

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACION Y HUMANIDADES
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
POLÍTICAS**



**CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS
DE COMUNICACIÓN POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
QUE PERMITA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS.**

TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

PRESENTADO POR:

BACH. PRISCILLA YASMIN, MENDOZA ZAVALA.

ASESOR:

NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS

Nuevo Chimbote - Perú

2018

HOJA DEL AVAL DEL ASESOR

La presente tesis titulada, “Criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad que permita un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas”, ha sido elaborada según Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por res. N° 492-2017-CU-R-UNS del 3 de julio del 2017, en la modalidad de tesis, en ese sentido suscribo la presente tesis en mi calidad de asesor, designado mediante Resolución Decanal N° 161 -2017-UNS-DFEH, de fecha 02 de junio del 2017.



Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras
/ Presidente

HOJA DEL AVAL DEL JURADO

Culminada la sustentación de tesis denominada “Criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad que permita un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas”. Se considera aprobada a la Bachiller: Priscilla Yasmin Mendoza Zavaleta, con código 201035007.

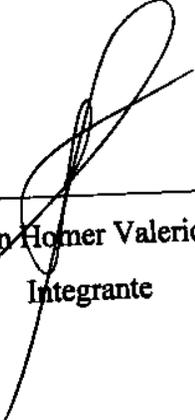
Revisado y aprobado, por el jurado evaluador designado mediante Resolución N° 268-2018-UNS-CFEH, de fecha 30 de julio del 2018.



Dr. Noel Obdulio Villanueva Contreras
Presidente



Ms. Rafael James Tapia Quiroz
Integrante



Ms. Jonathan Homer Valerio Laureano
Integrante



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SANTA
FACULTAD DE EDUCACIÓN Y HUMANIDADES



ACTA DE CALIFICACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN DE TESIS

En el distrito de Nuevo Chimbote, en el Auditorio N° 01 de la Biblioteca Central Primer piso, Campus Universitario, siendo las tres y treinta de la tarde del día 16 de agosto de 2018, se reunió el Jurado Evaluador presidido por: el Dr. NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS, teniendo como integrantes a: Abog. RAFAEL JAMES TAPIA QUIROZ y Ms. JONATAN HOMER VALERIO LAUREANO para la sustentación de Tesis, a fin de optar el Título de ABOGADA, la Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas: **PRISCILLA YASMIN MENDOZA ZAVALETA**, quien expuso y sustentó el trabajo intitulado:

«CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD QUE PERMITA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VICTIMAS»

Terminada la sustentación, el graduado respondió las preguntas formuladas por los miembros del Jurado.

El Jurado después de deliberar sobre aspectos relacionados con el trabajo, contenido y sustentación del mismo y con las sugerencias pertinentes declara: APROBADA; según el Art. 39° del Reglamento General para obtener de Grados y Títulos de la UNS (Resolución No. 492-2017-CU-R-UNS de 03.07.2017).

Siendo las cuatro y treinta de la tarde del mismo día se da por terminado el acto de sustentación.

Nuevo Chimbote, 16 de agosto de 2018

.....
NOEL OBDULIO VILLANUEVA CONTRERAS
PRESIDENTE

.....
RAFAEL JAMES TAPIA QUIROZ
SECRETARIO

.....
JONATAN VALERIO LAUREANO
INTEGRANTE

DEDICATORIA

A mi madre, Mary, por su infinito amor y enseñarme que ser fuerte es una decisión.

A mi abuela, Angelita, por su paciencia, enseñanzas a través del ejemplo y por mostrarme el camino de Dios.

AGRADECIMIENTO

Martin Luterking decía: “La función de la educación es enseñar a pensar intensa y críticamente. Formar inteligencia y carácter – esa es la meta de la verdadera educación”. Con ésta frase quiero agradecer a mi asesor de tesis, maestro y amigo, Dr. Noel Villanueva Contreras, por su dedicación, apoyo y consejos que me servirán en mi vida profesional.

