean consideradas restricciones de derechos fundamentales, una norma puede ser una restricción de derecho fundamental solo si es constitucional. Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención, pero no de una restricción.

Aquí debe distinguirse entre normas de competencia y normas de mandato o prohibición dirigida a los ciudadanos. Las *normas de competencia* más importantes para la teoría de las restricciones son establecidas por las reservas legales de los derechos fundamentales, sin que importe la grada del edificio del orden jurídico en que se encuentren. Pero estas reservas no son, en cuanto tales, restricciones de los derechos fundamentales, aunque hay que reconocer que algo de restringentes tienen para los ciudadanos titulares de aquellos derechos, si bien se trata de una naturaleza restringente de carácter meramente potencial y mediato. Pero no son restricciones; fundamentan solo la restringibilidad, la posibilidad jurídica de restricciones, algo que se ve claramente en el hecho de que puede existir una competencia para imponer restricciones sin que se haga uso de ella.²³⁰

Tipos de límites a los derechos constitucionales²³¹

Debemos comenzar por señalar la necesidad de distinguir, al menos en castellano, dos usos del término “límites” a los derechos fundamentales, que tiene entre nosotros una significación indudablemente anfibológica. En uno de sus sentidos, entendemos por límites a los derechos fundamentales aquellas normas de rango constitucional que, por medio de cláusulas de rango constitucional (ya sean expresas o tácitas), restringen o autorizan, bajo determinados presupuestos, los derechos fundamentales, esto es, recortan el ámbito inicialmente (“*prima facie*”) protegido por el derecho fundamental. Pero junto a esta significación normativa del concepto de límites a los derechos fundamentales, existe otra acepción más amplia, no restringida a lo normativo ni siquiera a lo constitucionalmente legítimo: diríamos que, aunque cabe entender que los límites a un derecho fundamental son los supuestos normativos en que una intervención o afectación de un derecho fundamental está constitucionalmente justificada, tal concepto ni es el más útil ni practicable u operativo en

230 Ibidem. p. 76.

231 Ibidem. pp. 78, 79.

la práctica ni responde al uso habitual en la doctrina o el lenguaje común. Tales hipótesis lo serían de límites *legítimos* a los derechos fundamentales, pero también cabe considerar como límites a los derechos fundamentales a aquellas afectaciones no legítimas de uno de tales derechos.

Éste es acaso el uso principal del concepto de límite a un derecho fundamental, pero también cabe emplear el concepto en un sentido más restringido y normativo, referido en particular a aquellas específicas intervenciones en un derecho fundamental que están constitucionalmente autorizadas, previstas o legitimadas.

Con este concepto restringido de “límites” a los derechos fundamentales bastaría, acaso, si la determinación de los mismos para cada derecho fundamental fuera algo parecido a una simple operación lógica o matemática, pero la realidad dista mucho de ser así en nuestro sistema constitucional como el cualquier otro, por lo que, una vez admitida la necesaria existencia de excepciones por medio de las cuales se excluya a determinadas conductas de la protección iusfundamental, la cuestión estriba en determinar cuáles son esas excepciones. Con ello se pone de relieve que, junto al primer nivel de fijación del ámbito protegido de principio por el derecho fundamental y el segundo nivel constituido por la afectación concreta de ese derecho fundamental, debe haber por lo menos un tercer nivel para saber si la afectación, intervención o injerencia en el derecho fundamental de que en cada caso se trate, resulta o no admisible.

a.) Límites constitucionales directos e indirectos

Esta clasificación la considera Alexy como “imprescindible” en cuanto que un derecho fundamental solo puede ser limitado bien por la propia Constitución, bien, al menos, con fundamento en la Constitución. Los límites a los derechos fundamentales son, por ello, siempre normas de rango constitucional o normas de rango subconstitucional, cuya existencia viene autorizada por normas constitucionales. Límites de rango constitucional son límites

constitucionales directos; límites de rango subconstitucional son los límites constitucionales indirectos. Distingue, además, a la perspectiva del derecho fundamental: el de la cláusula restrictiva a la perspectiva completa de derecho fundamental, que dice cómo está restringido o puede ser restringido lo que el “tipo” de iusfundamental garantiza *prima facie*. Las cláusulas restrictivas pueden ser expresas o tácitas.²³²

b) Límites inmanentes stricto sensu y límites externos (explícitos e implícitos o inmanentes lato sensu)

Esta clasificación tiene para nosotros una extraordinaria importancia, pero no porque permita distinguir con claridad entre distintos tipos de límites a los derechos fundamentales, sino en la medida en que pone de relieve la existencia de concepciones según las cuales ciertos límites a los derechos se derivarían del *interior* del propio derecho fundamental, mientras que otros operarían desde fuera de él. Son estas concepciones las que dotan de sentido a una clasificación como la que aquí se expone. Pero conviene precisar ya desde el primer momento que en la doctrina alemana se habla también de límites *inmanentes* para designar a aquellos límites que, sin existir cláusula limitativa explícita, se derivan -según el TCFA reconoció tempranamente, como también lo ha hecho nuestro propio TC- de la necesidad de cohonestar el ejercicio de los derechos fundamentales con otros derechos igualmente fundamentales u otros bienes constitucionales, preservando también estos últimos. Pues bien, es preciso diferenciar, y ello no se hace por lo general en la doctrina alemana con claridad, entre estos límites llamados “inmanentes” y los verdaderos límites intrínsecos internos o inmanentes.

c) Límites de la garantía y límites de reserva

Von Mangoldt y Klein propusieron una clasificación, especialmente compleja, de los límites a los derechos

²³² Ibidem. p. 84 a 95.

fundamentales que Sachs considera “el más pulido proyecto de una sistemática de los límites.” Estos autores parten de la consideración de que, en realidad, no hay, “según la pura lógica”, límites de las disposiciones sobre derechos fundamentales sino solo conceptos de las mismas, para cuya precisión puede ser necesaria la intervención legislativa o, incluso, de la Administración o del juez con base en una ley. Contra la terminología de “restricciones” o “límites” a esos derechos no hay nada que objetar si se considera que, en un sentido estrictamente lógico, no se trata de límites sino de determinaciones del contenido de cada derecho. La sistemática de los límites que proponen se orienta a lograr un mejor conocimiento de esas variedades de determinación del contenido de los derechos fundamentales.

d) Límites de reserva materiales, formales, de leyes generales y no expresos

La clasificación que propone Starck se refiere a los límites de reserva, pues los que sigue llamando “límites a la garantía” los refiere ahora con toda claridad, con carácter general, al tipo o supuesto de hecho de los derechos fundamentales: “los límites a la garantía se refieren a la formulación del tipo”. La terminología de “límites a los derechos fundamentales” se reserva para los “límites de reserva”. Sin embargo, alude también a unas ciertas “excepciones” en que los límites a los derechos fundamentales son establecidos ya en el nivel del tipo, poniendo de ejemplo los que sigue denominando “límites personales inmanentes a la garantía” que restringen un derecho (la libertad de profesión, por ejemplo) a los nacionales, así como los “límites objetivos inmanentes a la garantía” en que el tipo de un derecho fundamental, descrito en principio con un concepto amplio, es después limitado por medio de la exclusión de una determinada modalidad (por ejemplo, “sin armas” en el derecho de reunión). Con ello podría parecer que Starck sostiene la existencia de límites del tipo o de la garantía, aunque sea con este carácter excepcional.

e) Límites generales, específicos y relativos al ejercicio del derecho

Peces-Barba propone una clasificación de especial valor por su originalidad y por su amplio alcance. Distingue las siguientes clases de límites:

- 1) Límites jurídicos generales y de carácter material, que no son exclusivos de los derechos fundamentales sino que abarcan a todo el ordenamiento y que serían la moral básica positivizada en los valores superiores del ordenamiento jurídico que proclama el artículo 1.1 CE; los bienes constitucionales, que “pueden encontrarse en normas de la propia Constitución, o en Leyes Orgánicas, en principios de organización de poderes e instituciones, o en otros principios”; y los derechos ajenos;
- 2) Límites generales específicos de los derechos fundamentales, no comunes a otros derechos subjetivos y que serían límites formales, esto es, competenciales, pues habilitan al juez. En realidad, a nuestro modo de ver, solo podría hablarse de una habilitación mediata o indirecta al juez sin prescindir de la garantía de la reserva de ley. Más bien habría una habilitación directa al legislador para, a su vez, habilitar al juez a restringir derechos fundamentales en ciertas condiciones, que es justamente al legislador a quien corresponde establecerlas;
- 3) Límites específicos de cada derecho y de carácter material, que no están necesitados de la *interpositio legislatoris*;
- 4) Límites en el caso concreto, en el ejercicio del derecho por su titular, pudiendo ser de dos tipos, según se sitúen en aspectos o formas de actuación del titular del derecho, o se encuentren en el acto de aplicación, en las circunstancias del caso.

Jerarquía de derechos en la democracia

“... o la democracia es una falacia que tiene por objeto sosegar el ánimo de los dominados haciéndoles creer que son libres -en cuyo

caso le es indiferente la formación de sus electores- o, *at vero*, es un sistema que trata de controlar al poder y posibilita la participación racional de los sujetos en el mismo, siendo incompatible con un electorado sin formar. Pero, ¿es posible creer en la bondad de un voto sin lógica razón?; ¿deja de ser democracia el sistema que trata de proteger a sus votantes de informaciones que podrían usar irracionalmente?; ¿cuáles son éstas?”²³³

Todos estos interrogantes adquieren una mayor relevancia si, a su vez, con Seymour-Ure, nos preguntamos: “¿Cómo puede funcionar bien una democracia si la gente no puede estar segura de que ha escuchado la auténtica voz de sus líderes?” Dicho de otro modo, ¿quién nos asegura que recibimos suficiente y verdadera información de todo y de todos?; ¿podemos confiar en los medios de comunicación o debemos verlos como mediadores de información entre políticos y ciudadanos sin mas interés y función que la comercial?

La tensión permanente entre el honor e intimidad del político y la libertad de expresión viene generalmente resolviéndose a favor de este último derecho.

A nuestro juicio, la idea de jerarquía se refiere a la situación general de preeminencia de una cosa o persona sobre otra. Jerarquizar los derechos fundamentales implica, desde una tradicional teoría del Derecho, asumir que unos son superiores respecto a otros; es decir, que desde la propia Constitución se establece un orden de prelación. Admitir la existencia de un orden de prelación no es sino declarar la presencia de un orden de preferencia que debe ser respetado; orden de preferencia (exceder, aventajar) que, en este caso, es entre honor o intimidad y libertad de opinión o información. En consecuencia, entendemos que hablar de jerarquía o preferencia resulta indiferente.

Entonces, ¿podemos decir que hablar de jerarquía, prevalencia o preferencia entre los derechos fundamentales tiene un significado

233 García Ferrer, Juan José. *El Político: Su honor y su vida privada*. Edisofer. Libros Jurídicos. España. 1998. pp. 31, 32, 51, 52.

unívoco? *A priori*, diríamos que sí, ya que no puede existir jerarquía sin prelación. Pero... ¿puede haber prelación sin jerarquía? Nosotros pensamos que, de no ser aceptada la tesis de Bustos Pueche, solo puede interpretarse que nuestros tribunales pretenden dar diferente significado a las palabras “prevalencia”, “preferencia” y “jerarquía”. Aunque el fondo de esa trilogía sea el mismo, tal vez no su espíritu. A nuestro juicio, hablar de jerarquía supone la aplicación automática de la regla, mientras que hablar de preferencia o prevalencia sugiere que un derecho parte con ventaja, aunque partir con ventaja no es garantía de ganar la carrera.

Ponderación de derechos, interés público. Ponderación de derechos²³⁴

Es interesante constatar como se relaciona en el tiempo el argumento de la prevalencia con el reconocimiento de la necesaria ponderación de cada caso y la concurrencia entre derechos-límites.

Las llamadas por Herrero Tejedor fases de “necesaria ponderación” y “de régimen de concurrencia normativa” son el resultado progresivo de una nueva visión conjunta: de un lado, tenemos los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen; de otro, el derecho a la libertad de expresar pensamientos, ideas, opiniones e informar y ser informado verazmente. Si bien el f.j. 3. de la STC 81/83, 10 de octubre, había señalado que: “... todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela.”

La prevalencia inicial de la libertad de expresión, cuyo componente liberal quizá no haya sido del todo asimilado por nuestra jurisprudencia, debe confirmarse tras el juicio operativo, pues, como queda reflejado más arriba, no implica que al final deba ser protegido el honor o la intimidad.

Pero no pensemos que la ponderación se termina en el análisis del lenguaje, es decir, de la forma de expresar el juicio sobre conductas

²³⁴ Ibidem. pp. 55 a 68.

reprobables (intensidad de las frases, usos literarios, expresión humorística o mordaz), así como la utilización o no de expresiones consideradas gratuitas e innecesarias o de informaciones que, en sí mismo, tienen tal carácter. Los elementos a ponderar también tienen por objeto determinar si el daño se personaliza en alguien, si éste es desproporcionado o si, en general, el sujeto actúa con una intención de difamar. Para esto último, además del lenguaje y tono utilizados, se analizan datos tales como:

- el contexto: lugar, tiempo y modo;
- personalidad del sujeto activo y pasivo de la agresión, antecedentes entre las partes y propios actos;
- de la forma más discutible, la idoneidad de soporte informativo y del sujeto que informa.

Es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto aún cuando ofrezcan una cierta vocación expansiva. Un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuran constitucionalmente y en las leyes que los desarrollan, entre ellos -muy especialmente- a título enunciativo y nunca *numerus clausus*, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Así se expresa el párrafo cuarto del artículo 20 de la Constitución Española. (SCT 40/1992, F.J.1).²³⁵

Restricción de los derechos fundamentales²³⁶

La situación de sujeción especial que afecta a las personas privadas de libertad como consecuencia de una decisión gubernativa o jurisdiccional, supone sin duda una restricción de derechos fundamentales. En el caso de una sentencia condenatoria, además de la libertad personal y de aquellos otros derechos cuya suspensión

235 Herrero-Tejedor, F. Ob. Cit. p. 194.

236 Carrillo, M. Ob. Cit. 146 a 148.

la resolución judicial lleve anudada, es lógico que un régimen de privación de libertad comporte restricciones en otros derechos fundamentales, sin que por ello la finalidad de la pena basada en la reinserción social del delincuente pueda verse cuestionada.

La preservación de la seguridad en una prisión es un interés público que le corresponde mantener a la administración penitenciaria. Es una atribución que le ésta encomendada frente a personas que de acuerdo con la ley han sido privadas de libertad por la autoridad judicial, bien por la comisión de un delito (penados) o bien por estar incurso en un proceso penal pendiente de resolución (preventivos). En cualquiera de estos casos, la situación de sujeción especial comporta una serie de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso. Por un lado, la retención y custodia de los internos por el poder público comporta el establecimiento de sistemas de vigilancia y seguridad, que deben ejercerse con respecto de los derechos fundamentales y cuyo ejercicio la nueva situación no ha suspendido Y por otro, el preso queda sujeto a las normas de funcionamiento interno de una institución que está a la espera de un juicio en el que se decida sobre su culpabilidad.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental de la personalidad que expresa la libertad del individuo para delimitar su contenido con una serie de actividades que son propias de su libertad. En este sentido, no hay que olvidar que para las personas que disfrutan de libertad, es decir, para aquellas que no están privadas de ella por una decisión judicial, el mantenimiento de relaciones sexuales no constituye el ejercicio de un derecho sino una específica manifestación de la libertad personal.

Derecho a la información y figuras públicas

Por lo que respecta a las personas famosas o notorias o que gozan de proyección pública, hay que tener en cuenta que su derecho al honor queda igualmente salvaguardado.²³⁷

237 Romero Coloma, A. Ob.cit. pp. 64, 85.

La necesidad de salvaguardar la intimidad personal frente a las intromisiones de una información malévola, indiscreta o meramente indeseada, es inherente a la condición humana, cualquiera que sea el medio con que tal intromisión se realice.

Pero no debemos centrarnos solamente en el derecho a la intimidad, cegándonos por esta materia hasta el punto de olvidar otro derecho, contrapuesto en cierta medida al anterior, como lo es el derecho a la información, el derecho a conocer, que nos asiste asimismo, y no solo como individuos, sino también como partes constitutivas de un conjunto social.

El derecho a la información, en lo que respecta a las personas famosas, tiende a saber lo más posible, pero hay que tener en cuenta que el modo de adquisición de ese conocimiento no debe rebasar las barreras de lo lícito.

La información o, mejor dicho, el concepto de información viene referido a los hechos, a una noticia, a un relato de un suceso, a un acontecimiento determinado. No obstante, esa información puede venir, como ya sabemos, matizada o adornada con expresiones, es decir, con opiniones, ideas, pensamientos o juicios de valor expuestos por el periodista que los ofrece y difunde al público.²³⁸

La opinión es, por el contrario, el juicio de valor que emite una persona acerca de otra. Se mantiene que la opinión no atenta nunca contra el honor, ya que se halla en el marco de la libertad de expresión.

Derecho a la información y el límite de la intimidad

Un problema acuciante es aquel que se plantea entre la prensa y la libertad de informar frente al derecho a la intimidad de las personas famosas. La cuestión primordial pasa por armonizar ambos tipos de intereses: el público, a la información; el privado, a la intimidad.²³⁹

²³⁸ Ibidem. p. 83.

²³⁹ Ibidem.p. 37 a 44.

Hoy en día es evidente que el derecho a la difusión o comunicación de noticias es tan fuerte que se explica que la libertad de expresión se haya confundido con el derecho mismo a la información, y que sea la única facultad que proclaman algunas Declaraciones Nacionales de derechos.

El derecho a la investigación debe entenderse como la facultad atribuida a los profesionales de la información, a los medios informativos en general y al público, de acceder directamente a las fuentes de las informaciones y de las opiniones, obteniendo unas y otras sin límite general alguno. La regla supone, entonces, la excepción que, excluida la intimidad y la vida privada como fuentes de información sin trascendencia pública, queda reducida a los problemas de la seguridad de las diversas comunidades en que la información se desarrolla.

Es evidente que todo derecho tiene sus límites, como no podría ser menos. El derecho a la información también los tiene. No importa que ese derecho tenga como objeto noticias referidas a los famosos, a sus vidas, a sus amores, a sus intimidades. El derecho a la información, aunque es puntual decisivo en los principios ideológicos democráticos, no es absoluto.

La intimidad privada es el gran límite cada vez más como una necesidad real, como reacción no tanto contra escritores y literatos como contra los que hacen profesión el inmiscuirse en la vida privada ajena y publicar lo que conocen de ella.

La información lesiona el derecho a la intimidad privada en todos aquellos casos en que pone en el conocimiento público hechos o circunstancias de la vida de una persona o de su ambiente privado que quiere mantener reservados a los ojos y oídos indiscretos.

Pienso que, para los políticos, el problema se reduce a la divulgación de sus actividades, considerando que ésta puede admitirse cuando el interés de su conocimiento está vinculado con el cargo que desempeñan o, en otras palabras, siempre que la revelación de una

determinada circunstancia de su vida privada llene una función social útil y que no haya desproporción entre la lesión de los intereses personales del sujeto y la publicación de aquella.

Por ello, lo primero que hay que destacar es que ningún derecho tiene una formulación tan amplia como para impedir el derecho de otros o su propia efectividad.

Derecho a informar y derecho a la intimidad²⁴⁰

El derecho a la intimidad se presenta como una noción difícil de definir; por la riqueza de su objeto y por el amplio espectro de prerrogativas que integran su contenido. Convergen en torno a él aspectos básicos que hacen a la esencia de la personalidad, cuya trascendencia individual y proyección social no pueden ser desconocidas. Romero Coloma lo concibe como “el derecho de toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvolver su vida, sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.”

Esta definición, que consideramos bastante apropiada, pone de relieve que el derecho a la intimidad (o a la vida privada) abarca y protege una esfera discreta de la existencia de toda persona, que debe ser preservada de intromisiones exteriores. Se trata de un derecho personalísimo de amplio contenido y de manifestaciones sumamente variadas.

Como bien señala Ferreira Rubio, está integrado por tres aspectos fundamentales: tranquilidad (derecho a ser dejado en paz), autonomía (libertad de tomar las decisiones relacionadas con las áreas de nuestra propia existencia) y control de la información personal.

La intimidad comprende no solamente aquellas conductas y situaciones que, por su naturaleza y por desarrollarse en un ámbito netamente privado, no están destinadas razonablemente al

240 Pizarro, R. Ob. Cit. pp. 231 a 233.

conocimiento de terceros o a su divulgación, sino también ciertas acciones que, aun desplegadas en medios no privados, presentan un contenido totalmente privado y, por ende, no susceptible de intrusión o de divulgación.

Se señala con acierto que la intimidad no es solo una cobertura de conductas que no se exteriorizan o que los terceros ignoran; además del fuero íntimo, muchas acciones de las que los terceros se anotan pertenecen a la intimidad. Mi vida familiar, mi situación económica, mi modo de vestir, de asumir privadamente mi concepción ética o religiosa, o mi sexualidad impiden la intrusión del Estado y de los demás particulares, aunque todo eso se “sepa” o sea advertido por terceros.

Así concebido, el derecho a la intimidad importa para su titular prerrogativas significativas, entre las que destacamos, fundamentalmente por su vinculación con el tema central de esta obra, el derecho a oponerse a toda investigación de su vida privada por terceros y a la divulgación de datos que, por su naturaleza, están destinados a ser preservados de la curiosidad pública. A tales fines poco importa que el hecho que se divulga sea verdadero o falso, pues en uno y otro supuesto puede menoscabarse la intimidad.

Medios de información y derecho a la intimidad²⁴¹

Llegando a este punto de la exposición, cabe afirmar que el derecho a participar en discusiones sobre asuntos de interés público, a través de la libertad de expresión, información y crítica de los ciudadanos con condición pública, colisiona con el interés del Estado de garantizar el buen funcionamiento de la Administración (STC 371/1993, FJ 4). El criterio que determina qué manifestaciones del funcionario perjudican la buena marcha o funcionamiento de la Administración Pública lo constituye la comprobación. En otras palabras, se trata de comprobar si el funcionario, en el ejercicio de sus libertades, se ha pronunciado con especial cuidado, medida y prudencia (se

241 Catoira, A. Ob. Cit. p. 181.

corresponde con la obligación de reserva francesa) y, además, se tendrá en cuenta que en cuanto más alto sea su grado jerárquico, más relevante la naturaleza de sus funciones o mayores sus responsabilidades, más fuerte será su obligación de manifestarse con prudencia en aquellos temas que puedan tener repercusión en el ámbito de la función pública.

Sobre los criterios limitadores. Cuando se analiza el ejercicio limitado se los derechos y libertades de los funcionarios, se comprueba cómo los deberes propios de su función o del puesto que desempeñan condicionan sus actividades y manifestaciones. Esto ocurre con el deber de fidelidad respecto de las instituciones del Estado y el deber de obediencia que surge de la estructura fuertemente jerarquizada del aparato administrativo. De este modo, todas las normas que regulan el ejercicio de la Función Pública y que afectan el ejercicio de los derechos de sus trabajadores se componen de preceptos que tratan de asegurar la lealtad del funcionario y su subordinación a los principios de ordenación de la actividad administrativa.²⁴²

Sin duda los medios de comunicación constituyen un ámbito natural, lógico, en el que el derecho a la intimidad puede verse sometido a intromisiones de carácter lesivo. La salvaguarda de aquel núcleo de la vida privada que resulta inaccesible a los demás y que constituye la intimidad puede verse alterado a través de la extraordinaria capacidad de penetración que tienen los medios de comunicación, con independencia de las diversas modalidades o soportes materiales existentes en la actualidad para expresarse o comunicar información. Ya sea mediante la prensa escrita y, en general, a través de los medios audiovisuales, tanto la libertad de expresión como el derecho a la información pueden incidir sobre el derecho de la persona a no ser molestado o, incluso a vivir solo.²⁴³

La intimidad de la persona presenta una dimensión poliédrica. El derecho a no ser molestado no solo consiste en la potestad de impedir

242 Ibidem. p. 225.

243 Carrillo, M. Ob. Cit. p.77.

intromisiones ilegítimas en el espacio físico que la persona define como propio e inaccesible a los demás. Esto es, la protección del derecho a la intimidad en el Estado social y democrático de Derecho no únicamente se dilucida en el domicilio habitual de un hotel, en la *roulotte*, en el *camping* o en el vestuario del lugar de trabajo. El derecho a no ser molestado se manifiesta también en aquellas actividades cotidianas que no teniendo una dimensión espacial, sin embargo forman parte de aquel ámbito de la libre autodeterminación de la persona que define su capacidad para decidir acerca de su trayectoria vital. Es decir, de aquel espacio que forma parte de su intimidad.²⁴⁴

Veracidad e interés social como límite a la intimidad

La importancia que han adquirido hoy en día los medios de comunicación social y la gran utilización de que son objeto, por su poder de difusión de las noticias, es evidente a todas luces. Un límite muy esencial es la veracidad. Toda noticia que falte a la verdad es deshonesta, no cumpliendo con la finalidad primordial de informar al público, sino induciendo a error por un mal conocimiento de las cosas, de los hechos.²⁴⁵

También el interés social es un límite importante. Ya tenemos, por tanto, dos límites a la libertad de información: por un lado, la veracidad; por otro, al unísono con la exigencia de la verdad, el interés social, el interés de la colectividad, el interés público, en definitiva.

Uno de los aspectos que han guardado siempre más relación con el derecho a la intimidad es la imagen o el derecho a la imagen de la persona. Para la identificación del individuo, la primera característica apreciable es la de sus rasgos físicos y, al ser captados mediante una técnica mecánica o artística y expuestos al público, se logra, en cierto modo, una presencia continuada ante los demás, durante el tiempo de la exhibición,

244 Ibidem. p. 115.

245 Romero Coloma, A. Ob. Cit. pp. 45 a 49.

Toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca de tal forma que su intimidad pueda quedar perjudicada.

Toda persona, incluso aquella famosa o notoria, es decir, incluso los personajes públicos, tienen derecho a que su imagen, es decir, la captación exterior de su persona, no se reproduzca de tal manera que su ámbito de intimidad pueda quedar perjudicado.

Cabe preguntarse, en función de este tema, si los personajes conocidos, las personas famosas, tienen el derecho a su propia imagen -como el derecho a su intimidad privada- disminuido, de alguna manera, o reducido o restringido, sobre la base de, precisamente, su proyección pública o social.²⁴⁶

Para Gitrama, incluso cuando se trate de una persona de notoriedad, si la publicación de su imagen obedece a fines distintos de los legítimos de satisfacer la pública exigencia de información, la dicha notoriedad o popularidad deja de ser una justificación del acto, en sí ilícito, para pasar a ser, simplemente, un medio destinado a la consecución de otro fin inferior.

Hoy en día, se ha llegado doctrinalmente a la separación de las nociones o conceptos de honor e intimidad, pero no siempre fue así. Además, entre ambos conceptos suelen existir elementos comunes.

La clara separación de los derechos a la vida privada y al honor puede ser demostrada por la autonomía por la que cada uno de estos derechos opera. El atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien lo ejecute formule un juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de la víctima. Es suficiente con que tome conocimiento, en virtud de injerencia indebida, de aspectos reservados de la vida de una persona. Hasta podría darse el caso que el atacante aprobara las manifestaciones de la vida privada que ha llegado a

246 Ibidem. pp. 58 a 61.

conocer, sin que, con ello, quedara excluida la transgresión que ha cometido.

Por otra parte, el atentado en contra del honor no exige ni supone que la expresión, gesto o imputación que se formulan y lesionan el honor subjetivo o el objetivo correspondan a una información reservada que el sujeto activo haya logrado sobre su víctima mediante injerencia en su intimidad.

Lo que lastima los sentimientos del sujeto pasivo es verse o temerse ver como objeto de desprecio o de una declinación de su buen nombre en razón de la imputación formulada.

Los límites del derecho a la intimidad²⁴⁷

Dentro de los principales destacamos tres:

a) Las fronteras del derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad, como todos los derechos constitucionales, no es absoluto; por el contrario, tiene ciertos límites que deben ser razonablemente determinados. Se trata de una cuestión compleja que no es susceptible de ser resuelta en abstracto, prescindiendo del momento histórico de una comunidad, en un espacio y tiempo determinados. Como bien lo señala Dumas, las fronteras del derecho a la intimidad son contingentes y varían en función de la evolución de las costumbres y de la escala de valores jurídicos de cada sociedad. Una vez más, la relación entre derecho, economía y política parece agigantarse, pues la extensión de los límites del derecho a la intimidad dependerá de parámetros no necesariamente jurídicos. Las limitaciones del derecho a la información deben ser razonables, como todas las limitaciones de derechos constitucionales (artículos 14, 28 y conos., Const. Nacional), sin

247 Pizarro, R. Ob. Cit. pp. 247 a 249.

llegar al extremo de desvirtuar su esencia, con inevitable menoscabo de la dignidad de la persona.

b) *El consentimiento del propio interesado*

El derecho a la intimidad es relativamente disponible y en forma parcial. Por lo tanto, y en principio, el titular del derecho a la intimidad puede consentir y autorizar la intrusión de terceras personas en ámbitos que le son privativos e inclusive, la divulgación de aspectos atinentes a su vida privada, en tanto y en cuanto no importe contradicción con la ley, la moral, las buenas costumbres o con los derechos de un tercero.

c) *El ejercicio regular del derecho de informar y el interés público prevaleciente*

La doctrina admite pacíficamente que el derecho a la intimidad debe ceder cuando se trate de garantizar o defender un interés público prevaleciente.

En tal sentido, Cifuentes señala que "... el interés público exige a menudo que las autoridades intervengan en la esfera privada...", especialmente en cuestiones atinentes a la seguridad nacional, a la seguridad pública, y a situaciones de necesidad en tiempos de paz, de guerra o ante catástrofes naturales y también en los supuestos en los que el bienestar económico del país, la lucha contra el crimen y la protección de la salud así lo impongan.

Los límites son variables, inclusive dentro de una misma comunidad y en un espacio y tiempo no muy prolongados, por lo que la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido no está en modo alguno cristalizada.

Intimidad y vida privada de los funcionarios públicos²⁴⁸

Se plantea una situación particular con la vida privada de los hombres públicos y de los funcionarios públicos. Si bien no cabe negarles el

248 Badeni, G. Ob. Cit. pp. 763.

derecho a la intimidad, su condición social o su función pública en un sistema republicano reducen sensiblemente su derecho a la intimidad y a la privacidad.

El conocimiento de algunos aspectos de su intimidad y vida privada responde a un derecho legítimo de la sociedad para poder calificar la aptitud moral del funcionario, y decidir si el mismo participa de los valores éticos del pueblo que representa. De esta manera, no solamente satisface el recaudo de la idoneidad, previsto en el artículo 16 de la Constitución, sino también la necesidad de dar información a los ciudadanos para que, en un sistema republicano y representativo, puedan participar eficientemente en el proceso político seleccionando a sus gobernantes y velando para que ellos, en su vida privada, mantengan el recato impuesto en la función pública. Ello es así porque la vida pública del funcionario es inseparable de su vida privada, cuanto mayor sea la importancia política del cargo que desempeña.

En tal sentido, Linares Quintana enseña que: “Se ha dicho que el hombre público no tiene vida privada, porque su actuación pública se proyecta inexorablemente sobre su intimidad.”

Uno de los supuestos más controvertidos, aunque puede generar responsabilidad en materia civil, consiste en la reproducción y posterior publicidad de las imágenes de una persona sin su conformidad. Esa conducta puede ser lesiva para el derecho al honor de una persona aunque, en la mayoría de los casos judiciales, estuvo relacionada con el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen que protege la ley.²⁴⁹

Límites y protección de derechos a figuras públicas

La doctrina de la real malicia se vincula sustancialmente con las ofensas proferidas contra funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en asuntos de interés institucional o público.²⁵⁰

249 Ibidem. p. 776.

250 Catucci, S. Ob. Cit. p. 92.

Dado que el desarrollo fundamental de la mencionada doctrina se vincula con la protección del honor del funcionario público, resulta pertinente examinar este tema, especialmente a la luz de la doctrina de la Corte Suprema, tribunal que sigue los lineamientos de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica.

Uso abusivo del derecho a informar²⁵¹

Se discute asimismo si el ejercicio abusivo del derecho de informar genera responsabilidad.