PRESENTACIÓN

Señores miembros del jurado:

En cumplimiento de las disposiciones legales establecidas en el Reglamento General de Grados y Títulos, aprobado por res. N° 492-2017-CU-R-UNS del 3 de julio del 2017 y las contenidas en el Currículo de la Escuela Profesional de Derecho y Ciencias Políticas adscrita a la Facultad de Educación y Humanidades, presento la tesis titulada: “Criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad que permita un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas”, con el fin de obtener el título profesional de Abogada. El tema de la presente investigación se centrará en establecer criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación y también criterios para un adecuado resarcimiento a favor de la víctima por la afectación del derecho a la intimidad.

En suma, la investigación es producto de las reflexiones y opiniones críticas a la actuación de los medios de comunicación, el cual pone en riesgo el respeto de derechos personalísimos, como el derecho a la intimidad. Este panorama revelado merece un análisis profundo, sobre todo en aquellos casos donde la vida íntima de las personas se ve difundido masivamente bajo el respetable membrete de la libertad de información y expresión.

La autora.

INDICE GENERAL

CARATULA.....	I
HOJA DEL AVAL DEL ASESOR	II
HOJA DEL AVAL DEL JURADO.....	III
DEDICATORIA	V
AGRADECIMIENTO	VI
PRESENTACIÓN	VII
INDICE GENERAL	VIII
INDICE DE TABLAS	XVII
INDICE DE ANEXOS.....	XVIII
RESUMEN.....	XIX
ABSTRACT	XX
I. INTRODUCCIÓN.....	21
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	21
1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA	21
1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN	23
1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA	23
1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA	26

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	27
1.3.1. OBJETIVO GENERAL:.....	27
1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:.....	27
1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	27
1.5. VARIABLES.....	27
1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	28
1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	30
1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	30
1.9. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA EMPLEADA	31
II. MARCO TEÓRICO, CASUÍSTICA Y LEGISLACIÓN	32
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD.	33
1.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO	33
1.2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	35
1.3. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL	37
1.3.1. RESTITUTIVA O REPARADORA.....	39

1.3.2. FUNCIÓN SANCIONADORA.....	40
1.3.3. FUNCIÓN PREVENTIVA	40
1.3.4. FUNCIÓN DISTRIBUTIVA	42
1.4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	43
1.4.1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN (CAPACIDAD) .	44
1.4.2. LA ILICITUD O ANTIJURICIDAD	45
1.4.3. EL DAÑO	52
1.4.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN	64
1.4.5. NEXO CAUSAL O RELACIÓN DE CAUSALIDAD	68
1.5. RESARCIMIENTO.....	73
1.5.1. INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO: DISTINCIÓN.....	73
1.5.2. DESPLAZAMIENTO DEL PESO ECONÓMICO: RESARCIMIENTO	74
1.6. SOBRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN	76
1.6.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.....	76

1.6.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, ALCANCES Y CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.	77
1.7. MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVOS.....	81
1.7.1. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	82
1.7.2. ALGUNOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVOS.....	83
1.8. SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	88
1.8.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	88
1.8.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, ALCANCES Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	89
1.9. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD	92
1.9.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA IMAGEN Y VOZ	92
1.9.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN	93
1.9.3. DERECHO A LA INTIMIDAD DE PERSONAJES PÚBLICOS Y NOTORIOS	94
CAPITULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.....	98

2.1. SOBRE LA PERSONA JURÍDICA: CONCEPTO	98
2.2. TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA	100
2.2.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN	100
2.2.2. TEORÍA SOBRE LA REALIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA	100
2.2.3. TEORÍA DEL PATRIMONIO FIN	101
2.2.4. TEORÍA DE LA VOLUNTAD	102
2.2.5. TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN O DE LA ORGANIZACIÓN	102
2.2.6. TEORÍA DE LA UNIDAD DE UN ORDEN JURÍDICO	103
2.3. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	104
2.3.1. PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO	104
2.3.2. PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO	104
2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA	105
2.4.1. DERECHO COMPARADO.....	105
2.4.2. DERECHO NACIONAL	109
2.4.3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA JURÍDICA	114