Cita Pizarro que un sector de la doctrina niega que la teoría del abuso del derecho sea aplicable en numerosos supuestos de transgresiones del derecho de informar.

Quienes así opinan entienden que “entre los derechos *lato sensu* de que es titular un individuo se distinguen de una parte de los derechos *stricto sensu* o derechos definidos o determinados, y por otra parte, la libertad.”

Para estos autores españoles y argentinos, la doctrina del abuso del derecho solo resultaría aplicable en los casos “en los que exista un derecho definido o determinado”, por tanto, el ejercicio de las libertades esenciales, tales como la de circular o expresarse, quedarían al margen del artículo 1071 del Código Civil y solo podrían dar lugar a problemas de responsabilidad civil.

Aplicando estos principios al tema del derecho de informar, se advierte que no sería aplicable la doctrina del abuso del derecho en materia de daños derivados de publicaciones inexactas o agraviantes, cuando falte la existencia de un derecho “definido” o “determinado” entre el medio de comunicación y el afectado.

Para los autores que comparten esta teoría, la cuestión es de importancia práctica por cuanto si se emplaza en torno al abuso del

251 Baez de Figuerola, A. Ob.cit. pp.158 a 163.

derecho, el factor de atribución debería ser objetivo, lo que en esta materia les parece una conclusión extrema e inconveniente.

En opinión de Pizarro, pueden darse supuestos en que el derecho de informar sea ejercitado abusivamente. Entiende este tratadista, que entre el acto ilícito *lato sensu* y el ejercicio abusivo del derecho no media una diferencia cualitativa que pueda justificar las pretendidas distinciones.

Tanto uno como otro contradicen el ordenamiento jurídico considerado en forma integral. Admite que varía la forma y modo de operarse la transgresión, pero ello solamente representa una cuestión de grado y no de esencia.

Reiteradamente se sostiene la responsabilidad civil de los medios de difusión por informaciones inexactas, falsas o erróneas cuando tales conductas son atribuibles a dolo o culpa.

Se encuentra así dividida la doctrina en partidarios de la responsabilidad objetiva y quienes, por el contrario, propugnan como factor de atribución la responsabilidad subjetiva.

La denominada doctrina de la real malicia o de la *actual malice*, que los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación citan en varios pronunciamientos, proviene del derecho norteamericano.²⁵²

En lo relativo al factor de atribución de responsabilidad, esta doctrina requiere que se acredite que el medio de prensa obró con dolo o negligencia grave.

Es decir, se debe aportar la prueba de que el medio de difusión dio a conocer una información falsa, a sabiendas de su falsedad o con una marcada despreocupación respecto a la veracidad de la misma.

252 Ibidem. pp. 178 y 187.

Asimismo, se distingue si el damnificado es funcionario o personaje público o un particular con el fin de distribuir la carga de la prueba.

En el primer caso será el funcionario o personaje público quien deberá probar la culpa grave o dolo del medio de difusión, es decir la “real malicia”, mientras que si se trata de una persona privada, solo debe probar que ha sufrido un perjuicio por la difusión de la información, y el medio informativo deberá acreditar que no actuó con negligencia.

Bandeni se adhiere a esta teoría y afirma que la principal virtud de la doctrina de la real malicia reside en exponer criterios objetivos para juzgar la responsabilidad jurídica con motivo de la libertad de prensa, distinguiendo las diversas connotaciones que ella presenta, según se ejerza en una dimensión individual, institucional estratégica. Connotaciones que no se manifiestan en los sistemas autoritarios, pero que configuran la esencia de una democracia constitucional.

Y agrega este autor que el estándar de la real malicia, al desechar la responsabilidad objetiva, la presunción de dolo o culpa y al excluir esa responsabilidad tratándose de datos que se ajustan a la realidad aunque sean agraviantes, presenta la virtud de posibilitar el amplio desenvolvimiento de la libertad de pensamiento, de expresión y de prensa en sus dimensiones institucional estratégica. No se trata de una fórmula arbitraria o generadora de privilegios, sino esencialmente coherente con los postulados de una democracia constitucional y que, por supuesto, no tiene asidero alguno en un sistema político autoritario donde, necesariamente la libertad de prensa está subordinada a los caprichos y valores del autócrata.

Para la ingerencia en el ejercicio de derechos²⁵³

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (derecho al respeto de la vida privada) sino en tanto

253 Ruiz Miguel, C. Ob. Cit. pp. 86, 89, 94, 95 a 103, 105.

cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos o de las libertades de los demás.

Para que la injerencia en el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 81 del Convenio resulte compatible con éste debe cumplir tres requisitos: Estar *prevista por la ley*, atender a un *fin legítimo* y ser necesaria en una *sociedad democrática*. Estos requisitos deben examinarse sucesivamente. Si no cumple uno solo de estos tres requisitos la injerencia violará el artículo 8.

a) *Accesibilidad*. Según señala la sentencia *Sunday times*, la ley tiene que ser cognoscible, accesible para los afectados, de suerte que el ciudadano disponga de suficiente información, habida cuenta de las circunstancias sobre las normas jurídicas aplicables al caso. La accesibilidad se conecta con la debida publicidad de las normas legales o jurisprudenciales.

b) *Previsibilidad*. (...) Esta consecuencia no tiene que conocerse necesariamente con una certidumbre absoluta. La experiencia revela que esto no es posible, sobre todo en los terrenos en los que los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad.

Fines legítimos. (...) Como observa el artículo 8.2 son fines legítimos: la "seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos o las libertades de los demás."

I. El objeto de la seguridad nacional ha sido invocado en dos ocasiones respecto al artículo 8.

- II. El objeto de la seguridad pública nunca ha sido invocado ante el Tribunal para justificar una injerencia en el ejercicio del derecho del artículo 8.1.
- III. El bienestar económico del país ha sido alegado en diversas ocasiones.
- IV. La defensa del orden y la prevención del delito ha sido un fin legítimo aducido en varias ocasiones.
- V. La protección de los derechos y libertades de los demás, aparte de conectada con la protección de la moral, ha aparecido como fin legítimo en diversos momentos.

c) *Necesaria en una sociedad democrática.*

- I. Concepto de necesidad. En opinión del TEDH, el adjetivo *Necesaria* en el sentido de los artículos 8.2 y 10.2 no es sinónimo de *indispensable*.

Pero si no equivale a *indispensable*, tampoco tiene la flexibilidad de términos como *admisible*, *normal* (artículo 4.3), *útil* (1.1 del Protocolo adicional número 1), *razonable* (artículos 5.3 y 6.1) u *oportuno*. La noción de *necesidad* en este contexto implica una *necesidad o exigencia social imperiosa* para la intromisión en cuestión.

En primer lugar, debe advertirse que uno de los límites mencionados en el artículo 10.2 es *la protección de los derechos ajenos*. La diferencia respecto de los demás límites del artículo 10.2 es precisamente que se trata de derechos. Estos derechos pueden ser más o menos importantes, fundamentales o no; pero, en principio, no cabe excluir de esta mención a los demás derechos reconocidos en el Convenio y Protocolos, y en concreto al garantizarlo por el artículo 8.1.²⁵⁴

254 Ibidem. pp. 111,112.

En segundo lugar, es preciso observar que los límites a la libertad de expresión pueden contemplarse desde dos perspectivas, a juicio del Tribunal. Por una parte, puede verse el conflicto como un principio o derecho fundamental (la libertad de expresión), sujeto a numerosas excepciones que deben interpretarse restrictivamente. Pero, por otra parte, puede examinarse el caso como la elección entre dos principios o derechos fundamentales antagónicos.

En tercer lugar, se constata que el artículo 10.2 dispone de más limitaciones a la libertad de expresión (nueve) de las que dispone el artículo 8.2 respecto al derecho a la protección de la vida privada (seis).

En cuarto lugar, de las sentencias Lingens y Oberschlik se desprende que el derecho a la protección de la vida privada tiene una importancia mayor que el derecho a la protección de la reputación de una persona pública.

Límites de derechos a funcionarios públicos²⁵⁵

La libertad de expresión, al igual que el honor, es un derecho fundamental reconocido en los tratados internacionales y en las constituciones, pero adquiere función prevalente o preferente cuando de su ejercicio depende la formación de una opinión pública libre, al tratarse de asuntos de interés público, si ha sido ejercida dentro de sus límites.

La libertad de información aparece claramente diferenciada de la libertad de expresión en su contenido y en sus alcances. La primera tiene un carácter más amplio, que está dado por el objeto que contiene -de índole subjetiva-, como las opiniones, los pensamientos y los juicios de valor, que, como tales, no están sujetos a comprobación alguna. La segunda detenta un contenido factual y, por ello, empíricamente *constatable*.

255 Merlo, M. Ob. Cit. pp. 136 a 138.

El conflicto entre la libertad de expresión, la libertad de información en todas sus manifestaciones y el derecho al honor es relativo a la interpretación de la Constitución, y no es simplemente un problema del Derecho Penal. Por ende, en primer lugar corresponde acudir al contenido constitucional de esos derechos, respetando su posición constitucional y evaluando que los tipos penales no pueden interpretarse ni aplicarse en forma contraria a los derechos fundamentales.

Para la solución del conflicto entre derecho al honor y libertades de expresión y de información, se debe partir del carácter preferente que en ciertos casos adquiere la última, verificando si ésta ha tenido lugar dentro de sus límites internos, así como también de la concepción de que los delitos contra el honor se configuran con el conocimiento del alcance injurioso o calumnioso de los términos expresados o de la información proferida, y con la voluntad de manifestarlos, sin que se requiera un ánimo especial.

No corresponde establecer, por tanto, si el ejercicio de las libertades de expresión o de información ha ocasionado o no una lesión al derecho al honor penalmente sancionable, sino si ese ejercicio ha operado o no como causa excluyente de la antijuridicidad.

Real malicia²⁵⁶

La doctrina de la real malicia es una creación de la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, expuesta en el caso *New York vs. Sullivan*, desarrollada esencialmente en el ámbito de la responsabilidad civil.

Se basa en la exculpación de los periodistas acusados penalmente o demandados civilmente por informaciones falsas referidas a funcionarios públicos, poniendo a cargo de los ofendidos la prueba de que actuaron con conocimiento o con temerario desinterés en lo relacionado a si eran o no *mendaces*.

256 Catucci, S. Ob. Cit. pp. 92 a 96..

En relación a la doctrina de la real malicia, Sáenz Valiente expresa que la protección debilitada a los funcionarios públicos y figuras públicas o personas privadas devenidas públicas involuntariamente, dio nacimiento a una doctrina de responsabilidad civil y penal que exige la prueba muy dura de la real malicia, en tanto que a las figuras privadas que permanecen privadas les basta la prueba de la culpa o negligencia. Pero siempre debe haber frente a los medios de prensa el elemento subjetivo de la real malicia o de la culpa o negligencia. No se admite que haya publicaciones dañosas *per se*, ni palabras que por sí solas sean difamatorias y mucho menos que la publicación de las injurias proferidas por un tercero constituyan al medio en responsable directo.

Badeni sostiene que la doctrina de la real malicia está condicionada a los siguientes requisitos:

- 1) la prueba fehaciente por el accionante sobre el carácter agravante de las expresiones vertidas y el daño que ellas le ocasionan;
- 2) la prueba fehaciente por el accionante sobre la falsedad de las expresiones formuladas;
- 3) la prueba fehaciente por el accionante sobre el dolo real o eventual en la conducta del emisor de las expresiones.

Estos principios -añade- son de rigurosa aplicación cuando se trata de manifestaciones que versan sobre funcionarios públicos o sobre figuras públicas, en temas de interés institucional o en temas que revisten un relevante y justificado interés público.

La doctrina de la real malicia procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o la crónica.

Con la aplicación de la regla constitucional conocida como la “real malicia” se procura lograr un equilibrio razonable entre el ejercicio de la función institucional de la prensa en un régimen democrático y la protección de los derechos individuales que pudieran ser afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares intervinientes en cuestiones de interés público, objeto de la información o crónica.²⁵⁷

La doctrina de la “real malicia” se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran o no falsas.

Carece de gravitación la discusión acerca de la calidad de periodista o político del querellado al momento de hacer las declaraciones, si lo esencial para evaluar el grado de tutela constitucional a la luz de la doctrina de la real malicia radica en precisar las condiciones que rodean a quien es objeto de la noticia y no al sujeto que la propala.

Corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento que exigió como único modo de exculpación la producción de la *exceptio veritatis*, sin tener en cuenta que la cuestión se centraba en determinar si existían elementos que -en una interpretación periodística bien intencionada- hubiesen podido justificar la publicación de la noticia por su trascendencia pública.

Derechos subjetivos, libertad de expresión y honor de funcionarios públicos²⁵⁸

La titularidad de este derecho subjetivo se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después

257 Ibidem. pp. 111,112.

258 Herrero-Tejedor, F. Ob. Cit. pp. 27, 28.

de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica, pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos.

Asimismo, hemos destacado que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se “refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad” por lo que, en correspondencia, se debilitaría en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público.

Como última vía de defensa se sostiene en la demanda que aunque estuviera afectado el honor de unos funcionarios judiciales desde una perspectiva constitucional, la libertad de opinión debería haber sido valorada preponderantemente sobre ese derecho al honor, dada la condición pública de las personas afectadas, al estar las personas que ejercen funciones públicas obligadas a soportar un cierto riesgo de que sus derechos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general.

El interés público de la crítica realizada, al afectar el funcionamiento de órganos estatales, ciertamente confiere un nivel máximo de eficacia a la libertad de opinión, pero ello no excluye que la lesión constitucional haya podido existir cuando, como en el presente caso, ha entendido el órgano judicial, no existe meramente una opinión crítica emitida, aunque acerva, inexacta o injusta, sino una imputación, objetiva y subjetivamente falsa, de unos hechos delictivos a unos determinados miembros del Poder Judicial, lesionando no solo el prestigio o dignidad del órgano, sino también el honor de los injustamente acusados.

En un Estado democrático pluralista se debe reconocer el máximo efecto a la libertad de expresión del artículo 20 de la Constitución

Española. No puede servir de cobertura ni de causa excluyente de la antijuridicidad de una intromisión ilegítima en el honor y prestigio de unos ciudadanos concretos, por el solo hecho de que estos ejerzan unas funciones públicas, que es lo que parece pretender el demandante.

Las personas que, por razón de su actividad profesional, como aquí sucede, son conocidas por la mayoría de la sociedad, sufren mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente, como se sostiene en la demanda, en el sentido de que el personaje público acepte libremente el riesgo de lesión de la intimidad que implica la condición de figura pública. Que estos derechos se flexibilicen en ciertos supuestos es una cosa, y otra bien distinta es que cualquier información sobre hechos que les conciernen, guarden o no relación con su actividad profesional, cuenten o no con su conformidad, presten ya esa relevancia pública que la legitime plenamente y dote de una especial protección. No toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea.²⁵⁹

El problema en cada caso es identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público al conocimiento de determinados hechos que pueden legitimar la invasión de la esfera privada del personaje público.

Las posibles excepciones al derecho a la información las podríamos clasificar en cinco grupos, siguiendo lo establecido por la doctrina en general.²⁶⁰

259 Ibidem. p. 44.

260 Bel Mallén, I. Ob. Cit. pp. 188, 189.

- las referidas a los derechos personales,
- las referidas a la seguridad externa e interna del Estado,
- las referidas a la seguridad externa del Estado,
- las referidas a la moral pública,
- las referidas a la salud pública.

En el primero de dichos grupos se suelen presentar como excepciones aquellos derechos fundamentales de carácter personal que son propios de todas las constituciones y ordenamientos jurídicos:

- el honor,
- la intimidad,
- la vida privada,
- la vida familiar,
- a propia imagen,
- datos informáticos,
- las comunicaciones.

Sin embargo, y sin ceñirnos a ningún texto constitucional en concreto, también pueden llegar a ser excepciones en este campo las referidas a:

- la ideología,
- la religión,
- la juventud y la infancia.

En el segundo y tercero de los campos enumerados cabe destacar:

- el secreto sumarial,
- los secretos oficiales,
- el acceso a la información.