CAPITULO III: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERMITE UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS.	118
3.1. TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....	118
3.1.1. SISTEMA JURÍDICO ARGENTINA.....	118
3.1.2. SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO	121
3.1.3. SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL	123
3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	127
3.2.1. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO SUJETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL	128
3.2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN	131
3.2.3. EL DAÑO	146
3.2.4. LA RELACIÓN CAUSAL	155
3.2.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN	159

3.3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	162
3.3.1. SE INFIERE LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL UNA VEZ DEMOSTRADO LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD	163
3.3.2. LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEBE SER CONSIDERADA COMO UNA ACTIVIDAD RIESGOSA.	169
3.3.3. EL JUEZ DEBERÁ DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD. ...	180
3.4. CRITERIOS PARA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS	185
3.4.1. EN LOS CASOS DE LA RADIO Y TELEVISIÓN: EL JUEZ A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM RESARCITORIO DEBERÁ TENER EN CUENTA EL COSTO COMERCIAL POR TIEMPO AL AIRE EN QUE SE TRASMITIÓ LA INFORMACIÓN QUE AFECTÓ EL DERECHO A LA INTIMIDAD.....	186
3.4.2. EN EL CASO DE LA PRENSA: A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TENER EN CUENTA EL NÚMERO DE TIRAJES VENDIDOS MÁS EL COSTO COMERCIAL DE LA PUBLICIDAD.....	191

3.4.3. A EFECTO DE INCREMENTAR EL MONTO INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TOMAR EN CUENTA EL RATING DEL PROGRAMA O EL DIARIO EN DÓNDE SE TRASMITIÓ LA NOTICIA Y LA PUBLICACIÓN DE LA NOTICIA EN INTERNET.....	193
3.5. ANÁLISIS DE CASUÍSTICA	196
3.5.1. CASUÍSTICA NACIONAL:	196
3.5.2. CASUÍSTICA INTERNACIONAL:	200
III. MATERIALES Y MÉTODOS	215
3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN	215
3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.....	216
3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	219
3.4. POBLACIÓN MUESTRAL	220
3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS.....	221
3.6. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS	223
3.7. PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS.....	223
IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	224
RESULTADO N° 1:	224
DISCUSIÓN DE RESULTADO N°1:	224

RESULTADO N° 2:	228
DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 2:	228
RESULTADO N° 3:	235
DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 3:	236
V. CONCLUSIONES	270
VI. RECOMENDACIONES	276
VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES	291
VIII. ANEXOS	310

INDICE DE TABLAS

CUADRO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA.....307

INDICE DE ANEXOS

**ANEXO 1: CASO N° 2: DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA
PRODUCCIONES SRL Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS.....310**

**ANEXO 2: CASO N° 3: SALOMÓN BEATRIZ R. Y OTROS C/RIAL JORGE Y
OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS.....316**

ANEXO 3: CASO N° 4: STC 171/1990 Y STC 172/1990 CASO PATIÑO.....341

RESUMEN

La presente investigación busca profundizar sobre la responsabilidad de los medios de comunicación en el ámbito civil; en ese sentido, tenemos como objetivo primordial establecer criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad.

El tipo de investigación que seguimos para profundizar en este tema es el cualitativo – descriptivo y el diseño de investigación fue descriptivo – propositivo; además, se ha aplicado métodos propios de la investigación jurídica, como el método dogmático y sistemático.