Límites del derecho a la privacidad²⁶¹

Expuesta la formulación teórica del derecho a la privacidad, y explicados los motivos que lo hacían imprescindible para la sociedad

²⁶¹ Para profundizar sobre el tema remítase a: Flores, Oscar. *Libertad de Prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*. (Jurisprudencia de la C. S. J. N. con la Jurisprudencia de EE.UU.) Colección Académica. La Ley. Argentina. 2004.

norteamericana, Warren y Brandeis dedicaron la parte final de su artículo al estudio de los tres límites que reconocía el nuevo derecho. En tal sentido señalaron que:

1. El derecho a la privacidad no prohíbe la publicación de cualquier asunto que sea de interés público o general.
2. No se otorga reparación para daños sufridos por la mera divulgación oral de un asunto privado.
3. El derecho a la privacidad cesa también cuando el individuo publica por sí mismo lo hechos, o consiente su publicación.

La “zona de privacidad”

Para evitar los inconvenientes del test anterior, algunos tribunales y doctrinarios recurrieron al estándar de la “zona de privacidad”. A veces suceden hechos *avergonzantes* respecto de los cuales las personas involucradas casi no tienen control, y que son, al mismo tiempo, públicos por el lugar donde acontecen. En algunos de esos supuestos, los tribunales decidieron que el *asunto* o *materia* tenía carácter privado aun cuando el lugar en que había ocurrido no lo fuese. Emerson fue uno de los autores que propició la adopción de este criterio, para remover así la incertidumbre que rodeaba la acción de invasión de privacidad por revelación de hechos privados. Esto podía lograrse identificando ciertos temas lo suficientemente íntimos cuya publicidad permitiera establecer, *prima facie*, la responsabilidad de la prensa. Se incluían “aquellas actividades, ideas o emociones que uno no comparte con otros o comparte solo con sus íntimos: relaciones sexuales, desempeño de funciones corporales, relaciones familiares, y otras por el estilo.”

La protección a la prensa se debilita también cuando, para ilustrar una información, se utiliza una imagen de una persona que no tiene relación con lo publicado o se sugiere una vinculación que en verdad no existe. En esta segunda hipótesis se trata del *tort* de *false light*

ideado por Prosser, daño que consiste en proyectar al público una imagen falsa o engañosa del individuo retratado.

Sin importar que la información sea de interés público, se considera que identificar a las personas involucradas en cierto tipo de acontecimientos equivale a una imposición de sufrimiento gratuito, que justifica declarar responsable a la prensa por invasión a la privacidad.

En la actualidad se entiende que es figura pública la persona que, por sus propios y voluntarios esfuerzos, sus logros, fama o modo de vida, o por haber adoptado una profesión u ocupación que da al público un legítimo interés en sus actividades, sus asuntos, y su personalidad, ha llegado a ser un “personaje público”. Al igual que lo ocurrido en torno al “interés público”, los tribunales inferiores de Norteamérica elaboraron un concepto de “figura pública” mucho más amplio que el concebido por Warren y Brandeis: aparte de los funcionarios, las sentencias incluyeron en esta categoría a quienes gozaban de algún grado de reputación por aparecer ante el público.

El menor grado de privacidad que se reconoce a las figuras públicas tiene como fundamento la presunción de que ellas renuncian a aquel derecho en virtud de su estatus. Sin embargo, la renuncia (*waiver*) es un “abandono intencional de un privilegio o derecho conocidos” que debe ser expreso y no puede presumirse. Por lo tanto, no parece consistente sugerir que alguien resigna su intimidad por ser legislador o protagonizar una película, porque se graduó en la universidad siendo prácticamente un niño, o por ser un brillante futbolista.

Lo dicho tiene máxima aplicación cuando se lo traslada al campo que nos ocupa: el conflicto entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos.²⁶²

Si bien es cierto que este conflicto no debería producirse, por cuanto “libertad de información puede y debe ejercerse sin lesionar otros

262 Pizarro, Ramón D. Ob. Cit. pp. 158 a 160.

intereses personalísimos”, la realidad demuestra precisamente lo contrario. El conflicto entre aquellos es cada vez más frecuente e inevitable y de allí la necesidad de buscar soluciones adecuadas para superarlo.

Algunos autores opinan que el derecho de prensa constituye una libertad *preferente, estratégica*, que debería prevalecer siempre por sobre la intimidad, honor e imagen de las personas. Quienes adhieren a estas ideas proclaman la licitud de la noticia divulgada siempre que sea veraz, imparcial y presentada en lenguaje correcto y moderado, libre de actitudes sensacionalistas, aun cuando pueda interferir en la vida privada de alguna persona o lesionar otros derechos como el honor, la imagen e -inclusive- la propiedad.

Así concebida la cuestión, bastaría con definir el contenido lícito del ejercicio de la libre información, “estableciendo el marco dentro del cual las manifestaciones de dicha libertad deben primar sobre otros derechos constitucionales, aunque éstos resulten sometidos o limitados.”

Otros, en cambio, como ya hemos dicho, asumen una posición más moderada y admiten que la cuestión de límites no puede ser resuelta en abstracto, debiendo dilucidarse el conflicto en cada caso concreto. Las particularidades del supuesto que se analice y la índole de los intereses comprometidos determinarían, según los casos, la prevalencia de uno u otro derecho en conflicto.

Dentro de este orden de ideas, que en lo substancial compartimos con ligeras matizaciones, se destaca que debe “preservarse con energía la libertad de expresión cuando tiende a cumplir una misión institucional, por vía de la crítica de los actos de gobierno, de valoración de la conducta de funcionarios públicos o de asuntos de interés general” y que, en cambio, “esa libertad de expresión no puede ser irrestricta cuando la publicación afecta intereses individuales de las personas; puesta en tal hipótesis, se trata, simplemente, de un conflicto entre particulares: el órgano informativo y el sujeto lesionado por la información.”

Por nuestra parte, sostenemos que si bien la valoración debe efectuarse caso por caso, prescindiendo de órdenes jerárquicos rigurosamente abstractos, en principio corresponde dispensar máxima protección a aquellos derechos que, como la intimidad, el honor y la imagen de las personas, hacen a su dignidad. Esta cosmovisión justifica que pueda afirmarse entonces que en cada caso de conflicto con otros derechos constitucionales -incluido el derecho a la información-, deban, como regla general, prevalecer estos últimos, salvo supuestos de excepción que deben ser rigurosamente calibrados.

Como repasamos en el presente capítulo, la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes con la tendencia en el derecho internacional a determinar los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas.

En el próximo y último capítulo estaremos, retomando lo analizado en los capítulos anteriores, en posibilidad de cerrar la presente tesis con una propuesta de Ley en materia de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen, que condense los alcances y límites de los derechos de personalidad e información, en especial cuando se trate de figuras públicas.

Capítulo 7

Alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información

Los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad logran encontrar una jerarquización, en el caso concreto, solo en razón del sujeto, esto es que la presunta víctima sea una figura pública, y en razón del objeto, que lo difundido sea de interés público.

Siguiendo con la vertiente de la figura pública podemos esbozar ciertos principios en materia de los derechos de personalidad de la figura pública.

Principios de los derechos de personalidad de la figura pública²⁶³

El político suele pretender que se considere la lesión de su reputación como un ataque a la dignidad de la institución que representa, un potencial daño a su autoridad o, si cabe, un posible motivo de alteración del orden público y la seguridad del Estado.

Desde la posición descrita, el único honor de una persona jurídica es el honor de sus miembros; o lo que es lo mismo, una persona jurídica puede solicitar protección si lo que pretende es defender la reputación de las personas físicas que la componen. Destacamos así

263 García Ferrer, J. Ob. Cit. pp. 197, 211.

uno de los principales elementos por el cual sí es aplicable el daño moral a personas jurídicas.

Si, como hemos venido diciendo, no es legítimo divulgar, sin autorización del sujeto, la información que es irrelevante para el debate político y que, en consecuencia, carece de interés público por afectar solo a la esfera privada del sujeto, *en modo alguno puede exigirse al político, por muy famoso que sea, que deba soportar informaciones y opiniones sobre lo que hace en lugares privados sin ninguna trascendencia pública*. Tales publicaciones son inadmisibles, ya que no tienen más fin que “el lucro personal de quienes hacen de su labor informar el medio idóneo para la satisfacción de los apetitos malsanos de todos aquellos lectores ávidos de conocer ciertas y veladas interioridades ajenas.”²⁶⁴

Principios²⁶⁵

- a. Las materias familiares, y entre ellas las causas de los divorcios, deben ser protegidas especialmente, es decir, en mayor medida. Este criterio, seguido por Tom Crone, coincide, a juicio del propio autor, con el del *Calcut Committee*.
- b. Cuando se imputan conductas privadas que son especialmente sensibles, la ausencia de malicia se prueba no solo en la búsqueda de la verdad de los hechos, sino también en la búsqueda de la verdad de las causas (especialmente, en supuestos de incoherencia entre el mensaje público y la vida privada) y dando a los afectados la oportunidad de defender sus decisiones.
- c. Se debe actuar con un criterio muy restrictivo a la hora de admitir la revelación de hechos privados que constituyen posibles causas que facilitan la comprensión de actuales posiciones ideológicas o de medidas políticas adoptadas.

264 Ibidem. p. 281.

265 Ibidem. pp. 293 a 311.

- d. Como regla general, podemos decir que no es legítimo revelar hechos o experiencias del pasado que, supuestamente, ayudan a entender el carácter del político.
- e. El interés público que se obtiene con la publicación de la vida sexual del político debe ser incontrovertible.
- f. Las pruebas visuales de una relación sexual con trascendencia pública no deben publicarse.
- g. La información sobre el político debe ser obtenida de forma honesta, salvo que se salvaguarde de forma incontrovertible un bien jurídico superior como la vida o, quizá, la seguridad del Estado.
- h. Cualquier persona debe estar protegida frente a conductas periodísticas de intimidación, hostigamiento o persecución persistente.
- i. No es admisible la publicación, total o parcial, de un expediente judicial que afecta a un político, cuando con ella ponga en grave peligro la propia investigación.
- j. A la hora de valorar la proporcionalidad de un comentario, debemos distinguir si nos encontramos ante opiniones, conclusiones o hipótesis.
- k. Del análisis del interés público que concurre, así como de la forma y circunstancias en que se producen los comentarios agrios y los excesos verbales, debe deducirse su proporcionalidad.
- l. Es desproporcionada la publicación de datos privados que, siendo innecesarios, ponen además en potencial peligro otros bienes jurídicos tan importantes como la vida, la integridad física o la propiedad.

En consecuencia, según hilemos más o menos fino, protegeremos en mayor o menor medida su vida privada. A tal fin, las agujas adecuadas para efectuar ese hilado (por cierto, no excluyentes entre sí), podríamos denominarlas de la siguiente manera: principio de *fiscalización, coherencia, influencia, confianza y mínima información al mandante*.²⁶⁶

Desde el *principio de fiscalización de las conductas públicas* se legitimaría la intromisión en algunos aspectos de su vida privada que son necesarios para controlar su conducta pública, especialmente para *comprobar la honestidad de sus decisiones y su capacidad para tomarlas*.

Desde el *principio de coherencia* se adivina y entiende su comportamiento político, así como la sinceridad de su discurso.

Desde el *principio de influencia* hemos definido un doble papel educador en el político: debe ser modelo de virtudes cívicas -no morales- así como aprovechar su liderazgo y compromiso social para dar ejemplo de aquellas nuevas virtudes ciudadanas que social o jurídicamente se pretendan imponer.

Partiendo del *principio de confianza* y en estrecha relación con el de fiscalización, hemos legitimado la publicación de relaciones privadas que ayuden a comprender los procesos de toma de decisiones y selección de candidatos, cargos representativos y puestos directivos del partido, así como de aquellas otras que sean susceptibles de poner en peligro los intereses del Estado o, simplemente, sean consideradas por cualquier persona razonable como inapropiadas o inaceptables.

Desde el *principio de mínima información al mandante*, apoyamos la libertad de informar sobre conductas o datos privados relacionados con la *aptitud del político*; es decir, que prevengan a los ciudadanos

266 Ibidem. pp. 335 a 337.

de un inadecuado desarrollo de sus funciones, lo cual hemos traducido en el permiso de divulgar el fracaso en sus negocios privados (pues sugiere dudas razonables de su capacidad de gestión), su currículum político y profesional, así como ciertos datos de su salud física y mental.

El derecho al honor, vida privada y la propia imagen como límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información²⁶⁷

La limitación del ejercicio de los derecho subjetivos es una consecuencia del carácter no absoluto, que reclama la necesidad de hacerlos compatibles en casos de conflicto. Cuando se produce el choque entre dos derechos fundamentales constitucionalmente protegidos es preciso ponderar la primacía que a uno de ellos corresponde evitando posibles lesiones en los bienes jurídicos objeto de protección.

La base de esta limitación está precisamente en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, y el libre desarrollo de la personalidad que, con el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social.

Derecho al honor. El honor se presenta como un concepto divergente, pero sus distintas variedades deben ser valoradas como manifestaciones de un único honor -bien jurídico del que toda persona es portadora- por lo que su concepto jurídico debe ser también único e igual para todo tipo de personas. Para Estrada, frente a la concepción normativa hay una concepción fáctica del honor como representación que las diversas cualidades del individuo efectúa él mismo o los restantes miembros de la comunidad.

267 Escobar de la Serna, L. Ob. Cit. pp. 413, 414.

Derecho a la intimidad. La doctrina, ya clásica, que Warren y Brandeis adelantaron premonitoriamente hace más de un siglo, se basa en el hecho de que la intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, hacen necesario un cierto distanciamiento del mundo. El ser humano, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona. Por ello, los nuevos inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que pueden causar los meros daños personales, pues el daño originado por estas intromisiones no se limita al sufrimiento de aquellos que pueden ser objeto de la prensa o de otras actividades.

Así se configuró el derecho a la intimidad como forma de amparar a la persona y garantizar al individuo lo que el juez Cooley denominó con justeza “el derecho a no ser molestado.”²⁶⁸

Intimidad corporal. Dentro del ámbito de la intimidad, lo más estrechamente vinculado a ella es la propia *intimidad corporal*. La STC 37/1989, de 15 de febrero, sostiene que “la Constitución garantiza la intimidad personal (artículo 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo pudiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad.”²⁶⁹

Intimidad familiar. También es preciso tener en cuenta que el ámbito protegido en la intimidad no es solo el personal sino que también se extiende al *familiar*.²⁷⁰

268 Ibidem. p. 423.

269 Ibidem. pp. 439, 431.

270 Idem.

El derecho a la propia imagen. La invención de la fotografía y el grabado en el siglo XIX, y el extraordinario desarrollo alcanzado por el fenómeno publicitario, pone de relieve la importancia del derecho a la imagen pues, como subrayan Díez-Picazo y Gullón, el Derecho debe contemplar y proteger sobre todo a la persona considerada en sí misma, a sus atributos físicos y morales, a todo lo que suponga desarrollo y desenvolvimiento de la misma, no sin advertir que la doctrina sobre el reconocimiento de este derecho ha pasado por diferentes vicisitudes.

La concepción más antigua y radical, considerando la imagen como una huella de la personalidad, una manifestación de nuestro cuerpo, entendió que así como el individuo tiene un derecho sobre el propio cuerpo, ha de tenerlo también sobre la propia imagen, que es como la sombra de aquel.

Otra concepción más moderna supone que la imagen no es protegida por sí misma como una pertenencia o emanación de la persona, y, por consiguiente, solo se puede impedir que alguno pinte o reproduzca la imagen de otro en cuanto su publicidad o difusión cause una ofensa a la personalidad.

La tutela de la imagen se manifiesta así como una forma o derivación de la protección del honor.

Se trata de una manifestación singular contra las exhibiciones o publicaciones injuriosas, entendida esta palabra no en la acepción estricta del Derecho Penal, sino ampliamente comprensiva de todo ejercicio o lesión a un interés moral cualquiera digno de consideración.

Límites en función del tipo de derecho

En la siguiente tabla se precisan los principales elementos respecto a la libertad de expresión y derecho de acceso a la información y sus límites.

	<i>Derecho a la Información</i>	<i>Libertad de expresión</i>	<i>Libertad de prensa</i>
SUJETO	todos los seres humanos	todos los seres humanos	quien escriba en periódicos o revistas y quien sea dueño de periódicos o revistas
OBJETO	hechos, opiniones e ideas que sean de utilidad social	cualquier opinión, idea y representación subjetiva de la realidad	hechos, opiniones e ideas contenidas en una publicación periódica
CONTENIDO	facultades de difundir, recibir e investigar	facultad de difundir	facultad de difundir
LÍMITES	los que suponga su convivencia con otros derechos humanos (que según las circunstancias pueden estar por encima del derecho a la información)	los que se deriven de su convivencia con otros derechos humanos	medidas que la ley y el poder político establezcan

Como se aprecia, los alcances los dicta el interés público, los límites dictan los derechos que se ven conculcados ante un uso abusivo de otros derechos y la variable de que sea una figura pública la que ve afectados sus derechos de personalidad nos da opciones para armonizar la coexistencia de estos derechos en el caso concreto.

El caso de la Ley de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal

Del análisis de los instrumentos internacionales, sobre todo de los últimos pactos y convenciones, se desprende la necesidad de la despenalización de los delitos contra el honor y de la creación de una adecuada regulación en materia civil, que armonice la coexistencia de los derechos de la información frente a los derechos de personalidad.

El caso en México se ha situado como un foco rojo a nivel internacional por dos factores principales:

1. Por el número cada vez en aumento de los asesinatos contra periodistas y atentados contra los medios de comunicación,

principalmente prensa escrita, sin que a la fecha se cuente con una estrategia de protección antes del crimen y menos aún a responsables consignados y sentenciados por estos delitos como una forma de inhibir que se sigan cometiendo;

2. El número de denuncias penales y juicios civiles en contra de periodistas promovidos por figuras públicas que hacen valer leyes insuficientes y ambiguas a favor de sus intereses y en contra de la libertad de expresión y el derecho a saber cuestiones de interés público por parte de la sociedad.

Podemos apreciar cómo legislaciones que nacieron bajo otras condiciones, para regular aspectos que no fueron previstos en los actuales acontecimientos, tienden a la entropía, el caos de la ambigüedad derivada por nuevas situaciones no previstas en la ley y que en un uso abusivo del derecho (que además permite el propio sistema jurídico) logra poner en jaque a las partes que intervienen en el mismo.

Los principales problemas que se presentan en materia penal son:

1. Redacción ambigua de los tipos penales, que favorece la interpretación discrecional en perjuicio del periodista.
2. La no distinción entre comunicar algo cierto o falso cuando el sujeto presuntamente afectado es una figura pública.
3. La discrecionalidad en la asignación de la pena, que aunque es considerada como delito menor permite la fijación de multas que dejan en situación económicamente precaria al periodista.
4. El excesivo tiempo de tramitación del procedimiento, desde la averiguación previa que puede o no ser consignada (convirtiéndose en una forma de amenaza) hasta el juicio ante autoridad jurisdiccional que va desde mínimo seis meses hasta cinco años, dependiendo la carga de trabajo y las promociones de las partes.

5. La excesiva responsabilidad que se manifiesta a través de la pena y sobre todo de los antecedentes penales que se le registran al periodista sentenciado y que le limita la obtención de futuros trabajos.

Lo anterior, que es coincidente con los supuestos de la mayoría de los países que cuentan con este tipo de sistema, incentivó que en los diversos instrumentos internacionales se pronunciaran por la despenalización de este tipo de supuesto llevando la responsabilidad a la materia civil.

Lo anterior también favorece a la víctima u ofendidos y a que:

1. Simplifica los plazos para que vean resarcido su honor. El corto tiempo en que se comete el hecho que derivó en daño y el del resarcimiento del mismo es fundamental para quien es la víctima, de lo contrario se pierde el sentido de oportunidad.
2. Les garantiza la reparación del daño antes que la sanción, favoreciendo la verdadera naturaleza de la promoción de este tipo de procedimiento.

Las desventajas de la actual regulación en materia civil:

1. Favorece el lucro con el honor al preferir la indemnización al resarcimiento.
2. Cuenta con una redacción tan ambigua que juega en contra de ambas partes dependiendo del criterio del Juez.
3. Se lleva a través de juicio ordinario civil, cuya duración mínima es de ocho meses pudiéndose extender hasta años dependiendo la agenda del tribunal y las promociones de las partes.
4. Aunque establece matices cuando el procedimiento lo origina el ejercicio de la libertad de expresión, remite a la constitución y leyes

como la de imprenta que no aportan claridad a la forma de tramitación del procedimiento.

5. No hace distinción en razón del sujeto cuando lo que causa un daño es la información de interés público referente a figuras públicas.

Derivado de lo anterior, en un sentido de oportunidad y apertura por parte del entonces presidente de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, se pudo presentar una propuesta de ley que, por una parte despenalizara los delitos contra el honor contenidos en el Código Penal del Distrito Federal, y por otra derogara la parte del Daño Moral que se refiere al uso de la libertad de expresión para crear una legislación específica.

Con la nueva Ley para la protección de los Derechos de Personalidad, por primera vez en México y en todo el Continente Americano, se regula de manera equilibrada la Libertad de Expresión frente a los Derechos de Personalidad, de manera que ambos quedan protegidos sin que desde la ley se permitan los abusos.

Es de destacarse que esa ley contempla la doctrina de la Real Malicia, argumentada desde la Jurisprudencia Norteamericana y Argentina, que precisa una exigencia probatoria a las figuras públicas cuando consideran que su derecho a la personalidad fue vulnerado, de tal suerte que no se prohíbe como parte de la sociedad democrática el criticar las actuaciones de los funcionarios y servidores públicos, así como las personas que libremente han optado por hacer pública determinada parte de su vida, sin que esto implique que se dejen de proteger aspectos de su personalidad que por su naturaleza no deberán estar expuestos al escrutinio público.

Con esta legislación se definen lo que es vida privada, honor y propia imagen como parte de los derechos de personalidad y se establecen los supuestos en que estos derechos, al ser vulnerados, autorizan al ofendido a demandar en las vías conducentes.

Cabe destacar que el objetivo principal de la acción es la de resarcir el daño (esto es dejar las cosas en el estado en que se encontraban) y, de no poder hacerse, procede la indemnización (que deja de ser una forma de enriquecimiento del demandante y se convierte en una verdadera sanción económica y sobre todo de credibilidad). Se reducen las fases procedimentales de manera tal que el juicio deja de convertirse en una trampa para ambas partes, en la que el desgaste no solo es económico, por los honorarios de los abogados, sino de tiempo, ya que lo más importante es reparar el daño con oportunidad.

Análisis del Daño Moral en el Código Civil para el Distrito Federal antes de la reforma

El Daño Moral se encuentra regulado en los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil para el Distrito Federal, específicamente en el Capítulo V *De las obligaciones que nacen de los actos ilícitos*.

Dentro del referido apartado se encuentran los artículos 1910 y 1912 los alcances de ese tipo de obligaciones, cabe destacar que en este apartado también se comprende lo que se llama la responsabilidad objetiva, que se refiere al daño que se cause por objetos peligrosos por sí mismos aunque no se obre ilícitamente:

Artículo 1910.- El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Artículo 1912.- Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.

La parte sustancial del Daño Moral se regula en el artículo 1916, que a la letra establece:

Artículo 1916.- Por **daño moral** se entiende la **afectación que una persona sufre** en sus **sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físicos**, o bien en la **consideración que de sí misma tienen los demás**. Se presumirá que hubo daño moral cuando se vulnere o menoscabe ilegítimamente la libertad o la integridad física o psíquica de las personas.

Los conceptos que encierra el supuesto de daño moral son en su aplicación de lo más ambiguos y de difícil probanza, considerando que la mayoría de ellos son percepciones subjetivas.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en responsabilidad contractual como extracontractual. Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quien incurra en responsabilidad objetiva conforme a los artículo 1913, así como el Estado y sus servidores públicos, conforme a los artículos 1927 y 1928, todos ellos del presente Código.

Es de destacarse que el precepto lo que privilegia es la indemnización y no así, en primer término, el resarcimiento que debe en todo momento ser la base en la restitución de los derechos y solo en caso de la imposible reparación entrar a la indemnización como medida compensatoria.

La acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y solo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida.

El monto de la indemnización lo determinará el juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

La norma, de igual forma, le da un margen discrecional amplio al juzgador, quien fijará el monto de la indemnización valorando diversas situaciones a la luz de las probanzas que al efecto deberán allegarle las partes.

Cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, el juez ordenará, a petición de ésta y con cargo al responsable, la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes. En los casos en que el daño derive de un acto que haya tenido difusión en los medios informativos, el juez ordenará que los mismos den publicidad al extracto de la sentencia, con la misma relevancia que hubiere tenido la difusión original.

Es solo hasta el final del artículo y previa solicitud de la parte afectada que se contempla la difusión de un extracto de la sentencia, pero no como una medida en que el medio que difunde información que lesiona el decoro, honor, reputación o consideración resarza el daño dando la difusión y aclaración adecuada en la misma forma y alcance en que ocasionó el daño.

Artículo 1916 Bis.- No estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República.

En todo caso, quien demande la reparación del daño moral por responsabilidad contractual o extracontractual deberá acreditar plenamente la ilicitud de la conducta del demandado y el daño que directamente le hubiere causado tal conducta.

Este artículo fue adicionado en la década de los ochenta como una forma de equilibrar el ejercicio de las libertades informativas y de expresión frente a la defensa del daño moral, pero, como se aprecia,

un artículo de dos párrafos deja diversos aspectos fuera de regulación lo que ha permitido un uso abusivo de este derecho por parte de las figuras públicas.

Ante la ambigüedad de la legislación, la Corte se ha pronunciado para precisar los alcances y la forma de acreditar la existencia del daño moral.

Novena Época

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XVII, Marzo de 2003

Tesis: I.4o.C.57 C

Página: 1709

DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Federal establecen el marco jurídico que a la vez que consagra el derecho a la libre manifestación de las ideas y la libertad de imprenta, les impone límites consistentes en que la manifestación de las ideas no debe ejercerse en forma que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito o perturbe el orden público; la libertad de imprenta tiene por límite el respeto a la vida privada, la moral y la paz pública. Por su parte, el artículo 1o. de la Ley de Imprenta prevé lo que se considera como ataques a la vida privada, y en su fracción I establece que lo es toda manifestación o expresión hecha por la imprenta o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública donde se expone a una persona al odio, desprecio o ridículo y que pueda causarle demérito en su reputación e intereses. Como se advierte, en el supuesto de la fracción I **resulta irrelevante que la información o manifestación sea falsa o verdadera.** Basta que se exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo. **El decoro está integrado por el honor, el respeto, la circunspección, la**

honestidad, el recato, la honra y la estimación. Se basa en el principio de que a toda persona, por el hecho de serlo, se le debe considerar honorable, merecedora de respeto. La conculcación de este bien se configura en sentido negativo, cuando el sujeto activo, sin fundamento, daña a una persona en su honor o en la estimación que los demás tienen de ella en el medio social en que se desenvuelve y que es donde directamente repercute en su agravio. **El honor es un bien objetivo que hace que la persona sea merecedora de confianza.** Si una persona sufre una afectación en la consideración que de ella tienen los demás, se debe entender como una lesión a la estima que los demás le profesan, o sea, al trato con urbanidad y respeto que merece. **El límite entre la libertad de expresión y la conducta ilegal del agente sólo puede establecerse mediante la ponderación de los derechos en presencia, para determinar si la restricción que se impone al derecho de información y expresión está o no justificada por la limitación que sufriría el otro derecho a la intimidad.** Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión entre ambos derechos, el de la información goza de una posición preferente, y las restricciones a ese derecho deben interpretarse de tal modo que su contenido esencial no resulte desnaturalizado. Tal valor preferente no es, sin embargo, absoluto. Si se le reconoce como garantía de la opinión pública, sólo puede legitimar intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con esa finalidad, o sea, que resulten relevantes para la formación de la opinión pública. Carecerá de protección cuando se ejercite de manera desmesurada a ese fin.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 14424/2002. El Espectáculo Editorial, S.A. de C.V. y otras. 13 de enero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Carmina S. Cortés Pineda.

En la Tesis antes transcrita se determinan los alcances definitorios de los conceptos como vida privada, honor y decoro; vale la pena destacar que en este caso se determina que solo frente al caso concreto se puede precisar cual de los dos debe prevalecer en caso de controversia.

Octava Época

Instancia: QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 85, Enero de 1995

Tesis: I.5o.C. J/39

Página: 65

DAÑO MORAL. REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE PROCEDA SU REPARACION. De conformidad con el artículo 1916, y particularmente con el segundo párrafo del numeral 1916 Bis, ambos del Código Civil vigente en el Distrito Federal, **se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral;** el primero, consistente en que **se demuestre que el daño se ocasionó y,** el otro, estriba en que dicho daño sea **consecuencia de un hecho ilícito. La ausencia de cualquiera de estos elementos, impide que se genere la obligación relativa,** pues ambos **son indispensables** para ello; así, **aunque se acredite que se llevó a cabo alguna conducta ilícita, si no se demuestra que ésta produjo daño;** o bien, **si se prueba que se ocasionó el daño, pero no que fue a consecuencia de un hecho ilícito,** en ambos casos, **no se puede tener como generada la obligación resarcitoria.** Por tanto, no es exacto que después de la reforma de 1º de enero de 1983, del artículo 1916 del Código Civil, se hubiese ampliado el concepto de daño moral también para los actos lícitos; por el contrario, **al entrar en vigor el artículo 1916 Bis, se precisaron con claridad los elementos que se requieren para que la acción de reparación de daño moral proceda.**

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL
DEL PRIMER CIRCUITO

Amparo directo 245/88. Jorge Alberto Cervera Suárez. 18 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Noé Adonai Martínez Berman.

Amparo directo 2515/89. Construcciones Industriales Tek, S. A. de C. V. 13 de julio de 1989. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Islas Domínguez. Secretario: Roberto A. Navarro Suárez.

Amparo directo 4451/91. Magdalena Monroy Centeno. 11 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Ignacio Patlán Romero. Secretaria: Yolanda Morales Romero.

Amparo directo 5435/94. Víctor Barrera Rojas. 10 de noviembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Máximo Ariel Torres Quevedo.

Amparo directo 5685/94. Humberto López Mejía. 2 de diciembre de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Florida López Hernández.

Como se desprende de la jurisprudencia antes citada, se requieren dos elementos para que se produzca la obligación de reparar el daño moral:

1. Que se demuestre que el daño se ocasionó y,
2. Que dicho daño sea consecuencia de un hecho ilícito.

Ley de Imprenta Artículo 1.-Constituyen ataques a la vida privada:

I.-**Toda manifestación o expresión maliciosa** hecha verbalmente o por señales en presencia de una o más personas, o por medio de manuscrito, o de la imprenta, del dibujo, litografía, fotografía o de cualquier otra manera que expuesta o circulando en público, o transmitida por correo, telégrafo, teléfono, radiotelegrafía o por mensajes, o de cualquier otro modo,

exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo, o pueda causarle demérito o en su reputación o en sus intereses;

II.-...

III.-...

IV.-Cuando **con una publicación prohibida expresamente por la Ley**, se compromete la dignidad o estimación de una persona, exponiéndola al odio, desprecio o ridículo, o a sufrir daños o en su reputación o en sus intereses, ya sean personales o pecuniarios.

La Ley de Imprenta detalla que constituyen ataques a la vida privada toda manifestación o expresión MALICIOSA, destaca esta palabra ya que en el Diccionario de la Lengua Española se define como: "Maldad, cualidad de malo, Inclinação a lo malo y contrario a la virtud, Intención solapada, de ordinario maligna o picante, con que se dice o se hace algo. Interpretación siniestra o maliciosa, propensión a pensar mal."

Para aclarar los alcances que se le ha dado a la palabra malicia, es conveniente revisar los alcances en otros sistemas, tales como el de los Estados Unidos de Norteamérica y Argentina, y en especial determinar la importante distinción que se hace en esta materia en el caso de personajes públicos y privados. Ya que como consta en la demanda, el actor confiesa en los hechos 4, 5, 7, 8 inciso c), 13, 14 incisos a) y b), 15 y 18, ser una figura pública, político con aspiraciones a ocupar un cargo público, lo que a continuación se transcribe toma una especial relevancia en el caso que nos ocupa.