El desarrollo nos permitió obtener como resultado: primero, los medios de comunicación, entendidos como personas jurídicas, son pasibles de responsabilidad civil y ello es consecuencia de la capacidad de ejercicio que poseen; segundo, los daños que ocasionan los medios de comunicación se constituyen, principalmente, en daño a la persona y daño moral; tercero, los criterios para determinar la responsabilidad civil de las personas jurídicas son: se infiere la presunción del daño moral una vez demostrado la vulneración del derecho a la intimidad, la actividad que realizan los medios de comunicación debe ser considerada como riesgosa, el juez deberá delimitar el contenido esencial del derecho a la información y el derecho a la intimidad.

Palabras claves: responsabilidad civil, medios de comunicación, derecho a la intimidad, responsabilidad civil de la persona jurídica (medios de comunicación).

La Autora.

ABSTRACT

The present investigation seeks to deepen the responsibility of the media in the civil sphere; in that sense, we have as a primary objective to establish criteria to determine the civil responsibility of the media for the affectation of the right to privacy.

The type of research that we follow to deepen this topic is the qualitative - descriptive and the research design was descriptive - proactive; In addition, methods of legal research have been applied, such as the dogmatic and systematic method.

The development allowed us to obtain as a result: first, the media, understood as legal entities, are subject to civil liability and this is a consequence of the exercise capacity they possess; second, the damages caused by the media are mainly caused by damage to the person and moral damage; third, the criteria for determining the civil liability of legal persons are: inferred the presumption of moral damage once demonstrated the violation of the right to privacy, the activity performed by the media should be considered risky, the judge should delimit the essential content of the right to information and the right to privacy.

Keywords: civil responsibility, media, right to privacy, civil liability of the legal entity (media).

The author.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

Los avances científicos y tecnológicos han puesto al alcance de las personas, bienes y servicios que les proporcionan una mejor calidad de vida, siendo uno de ellos los medios de comunicación, quienes hoy en día constituyen el cuarto poder del Estado, ya que juegan un rol importante dentro de la sociedad por la influencia que tienen en la opinión pública, en la trasmisión y el acceso a la información, convirtiéndose en multiplicadora de sucesos y opiniones que se generan a través de la información que se dio a conocer. Sin embargo, escándalos, chismes, ampays, etc, de personas (artistas, funcionarios y servidores públicos) se han convertido en la “noticia” que difunden y ofrecen los medios de comunicación con la única finalidad de entretener, captar la atención de la audiencia y así asegurar el rating. Como señala Vargas (como se citó en Patiño, s/f): “periodismo de entretenimiento, no de información que explota — y con mucho talento — los peores instintos, la malediscencia, la curiosidad por la vida privada, algo que por desgracia prende en todos los sectores y contra lo que no están vacunados los ciudadanos cultos o educados” (p. 5).

Este mal uso del poder puede revertirse y crear un efecto contrario, ocasionando daños y perjuicios. En este contexto, como señala Jiménez & Ramos (2013): “Son varios aspectos a los que podríamos referirnos a consecuencia de un irresponsable libertinaje periodístico, como- por ejemplo- el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, las responsabilidades de la prensa, interés preponderante entre la libertad de información e intimidad, etc. (p. 86), derechos que se ven altamente conculcados por medios de comunicación quienes

aprovechándose del gran poder de la información escarban en lo más hondo de la intimidad de las personas. Lo que en un marco legalmente establecido, exigirán del responsable su reparación

Ello tiene una influencia negativa en la sociedad pues haciendo uso del ejercicio de libertad de expresión e información los medios de comunicación difunden información que la contamina y la somete a un estilo de comportamiento aislado de valores y principios. Ello se evidencia en la emisión de programas o noticias que muestran un alto contenido de violencia, sexualidad, perversión que afecta a la familia y a la sociedad en su conjunto, pues crea, en muchos casos, modelos de conducta a seguir, tendencias, construyen la agenda sobre temas que discutimos a diario y hasta han cambiado las formas de gobernar y hacer política.

Si bien, el artículo 4 de la Ley de Radio y Televisión señala que “los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”, esto no es así, pues la actuación de los medios de comunicación deja mucho que desear; pues programas como “