Ramón Daniel Pizarro²⁷¹ aporta: Hay que hacer una distinción entre el "funcionario público" y de un "ciudadano privado", siguiendo la doctrina de la Corte de los Estados Unidos en los

271 Ramón Daniel Pizarro en Daño Moral. *Prevención/ Reparación/ Punición*. Hammurabi. Argentina. 1996. p. 499.

famosos casos *New York Times Vs. Sullivan* y *Geretz Vs. Robert Welch*. Según dicha doctrina estadounidense, **los funcionarios públicos** (y las personas públicas) afectados en su honor o intimidad por los medios de prensa, **deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias**; en cambio a los ciudadanos particulares les basta con acreditar una negligencia mínima para que proceda la reparación.

En el **caso de las personas que son figuras públicas cambia la relación entre el derecho de la prensa a informar y los derechos individuales** que puedan verse afectados por la publicación de comentarios lesivos.

La DOCTRINA DE LA REAL MALICIA **ampara a la prensa ante acusaciones** por agravios, calumnias, difamación o por falsedad o inexactitud de una información referida a funcionarios o figuras públicas, o **a personas particulares involucradas en cuestiones de interés público**. En este caso, **los afectados deberán demostrar que el periodista conocía la falsedad de la información**, que se manejó con notoria despreocupación sobre si era falsa o no, o **que obró con REAL MALICIA con el objetivo de injuriar o calumniar**.

La Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica formuló la doctrina de la real malicia. En su fallo destacó: **“Ni el error de hecho ni el contenido difamatorio son suficientes para privar de la protección constitucional a las críticas** que se formulen a la conducta **de los funcionarios públicos**.”

“Las garantías constitucionales requieren una norma federal **que prohíba a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria referente a su conducta** como tal a menos que **pruebe que fue hecha con real malicia**, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad.

“Una democracia representativa deja de existir en el momento en que se absuelve, por cualquier medio, a los funcionarios públicos de la responsabilidad frente a sus mandantes, y esto sucede cada vez que puede impedirse a dichos mandantes pronunciar, escribir o publicar sus opiniones sobre cualquier medida pública o sobre la conducta de quienes la aconsejan o ejecutan.”

La falta de diferenciación entre las personas públicas y privadas al momento de ejercitar su defensa a los derechos de personalidad es algo que ni en la jurisprudencia ha quedado claro; en los casos de criterios de otros países se ha venido perfilando con la figura de la *Actual Malice* o Real Malicia que en la nueva legislación recientemente aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal por primera vez es integrada en una legislación bajo la figura de Malicia Efectiva.

Análisis de la ley de responsabilidad civil para la protección de la vida privada, el honor y la propia imagen en el Distrito Federal

Con fecha 27 de abril del 2006, la Asamblea Legislativa aprobó la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

En esta iniciativa se busca proteger el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen a la luz de los estándares democráticos internacionales, tal y como se han expuesto, en los párrafos anteriores. Para tal efecto, esta iniciativa considera que las figuras de la difamación y de las calumnias previstas como tipos penales en el Código Penal vigente en el Distrito Federal, y la figura del daño moral incluida en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, deben ser sustituidas por una ley especial de naturaleza civil que, por un lado, despenalice los denominados delitos contra el honor y, por otro, permita un proceso ágil, eficaz y pertinente para resarcir los derechos de la personalidad lesionados con motivo del ejercicio del derecho a las libertades de expresión e información.

La presente ley es la primera en integrar las propuestas de avanzada de los tratadistas europeos, norteamericanos y latinoamericanos que se han ocupado de la forma de regulación de esta materia. Por primera vez se integra el concepto de Malicia Efectiva para el caso de que quien promueva tenga la calidad de servidor o figura pública y se modifican los alcances del Daño Moral para situarlo en el Daño del Patrimonio Moral. Se redimensionan las sanciones de defensa del Patrimonio Moral en el ámbito civil quitando las medidas intimidatorias en materia Penal.

Lo anterior con la finalidad de garantizar primordialmente los Derechos de Personalidad, que de manera enunciativa y no limitativa centramos en Vida Privada, Honor y Propia Imagen, sin que su debida protección se convierta en un instrumento de represión a las libertades de expresión e información por parte de los servidores o figuras públicas, cuya protección se limita en la medida en que optaron por entrar al escrutinio público por las funciones o notoriedad de sus actividades.

La Ley circunscribe su alcance en el artículo 1:

Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en el Distrito Federal, y **se inspiran en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel internacional** reconocidos en los términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.

Tratándose de daño al patrimonio moral diverso al regulado en el párrafo que antecede, se seguirá rigiendo por lo dispuesto en el artículo 1916 del Código Civil para el Distrito Federal.

Los aportes de la Ley

Entre los principales aportes de la ley que permiten aseverar que se trata de una legislación de avanzada se destacan:

- Se regula el daño al patrimonio moral derivado del uso abusivo del derecho de la información y de la libertad de expresión.
- Se establece la protección de los derechos de personalidad a la luz de los tratados y convenios internacionales en términos del artículo 133 constitucional.
- En caso de falta de disposición expresa se establece la supletoriedad del Código Civil para el Distrito Federal en lo conducente.
- Determina la garantía de los siguientes derechos de la personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen.
- Se identifican el derecho a la información y la libertad de expresión e información como base de la democracia.
- Se determina la protección civil del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen.
- Garantiza el derecho de personalidad para las personas físicas y la persona moral en lo que es compatible con la naturaleza de esta última.
- Se precisan las definiciones a emplear en la aplicación de la ley, incluyendo la del Patrimonio Moral, Derecho de la Personalidad y Figura Pública.
- Se definen por capítulo la vida privada, el honor y la propia imagen determinando los supuestos normativos de protección y sus alcances.
- Incluye en sus títulos la afectación al Patrimonio Moral.

- Incluye por primera vez en una regulación en América la figura de la Malicia Efectiva que restringe el grado de protección a los servidores públicos y a las figuras públicas.

Deficiencia de la Ley

La principal deficiencia de la Ley del Distrito Federal es que solo remite al Juicio de Controversia, sin precisar cual de los dos casos que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal es el aplicable.

Cabe destacar la importancia de que los juicios se lleven en vía de controversia y no a través de juicios ordinarios como se había venido haciendo. La distinción entre los juicios ordinarios y los de controversia son las fases procesales que se deben agotar en cada procedimiento:

Tipo de Juicio	Fases Procesales
Juicios Ordinarios	• Demanda • Emplazamiento • Contestación de demanda • Audiencia Previa y de Conciliación • Ofrecimiento de pruebas • Audiencia de ley • Sentencia
Juicios de Controversia	• Demanda con ofrecimiento de pruebas • Emplazamiento • Contestación de Demanda con ofrecimiento de pruebas • Audiencia de ley • Sentencia

Como se aprecia, se simplifican los plazos y por consiguiente los términos, (un juicio ordinario tarda desde ocho meses hasta años,

y el de controversia va de cuatro a seis meses). Siguiendo con la lógica de darle eficacia a la nueva ley, para no dejar una ley de avanzada como letra muerta, se deberá precisar el tipo de juicio que se seguirá en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, teniendo la opción de establecer que será como los de controversia familiar o los de controversia de arrendamiento que son los dos tipo de controversia que se regulan en el Código, o bien, creando en un articulado especial las fases del juicio de controversia en el ámbito de la nueva ley.

Esta última opción termina siendo la mejor.

Propuesta de ley respecto a los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figura públicas

Retomando la experiencia del caso del Distrito Federal y complementando la parte que no se integró en esa legislación, a continuación se presenta una propuesta de ley que, al despenalizar los delitos contra el honor en materia penal, aporta una legislación especializada que equilibra en su ejercicio los derechos de personalidad con la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información, sin olvidar los supuestos que se refieren a figura pública.

Contenido de la ley

La propuesta se integra con cinco títulos, con sus respectivos capítulos, que se presentan de la siguiente manera:

TÍTULO PRIMERO

Disposiciones generales

Capítulo I

Alcances y contenidos de la ley

TÍTULO SEGUNDO

Vida privada, honor y propia imagen

Capítulo I

Vida privada

Capítulo II

Derecho al honor

Capítulo III

Propia imagen

TÍTULO TERCERO

Afectación al patrimonio moral

Capítulo I

El daño al patrimonio moral

Capítulo II

Malicia efectiva

TÍTULO CUARTO

Medios de defensa del derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen

TÍTULO QUINTO

Responsabilidades y sanciones

Transitorios

Lo que se pretende es regular los principales componentes del derecho de la personalidad: vida privada, honor y propia imagen, que son los que se vulneran en el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información. Como se evidenciará, en la misma se recogen doctrinas nacionales (Gutiérrez y González) y de derecho comparado, así como los instrumentos internacionales y los criterios jurisprudenciales.

Propuesta de ley

La siguiente propuesta pretende ser un referente para la implementación de sus contenidos en aquellos países de tradición neorromanista del continente americano.

LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

CAPÍTULO I ALCANCES Y CONTENIDOS DE LA LEY

Artículo 1.- Las disposiciones de esta ley son de orden e interés público y de observancia general en todo el territorio del país, se inspiran en la protección de los Derechos de la Personalidad a nivel nacional e Internacional reconocidos en los términos la Constitución.

Tiene por finalidad regular el daño al patrimonio moral derivado del abuso del derecho de la información y de la libertad de expresión.

Artículo 2.- A falta de disposición expresa de este ordenamiento, serán aplicables las del derecho común, en todo lo que no se contraponga al presente ordenamiento.

Artículo 3.- La presente Ley tiene por objeto garantizar los siguientes Derechos de la Personalidad: el derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen de las personas.

Artículo 4.- Se reconoce el Derecho a la Información y las libertades de expresión e información como base de la democracia instaurada en el sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo que tiene como presupuesto fundamental la defensa de los derechos de personalidad de los mexicanos.

Artículo 5.- El derecho a la vida privada, al honor y la propia imagen serán protegidos civilmente frente a todo daño que se les pudiere causar derivado de acto ilícito derivado del abuso del derecho de la

información y de la libertad de expresión, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

Artículo 6.- Los derechos de la personalidad corresponden a las personas físicas y son esenciales, personalísimos, originarios, innatos, sin contenido pecuniario, inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables.

La persona moral también goza de estos derechos, solo respecto al honor y la propia imagen.

Artículo 7.- Para los efectos de esta ley se entiende por:

Ley: La Ley de Responsabilidad Civil para la protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen.

Información de Interés Público: El conjunto de datos, hechos y actos que tienen como propósito servir a las personas para la toma de decisiones, de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática.

Servidor Público: Los Representantes de elección popular, los miembros del Poder Judicial, los funcionarios y empleados, y, en general, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública y Poderes Públicos, así como servidores de los organismos autónomos por ley.

Derecho de Personalidad: Los bienes constituidos por determinadas proyecciones, físicas o psíquicas del ser humano, relativas a su integridad física y mental, que las atribuye para sí o para algunos sujetos de derecho, y que son individualizadas por el ordenamiento jurídico. Los derechos de personalidad tienen, sobre todo, un valor moral, por lo que componen el patrimonio moral de las personas.

Ejercicio del Derecho de Personalidad: La Facultad que tienen los individuos para no ser molestados, por persona alguna, en el núcleo

esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público, para oponerse a la reproducción identificable de sus rasgos físicos sobre cualquier soporte material sin su consentimiento y el respeto a la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social que se identifican con la buena reputación y la fama.

Patrimonio Moral: Es el conjunto de bienes no pecuniarios, obligaciones y derechos de una persona, que constituyen una universalidad de derecho. Se conforma por los derechos de personalidad.

Figura pública: La persona que posee notoriedad o trascendencia colectiva, sin ostentar un cargo público, y aquellas otras que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada.

Artículo 8.- El ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a la Información y el derecho a informar se deben ejercitar en armonía con los derechos de personalidad.

TÍTULO SEGUNDO

VIDA PRIVADA, HONOR Y PROPIA IMAGEN

CAPÍTULO I

VIDA PRIVADA

Artículo 9.- Es vida privada aquella que no está dedicada a una actividad pública y, que por ende, es intrascendente y sin impacto en la sociedad de manera directa; y en donde, en principio, los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia ni les afecta.

Artículo 10.- El derecho a la vida privada se materializa al momento que se protege del conocimiento ajeno a la familia, domicilio, papeles o posesiones y todas aquellas conductas que se llevan a efecto en

lugares no abiertos al público, cuando no son de interés público o no se han difundido por el titular del derecho.

Artículo 11.- Como parte de la vida privada se tendrá derecho a la intimidad que comprende conductas y situaciones que, por su contexto y que por desarrollarse en un ámbito estrictamente privado, no están destinados al conocimiento de terceros o a su divulgación.

Artículo 12.- Los hechos y datos sobre la vida privada ajena no deben constituir materia de información. No pierde la condición de íntimo ni de vida privada aquello que ilícitamente es difundido.

CAPÍTULO II DERECHO AL HONOR

Artículo 13.- El honor es la valoración que las personas hacen de la personalidad ético-social de un sujeto y comprende las representaciones que la persona tiene de sí misma, que se identifica con la buena reputación y la fama.

El honor es el bien jurídico constituido por las proyecciones psíquicas del sentimiento de estimación que la persona tiene de sí misma, atendiendo a lo que la colectividad en que actúa considera como sentimiento estimable.

Artículo 14.- El carácter molesto e hiriente de una información no constituye en sí un límite al derecho a la información, para sobrepasar el límite de lo tolerable, esas expresiones deberán ser insultantes, insinuaciones insidiosas y vejaciones, innecesarias en el ejercicio de la libertad de expresión y derecho a la información. Por lo tanto, la emisión de juicios insultantes por sí mismas en cualquier contexto, que no se requieren para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad humana.

Artículo 15.- En ningún caso se considerará como ofensas al honor, los juicios desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica,

científica o profesional; el concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestre un propósito ofensivo.

CAPÍTULO III PROPIA IMAGEN

Artículo 16.- La imagen es la reproducción identificable de los rasgos físicos de una persona sobre cualquier soporte material o electrónico.

Artículo 17.- Toda persona tiene derecho sobre su imagen, que se traduce en la facultad para disponer de su apariencia autorizando, o no, la captación o difusión de la misma.

Artículo 18.- Para efectos del presente Capítulo, constituirá acto ilícito la difusión o comercialización de la imagen de una persona sin su consentimiento expreso salvo que sea por interés público.

Artículo 19.- La imagen de una persona no debe ser publicada, reproducida, expuesta o vendida en forma alguna si no es con su consentimiento, a menos que dicha reproducción esté justificada por la notoriedad de aquella, por la función pública que desempeñe o cuando la reproducción se haga en relación con hechos, acontecimientos o ceremonias de interés público o que tengan lugar en público y sean de interés público.

Artículo 20.- Cuando la imagen de una persona sea expuesta o publicada, fuera del caso en que la exposición o la publicación sea consentida, con perjuicio de la reputación de la persona, la autoridad judicial, por requerimiento del interesado, puede disponer que cese el abuso y se reparen los daños ocasionados.

Artículo 21.- El derecho a la propia imagen no impedirá:

Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión

de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público.

La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

La información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria y borrando los detalles del rostro que puedan hacerla identificable.

TÍTULO TERCERO AFECTACIÓN AL PATRIMONIO MORAL

CAPÍTULO I EL DAÑO AL PATRIMONIO MORAL

Artículo 22.- Para la determinación de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos se estará a lo dispuesto por el Código Civil en todo lo que no contravenga al presente ordenamiento.

Artículo 23.- La violación a los derechos a la vida privada, al honor y/o a la propia imagen constituyen un menoscabo al patrimonio moral, su afectación será sancionada en los términos y condiciones establecidos en el presente ordenamiento.

Artículo 24.- El daño se reputará moral cuando el hecho ilícito menoscabe a los componentes del patrimonio moral de la víctima. Enunciativamente se consideran parte del patrimonio moral, el afecto del titular del patrimonio moral por otras personas, su estimación por determinados bienes, el derecho al secreto de su vida privada, así como el honor, el decoro, el prestigio, la buena reputación y la imagen de la persona misma.

Artículo 25.- No se considerará que se causa daño al patrimonio moral cuando se emitan opiniones, ideas o juicios de valor sobre cualquier persona, siempre y cuando no se utilicen palabras, frases o

expresiones insultantes por sí mismas, innecesarias para el ejercicio de la libertad de expresión.

Las imputaciones de hechos o actos que se expresen con apego a la veracidad, y sean de interés público tampoco podrán ser motivo de afectación al patrimonio moral.

Artículo 26.- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos sin la autorización de la persona constituye una afectación al patrimonio moral.

La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona con fines peyorativos, publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga dará lugar a la reparación del daño que por la difusión de la misma se genere.

Mientras no sea condenado por sentencia ejecutoriada, el probable responsable tiene derecho a hacer valer el respeto a su propia imagen.

Artículo 27.- No se reputarán intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés público, histórico, científico o cultural.

CAPÍTULO II MALICIA EFECTIVA

Artículo 28.- La malicia efectiva se configura en los casos en que el demandante sea un servidor público y se sujetará a los términos y condiciones del presente capítulo.

Artículo 29.- Se prohíbe la reparación del daño a los servidores públicos que se encuentren contenidos en los supuestos de la presente ley, a no ser prueben que el acto ilícito se realizó con malicia efectiva.

Artículo 30.- Los servidores públicos afectados en su patrimonio moral por opiniones y/o informaciones, difundidas a través de los medios de comunicación e información, deberán probar la existencia de la malicia efectiva demostrando:

Que la información fue difundida a sabiendas de su falsedad;

Que la información fue difundida con total despreocupación sobre si era falsa o no; y

Que se hizo con el único propósito de dañar.

Artículo 31.- En el caso de las figuras públicas, la acción procederá siempre y cuando se pruebe la fracción I del artículo anterior.

Artículo 32.- En los demás casos bastará que se demuestre la negligencia inexcusable del demandado.

Artículo 33.- Los servidores públicos tendrán limitado su derecho al honor, a la vida privada y a su propia imagen como consecuencia del ejercicio de sus funciones sometidas al escrutinio público.

Artículo 34.- Para efectos de este apartado. Se reputarán informaciones de interés público:

Los datos y hechos sobre el desempeño, en el sentido más amplio, de los servidores públicos, la administración pública y organismos privados que ejerzan gasto público o cumplan funciones de autoridad.

Los datos sobre acontecimientos naturales, sociales, políticos, económicos y culturales que pueden afectar, en sentido positivo o negativo a la sociedad en su conjunto.

Aquella información que sea útil para la toma de decisiones de las personas, para ejercer derechos y cumplir obligaciones en una sociedad democrática.

TÍTULO CUARTO

MEDIOS DE DEFENSA DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN

Artículo 35.- A las controversias que versen sobre el daño al patrimonio moral les serán aplicables las disposiciones de este título. El juez tendrá las más amplias facultades para decidir en forma pronta y expedita lo que en derecho convenga.

Artículo 36.- En la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción, las partes deberán ofrecer las pruebas que pretendan rendir durante el juicio, exhibiendo las documentales que tengan en su poder o el escrito sellado mediante el cual se hayan solicitado los documentos que no tuvieran en su poder en los términos de los artículos de referencia del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 37.- Una vez admitida la demanda con los documentos y copias requeridas, se correrá traslado de ella a la parte demandada, señalando el juez en el auto de admisión, fecha para la celebración de la audiencia de ley, que deberá fijarse entre los 30 y 40 días posteriores a la fecha del auto de admisión de la demanda.

El demandado deberá dar contestación y formular en su caso reconvencción dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha del emplazamiento; si hubiere reconvencción se correrá traslado de ésta a la parte actora para que la conteste dentro de los cinco días hábiles siguientes a la fecha de notificación del auto que la admita.

Una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, o transcurridos los plazos para ello, el juez en el mismo auto admitirá las pruebas ofrecidas conforme a derecho y desechará las que no cumplan con las condiciones apuntadas en el Código de Procedimientos Civiles, fijando la forma de preparación de las mismas, a efecto de que se desahoguen a más tardar en la audiencia de ley, sin que esta pueda diferirse por ninguna circunstancia, salvo caso fortuito o de fuerza mayor.

Artículo 38.- Desde la admisión de las pruebas y hasta la celebración de la audiencia se preparará el desahogo de las pruebas que haya sido admitidas de acuerdo a lo siguiente:

- I.- La preparación de las pruebas quedará a cargo de las partes, por lo que deberán presentar a los testigos, peritos y demás pruebas que les hayan sido admitidas y sólo en caso de que demuestren la imposibilidad de preparar directamente el desahogo de algunas de las pruebas que les fueron admitidas, el juez en auxilio del oferente deberá expedir los oficios o citaciones y realizar el nombramiento de peritos, incluso perito tercero en discordia, poniendo a disposición de la parte oferente los oficios y citaciones respectivas, a efecto de que las partes preparen las pruebas y éstas se desahoguen a más tardar en la audiencia de ley;
- II.- Si llamado un testigo, perito o solicitado un documento que hayan sido admitidos como prueba, no se desahogan éstas a más tardar en la audiencia, se declarará desierta la prueba ofrecida por causa imputable al oferente.

Artículo 39.- La audiencia de ley a que se refieren los artículos anteriores se desarrollará conforme a las siguientes reglas:

- I.- El juez deberá estar presente durante toda la audiencia y exhortará a las partes a concluir el litigio mediante una amigable composición;
- II.- De no lograrse la amigable composición se pasará el desahogo de pruebas admitidas y que se encuentren preparadas, dejando de recibir las que no se encuentren preparadas, las que no se declararán desiertas por causa imputable al oferente, por lo que la audiencia no se suspenderá ni diferirá en ningún caso por falta de preparación o desahogo de las pruebas admitidas;
- III.- Desahogadas las pruebas, las partes alegarán lo que a su derecho convenga y el juez dictará de inmediato la resolución correspondiente.

Artículo 40.- En todo lo no previsto regirán las reglas generales de este Código de Procedimientos Civiles, en cuanto no se opongan a las disposiciones del presente título.

Artículo 41.- Para que se produzca el daño al patrimonio moral se requiere:

Que exista afectación en la persona, de los bienes tutelados en la presente ley;

Que esa afectación sea a consecuencia de un acto ilícito; y

Que haya una relación de causa-efecto entre ambos acontecimientos.

Para la procedencia de la acción se deberá tomar en cuenta la mayor o menor divulgación que el hecho lesivo ha tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso.

Artículo 42.- La carga de la prueba recaerá, en principio sobre el actor, quien deberá demostrar el daño en su derecho de personalidad derivado de un hecho ilícito.

La valoración del daño al patrimonio moral debe ser realizada tomando en cuenta la personalidad de la víctima, su edad, posición socioeconómica y naturaleza pública o privada, la índole del hecho ilícito, la gravedad objetiva del perjuicio, la mayor o menor divulgación.

Artículo 43.- Las acciones para exigir la reparación del daño contenidas en la presente ley prescribirán a los dos años de la fecha en que se causó efectivamente el daño que contará a partir de la realización del acto que se presume ilícito.

TÍTULO QUINTO RESPONSABILIDADES Y SANCIONES

Artículo 44.- La reparación del daño comprende la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del demandado, en

el medio y formato donde fueron difundidos los hechos y/u opiniones que constituyeron la afectación al patrimonio moral.

Artículo 45.- En ningún caso, las sanciones derivadas del daño al patrimonio moral serán privativas de la libertad de las personas.

Artículo 46.- En los casos en que no se pudiere resarcir el daño en términos del artículo 39 se fijará indemnización tomando en cuenta la mayor o menor divulgación que el acto ilícito hubiere tenido, las condiciones personales de la víctima y las demás circunstancias del caso, en ningún caso el monto por indemnización deberá exceder de el porcentaje de salario, lo anterior no incluye los gastos y costas que deberá sufragar y que podrán ser restituidos conforme lo que dispone en estos casos el Código Procedimientos Civiles.

En los casos de los sujetos contemplados en el artículo 33 de esta ley el Juez podrá, dependiendo las características especiales del caso, disminuir hasta en un cincuenta por ciento la cantidad máxima establecida en el presente artículo.

Artículo 47.- Mientras no sea ejecutoriada la sentencia no se tendrá por totalmente concluido el expediente. El juez podrá dictar las medidas de apremio que la ley le autorice para el debido cumplimiento de la sanción.

Artículo 48.- En caso de reincidencia, en el plazo de un año, el Juez podrá imponer hasta en una mitad más del monto máximo por indemnización.

Artículo 49.- Las resoluciones derivadas en el juicio de daño moral podrán ser impugnadas conforme a los procedimientos y plazos que establece el Código de Procedimientos Civiles.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- La presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Periódico Oficial del Estado.

SEGUNDO.- Se derogan referentes a los delitos contra el honor.

TERCERO.- Los juicios en materia civil que se estén tramitando antes de la entrada en vigor de la presente ley se sujetarán en los sustantivo a la ley vigente al momento en que ocurrieron los hechos en todo lo que favorezca al demandado. Los de materia penal se sobreseerán al momento de la entrada en vigor de la presente ley. En cuanto al procedimiento las partes de común acuerdo podrán solicitar al Juez que tenga a su cargo el caso, la continuación del procedimiento en los términos de la presente ley.

Implicaciones de la ley

Dentro de las posibles críticas, que ninguna legislación está exenta de este tipo de valoración, es menester señalar en sentido negativo lo que precisamente no implica esta legislación, de manera tal que de las posibles críticas se valore previamente la ley antes de emitir las posibles mejoras que se le pueden efectuar.

1. La ley NO es un factor de impunidad.

Ya que permite por primera vez equilibrar la balanza entre la libertad de expresión y los derechos de personalidad, sin descuidar los aspectos que permite la sana convivencia entre ambos derechos.

2. La ley NO es una copia de otras legislaciones.

Es la sistematización de las necesidades nacionales a la luz de leyes y jurisprudencia internacional, que permite retomar las experiencias para fortalecer legislaciones de avanzada.

3. La ley NO es una forma de lucro.

Porque se limita la discrecionalidad en los montos de la indemnización para efectivamente privilegiar el resarcimiento antes

que el lucro, tratando en todo momento dejar las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño al patrimonio moral.

4. La ley NO es un factor inhibitor de la Libertad de Expresión.

Por el contrario, con esta legislación, ante la simplificación de los plazos y la inserción de las categorías como *vida privada*, *honor* y *propia imagen*, por primera vez dotan a las partes de supuestos normativos precisos que permitirán delimitar los alcances dentro del marco de la ley.

5. La ley NO es un despojo de sus derechos de personalidad de las figuras públicas.

Si bien es cierto que se les revierte la carga de la prueba al momento de acreditar el daño a su patrimonio moral, el mismo obedece a la responsabilidad que por su exhibición pública han adquirido y que limita en el ejercicio de sus funciones de interés público el posible daño a su patrimonio moral en aras de la consolidación de la democracia en donde, en especial el servidor público, debe ser sujeto al escrutinio de la sociedad.

6. La ley No es una trampa procesal de plazos interminables.

Al simplificar los plazos en la vía de controversia se beneficia a las partes que, por un lado pueden ver resarcidos con prontitud sus derechos de personalidad, y por el otro, en el caso del demandado tendrán la resolución de manera oportuna sin que implique una carga onerosa para ambas partes, tanto en tiempo como en recursos económicos.

Las legislaciones deben estar a la altura de las necesidades sociales del momento; en el caso que nos ocupa, el abuso en la defensa de los derechos de personalidad que permitía la propia legislación ante su ambigüedad queda subsanado con una ley de avanzada y la derogación de delitos anacrónicos en nuestro sistema jurídico.

CONCLUSIONES

La entropía como término extraído de las leyes de la termodinámica en la ingeniería es un concepto plenamente vigente en el sistema jurídico, como quedó evidenciado en la presente investigación.

La epistemología como herramienta de revisión permitió determinar el estado de entropía que existe en nuestro sistema jurídico al dejar de actualizarse las legislaciones en materia de libertad de expresión, derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas, repercutiendo en un ambiente caótico que se manifiesta en los tribunales.

El desarrollo de los derechos humanos y los derechos subjetivos tienen una marcada incidencia en función del acontecimiento, orillando en esos casos ante la presencia de entropía a la revisión constante y nuevas propuestas, sobre todo en el derecho comparado.

La controversia sobre la propia cientificidad del derecho, que con ayuda de las teorías jurídicas contemporáneas nos permitió esbozar las características de la ciencia de la información acompañada de la importancia de la función y el deber de informar, centró la relevancia de la protección de esta nueva disciplina.

La libertad de expresión solo se entiende desde su desarrollo histórico y la importancia que cobra ante las democracias incipientes.

Los indicadores legales en materia de acceso a la información permiten establecer los parámetros mínimos de toda legislación que se precie de garantizar el derecho a saber.

Los derechos de personalidad son los axiomas de protección de todo derecho, el derecho no se entiende sin la persona y siendo sus atributos parte fundamental de su sano desarrollo cobra especial relevancia frente a la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información.

Los principales derechos de personalidad que se pueden ver afectados ante el ejercicio de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información son: vida privada (intimidad), honor (dignidad) y propia imagen.

Ante la presencia de la figura pública como sujeto afectado en la relación de responsabilidad se puede ponderar, en el caso concreto, la jerarquía de su derecho de personalidad y la libertad de expresión o derecho de acceso a la información del sujeto pasivo.

El interés público y la característica del sujeto afecto permiten afirmar que en las democracias incipientes pesa más la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas.

Las teorías de la responsabilidad son la base fundamental de las obligaciones que determina del derecho; fue menester hacer la revisión de las principales teorías para precisar los alcances frente al incumplimiento o uso abusivo de derecho.

Los instrumentos internacionales son los que mejor aportan elementos a integrar en las legislaciones internas que permitan armonizar los derechos de acceso a la información y libertad de expresión, frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras pública.

La declaración de principios de libertad de expresión, de la *Cumbre mundial sobre la sociedad de la información y la declaración de Santo Domingo* son los instrumentos que cobran plena vigencia en nuestro sistema jurídico al establecer de manera específica los alcances y límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la

información frente a los derechos de personalidad tratándose de figuras públicas.

Las jurisprudencias norteamericana y argentina son las más avanzadas integrando los conceptos de *actual malice* y real malicia como variable determinante de los alcances y límites cuando el sujeto afectado sea una figura pública.

El principal límite de los derechos los marca el respeto a los derechos de los demás, no obstante, y solo en caso concreto, se pueden ponderar los alcances de derechos que concurren ante el mismo hecho.

El actual sistema legal, excepto el del Distrito Federal sigue permitiendo el uso abusivo de derechos, en donde desde la ley de manera sofisticada se inhibe el ejercicio del derecho de acceso a la información y la libertad de expresión a través de demandas frívolas e improcedentes promovidas por figuras públicas por la revelación de información de interés público.

Con la derogación de los delitos contra el honor y la creación de una legislación especializada de responsabilidad civil para la defensa de la vida privada, el honor y la propia imagen, como la que se propone en este trabajo, se logrará armonizar la coexistencia de los derechos de personalidad con la libertad de expresión y derecho de acceso a la información tratándose de figuras públicas.

BIBLIOGRAFÍA

1er. Congreso Internacional de Ética y Derecho de la Información. *Veracidad y Objetividad. Desafíos éticos en la Sociedad de la Información*. Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. España. 2002.

Aberastury, Pedro y otros. *Poder Político y Libertad de Expresión*. Sociedad Científica Argentina. Instituto de Ciencia Política y Constitucional. Abeledo-Perrot. Argentina. 2001.

Adorno y otros. *Daño y protección a la persona humana*. Ediciones La Rocca. Argentina. 1993.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. España. 2002.

Azurmendi, Ana. *Derecho de la Información: guía jurídica para profesionales de la comunicación*. 2ª. Ed. Ediciones Universidad de Navarra. España. 2001.

Badeni, Gregorio. *Tratado de Libertad de Prensa*. LexisNexis. Abeledo-Perrot. Argentina. 2002.

Badeni, Gregorio. *Libertad de prensa*. 2ª ed. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1997.

Baez de Figuerola, Alicia. *Protección Jurídica de los Derechos Personalísimos y Libertad de Expresión*. Editorial Jurídica Panamericana. Argentina. 1997.

Basterra, Marcela. *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Lexis Nexis. Argentina. 2006.

Bel Mallén, Ignacio y Loreto Correidora y Alfonso (Coords.) *Derecho de la Información*. Ariel. España. 2003.

Berkeley, George. *Tratado sobre los principios del conocimiento humano*. Traducción Riseri Frondizi. 3ª. Ed. Losada. Argentina. 1968.

Bertoni, Eduardo A. *Libertad de Prensa y Derecho Penal*. Artes Gráficas Candil. Argentina. 1997.

Brague Camazano, Joaquín. *Los límites a los derechos fundamentales en los inicios del constitucionalismo mundial y en el constitucionalismo histórico español*. UNAM. IJAS. México. 2005.

Brugger, Walter. *Diccionario de Filosofía*. 14ª. Ed. Herder. España. 1988.

Bueres, Alberto J. *Derecho de Daños*. Hammurabi. Jose Luis Depalma Editor. Argentina. 2001.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 2ª. Ed. Temis. Colombia. 2005.

Brage Camazano, Joaquín. *Los Límites a los Derechos Fundamentales*. Dykinson-Constitucional, España, 2004.

Bueno, Miguel. *Principios de Epistemología*. Editorial Patria. México. 1960.

Bunge, Mario. *Epistemología*. (Curso de actualización). 4ª. Ed. Siglo XXI Editores. México. 2004.

------. *La Investigación Científica*. (Su estrategia y su filosofía). Traducción Manuel Sacristán. Siglo XXI Editores. México. 2004.

Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. 9ª. Ed. Abeledo-Perrot. Argentina. 1997.

Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2004.

Cardenal Murillo, Alfonso, y Serrano González de Murillo, José L. *Protección penal del honor*. Universidad de Extremadura. Ed Civitas. España. 1993.

Carnelutti, Francesco. *Teoría General del Derecho. Metodología del Derecho*. Traducción Carlos G. Posada. Colección Crítica del Derecho. Sección Arte del Derecho. Dirección José Luis Moreno Pérez. Editorial Comares. España. 2003.

Carrillo, Marc. *El Derecho a no ser Molestado*. (Información y vida privada). Colección Divulgación Jurídica. Thompon Aranzadi. España. 2003.

Catoira, Ana Aba. *La Limitación de los Derechos Fundamentales por razón del sujeto*. (Los Parlamentarios, Los Funcionarios y los Reclusos). Temas Clave de la Constitución Española. Tecnos. España. 2001.

Catucci, Silvina G. *Libertad de Prensa. Calumnias e Injurias*. EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina. 2004.

Coderch, Pablo Salvador Ma. Teresa Castiñeira Palou. *Prevenir y Castigar*. (Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños). Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. España. 1997.

Couture, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. (Español y latín, con traducción de vocablos al francés, italiano, portugués, inglés y alemán). 3ª. Ed. actualizada y ampliada por Ángel Landoni Sosa. Julio César Fairsa-Editor. Argentina. 2004.

Datri, Edgardo y Gustavo Córdoba. *Introducción a la problemática epistemológica*. Colección Educación, Conocimiento y Cultura. Argentina. 2004.

de Buen, Demófilo. *Introducción al Estudio del Derecho Civil*. (Ideas Generales. Fuentes Históricas del Derecho Civil Español. Codificación. Normas Jurídicas) 3ª. Ed. Porrúa. México. 1998.

de Luca, Javier Augusto. *El Secreto de las fuentes periodísticas en el proceso penal*. Ad-Hoc. Argentina. 1999.

de Vega Ruiz, José Augusto. *Libertad de Expresión Información Veraz Juicios Paralelos Medios de Comunicación*. Universitas. España. 1998.

Desantes Guanter, José María. *La Función de Informar*. Ediciones Universidad de Navarra. España. 1976.

----- *La Información como deber*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Argentina. 1994.

----- *Derecho a la Información*. (Materiales para un sistema de comunicación). Fundación COSO de la Comunidad Valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. España. 2004.

Díaz Revorio, Francisco Javier (compilador). *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Palestra Editores. Perú. 2004.

Echeverría, Javier. *Introducción a la Metodología de la Ciencia*. (La Filosofía de la Ciencia en el siglo XX). 2ª. Ed. Cátedra. Teorema. España. 2003.

Escobar de la Serna, Luis. *Derecho de la Información*. 3ª. Ed. Dykinson. España. 2004.

Fayt, Carlos S. *La Corte Suprema y su 198 Sentencias sobre Comunicación y Periodismo*. (Estrategia de la Prensa ante el Riesgo de Extinción). La Ley. Argentina. 2001.

Federico de Lorenzo, Miguel. *El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil*. Abeledo-Perrot. Argentina. 1996.

Ferreira Rubio, Delia Matilde. *El Derecho a la intimidad*. Editorial Universidad. Argentina. 1982.

Flores, Oscar. *Libertad de Prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*. (Jurisprudencia de la C. S. J. N. con la Jurisprudencia de EE.UU.) Colección Académica. La Ley. Argentina. 2004.

Foulquié, Paul. *Diccionario del Lenguaje Filosófico*. Traducción César Armando Gómez. Labor. España. 1967.

Frascaroli, María Susana. *Justicia Penal y Medios de Comunicación*. Ad-Hoc. Argentina. 2004.

Gadamer H.G. y otros. *Diccionario interdisciplinar de Hermenéutica*. Dirigido por Andrés Ortiz-Oses y Patxi Lancersos. 4ª. Ed. Universidad de Deusto, España. 2004.

García de Enterría, Eduardo. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*. Alianza. España. 1994.

García Ferrer, Juan José. *El Político: Su honor y su vida privada*. Edisofer. Libros Jurídicos. España. 1998.

García Maynez, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México. 2000.

García Morente, Manuel. *Lecciones preliminares de Filosofía*. Editorial Época, México. 2004.

Gherzi, Carlos Alberto. *Daño moral y psicológico. Cuantificación Económica*. 2ª. Ed. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Argentina. 2002.

Goldschmidt, Werner. *Introducción Filosófica al Derecho*. 7ª. Ed. LexisNexis, Argentina, 2005.

Gómez Gallardo, Perla. *Filosofía del Derecho*. IURE. México. 2005.

-----*El IFAI y la Calidad Jurídica de sus decisiones*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006.

González Ibarra, Juan de Dios. *Metodología Jurídica Epistémica*. Fontamara. México. 2003.

-----*Epistemología Jurídica*. 2ª. Ed. Porrúa. México. 2003.

González Morfín, Efraín. *Temas de Filosofía del Derecho*. 2ª. Ed. Colección Reflexión y Análisis. Universidad Iberoamericana. Noriega Editores. México. 2004.

Gozaini, Osvaldo Alfredo (coordinador). *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del Habeas Data*. EDIAR, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Argentina. 2001.

Granet, Irving. *Termodinámica*. 3ª. Ed. Prentice-Hall Hispanoamericana. México. 1988.

Gutiérrez Boada, John Daniel. *Los límites entre la intimidad y la información*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2001.

Gutiérrez y González, Ernesto. *El patrimonio*. 6ª. Ed. Porrúa. México. 2003.

Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio. *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. España. 2005.

Hermann, Krings y otros. *Conceptos Fundamentales de Filosofía*. Tomo Segundo. Herder. España. 1978.

Herrero-Tejedor, Fernando. *Legislación y Jurisprudencia Constitucional sobre vida privada y la libertad de expresión*. Editorial Colex. Madrid. 1998.

Jáquez, José Luis. *Un artista de su medio. Visión Histórica deontológico y Responsabilidad Periodística*. El Heraldo de Chihuahua-Instituto Estatal Electoral. México. 2004.

Julio Estrada, Alexei. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales entre particulares*. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 2000.

Kaufmann, Arthur. *Filosofía del Derecho*. 2ª. Ed. Traducción Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Universidad Externado de Colombia. Colombia. 1999.

-----, *La Filosofía del Derecho en la Posmodernidad*. 2ª. Ed. Traductor Luis Villar Borda. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. Colombia. 1998.

Kitcher, Philip. *El Avance de la Ciencia*. Traducción Hector Islas y Laura Maríquez. Filosofía de la Ciencia. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Filosóficas. México. 2001.

Lanao, Jairo E. *La Libertad de Prensa y la Ley. Normas Legales que afectan al Periodismo en las Américas*. Colección Chapultepec. Sociedad Interamericana de Prensa. Colonia Press Internacional. Estados Unidos. 1999.

Lázaro, José M. *Iniciación al estudio del conocimiento*. Editorial Universitaria. Universidad de Puerto Rico. España. 1967.

Lebedinsky, Mauricio. *Notas sobre Metodología*. 2ª. Ed. Ediciones Quinto Sol. México. 1982.

Livio Cedeño, Víctor. *La Prensa y los delitos de prensa*. Centenario. Santo Domingo. 2000.

Lorca Navarrete, José F. *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho*. Ediciones Pirámide. España. 2004.

Loreti, Damián M. *El derecho a la información relación entre medios, público y periodistas*. Paidós. Argentina. 1999.

Lozano, José María. *Tratado de los Derechos del Hombre*. (Estudio del Derecho Constitucional Patrio en lo relativo a los Derechos del Hombre). Imprenta del Comercio de Dublan y Compañía. México. 1876.

Luis Vigo, Rodolfo. *Perspectivas Iusfilosóficas Contemporáneas*. 2ª. Ed. LexisNexis, Abeledo-Perrot. Argentina. 2006.

Luna Pla, Issa y Ernesto Villanueva. *Derecho de acceso a la información pública*. Valoraciones iniciales. UNAM. IJAS. México. 2004.

Marinas, José-Miguel (Coord.). *Lo íntimo y lo público*. (Una tensión de la cultura política europea). Colección Razón y Sociedad. Biblioteca Nueva. España. 2005.

Merlo, María Eva. *Delitos contra el Honor*. (Libertad de Expresión y de Información) Editorial Universidad. Argentina. 2005.

Mieres Mieres, Luis Javier. *Intimidad Personal y Familia. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*. Aranzadi. España. 2002.

Morín, Edgar. *La mente bien ordenada*. 7ª. Ed. Traducción Mariano Anolín Rato. Cátedra. Teorema. España 2000.

Muñoz, Jacobo y Julián Velarde. *Compendio de Epistemología*.. Trotta. España. 2000.

Nespral, Bernardo. *Manual de Periodismo Judicial*. (Periodismo y Derecho). García Alonso, Argentina, 2005.

Novoa Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información*. (Un conflicto de derechos). 4ª. Ed. Siglo XXI. México. 1989.

Organización de los Estados Americanos y otros. *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. Secretaría General Organización de los Estados Americanos. Estados Unidos. 2005.

Ortega y Gasset, José. *¿Qué es Filosofía?* 18ª. Ed. Revista de Occidente en Alianza Editorial. España. 2003.

Peces-Barba Martínez, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*. 2ª. Ed. Dickinson, España. 2003.

Philippe Ariés y George Duby. *Historia de la Vida Privada* (Directores). *Historia de la Vida Privada*. Altea, Taurus, Alfagura. España. 2003.

Pizarro, Ramón Daniel. *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*. (Daños por noticias inexactas o agraviantes). 2ª. Ed. Hamurabi. Jose Luis de Palma Editor. Argentina, 1999.

-----*.Daño Moral. Prevención/ Reparación/ Punicción*. Hammurabi. Argentina. 1996.

Rebollo Delgado, Lucrecia. *El Derecho Fundamental a la Intimidad*. 2ª. Ed. Dykinson. España. 2005.

Reynols, William C. y Henry C. Perwins. *Ingeniería Termodinámica*. McGraw-Hill. México. 1980.

Rogel Vide, Carlos. *Bienes de la Personalidad. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*. Studia Albornotiana. Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia. 1985.

Romero Coloma, Aurelia María. *Honor, intimidad e imagen de las personas famosas*. Cuadernos Civitas. España. 2001.

Ruiz Miguel, Carlos. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas. España. 1994.

Ruíz Miguel, Alonso. *Una filosofía del derecho en modelos históricos*. De la antigüedad a los inicios de constitucionalismos. Trota. España. 2002.

Sánchez Freytes, Alejandro. *Libertad de Expresión*. Límites Jurídicos Institucionales. Advocatus. Argentina. 2002.

Sánchez González, Santiago. *La Libertad de Expresión*. Monografías Jurídicas. Marcial Pons. Ediciones Jurídicas. España. 1992.

Sartori, Giovanni. *Videopolítica. Medios, información y democracia de sondeo*. Cuadernos de la Cátedra Alfonso Reyes del Tecnológico de Monterrey. Fondo de Cultura Económica. España. 2003.

Smed, Rudolf. *Ensayo sobre la libertad de expresión, de ciencia y de cátedra como derecho fundamental y sobre el Tribunal Constitucional Federal alemán*. Traductor Joaquín Brague Camazano. UNAM. IJCAS. México. 2005.

Soria, Carlos. *La hora de la ética informativa*. Mitre. España. 1991.

Stoevers. *Ingeniería Termodinámica*. Compañía Editorial Continental. México. 1970.

Tamayo y Salmorán, Rolando. *Elementos para una Teoría General del Derecho (introducción al estudio de la Ciencia Jurídica)* 2ª. Ed. Themis. México. 2001.

Toller, Fernando M. *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*. La ley. Argentina. 1999.

Tomás Bianchi, Enrique y Hernán Víctor Gullco. *El Derecho a la Libre Expresión*. Análisis de fallos nacionales y extranjeros. Librería Editor Platense. Argentina. 1997.

Torres-Dulce, Eduardo. *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen II*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. España. 1999.

Urías, Joaquín. *Jurisprudencia Constitucional sobre Libertad de Información*. Editorial Mad. Colección Universitaria Ciencias de la Información. España. 1999.

Vargas Guillén, Germán. *Tratado de Epistemología*. (Fenomenología de la Ciencia, la Tecnología y la Investigación Social). San Pablo. Colombia. 2003.

Venegas Grau, María. *Derechos fundamentales y Derecho privado*. (Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada). Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. España. 2005.

Villada, Jose Luis. *Delitos Contra el Honor*. (Injurias, Acción Penal, Acción Civil, Extinción de la acción y de la pena, Falsedad de datos en archivos personales, Ley contra la discriminación). Editorial Jurídica Nova Tesis. Argentina, 2005.

Villanueva, Ernesto. *Derecho Comparado de la Información*. Miguel Ángel Porrúa, Fundación Konrad Adenauer, Universidad Iberoamericana. México. 2002.

-----, *Derecho de Acceso a la información pública en Latinoamérica*. UNAM. IJCAS. México. 2003.

Villanueva, Ernesto y Perla Gómez Gallardo. *Derecho a la Información, Indicadores Legales*. Impresos Juárez. México. 2005.

-----, *Derecho de la Información*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006.

Villar Borda, Luis. *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*. Universidad Externado de Colombia. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho. Colombia. 1998.

Zaldivar, Ángel. *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*. Miguel Ángel Porrúa. México. 2006.

DICCIONARIOS

Brugger, Walter. *Diccionario de Filosofía*. 14ª. Ed. Herder. España. 1988.

Foulquié, Paul. *Diccionario del Lenguaje Filosófico*. Traducción César Armando Gómez. Labor. España. 1967.

Diccionario de Política. A-j, bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Grantranco. 13ª ed. Siglo XXI. México. 2002.

INTERNET

www.cinu.org.mx/onu/documentos/

www.infoamerica.org/libex/

www.itu.int/wsis/docs/

www.oas.org/36ag/

*Este libro se terminó de imprimir
en febrero de 2009, siendo
Director General del CIESPAL
el Dr. Edgar Jaramillo Salas.*

Libertad de expresión, protección y responsabilidades

Perla Gómez Gallardo



INTIYAN
EDICIONES CIESPAL

51



INTIYAN
EDICIONES CIESPAL

La autora pretende demostrar la necesidad de la construcción epistemológica de los límites de la libertad de expresión y el derecho de acceso a la información frente a los derechos de la personalidad, tratándose de figuras públicas, así como encontrar los principios y los conceptos fundamentales que permitan una nueva construcción de la concepción del Derecho de personalidad, acceso a la información y la libertad de expresión acordes con los estándares internacionales.

Además, detalla el abuso que se ha hecho de la Acción de defensa de los derechos de la personalidad, como forma de coartar el ejercicio periodístico en detrimento de la libertad de expresión y el Derecho de acceso a la información, tratándose de sujetos públicos.

Libertad de expresión,
protección y responsabilidades



ISBN 978-9978-55-069-4



9 789978 550694



CENTRO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS SUPERIORES
DE COMUNICACIÓN PARA AMÉRICA LATINA



EDITORIAL
QUIPUS

www.ciespal.net

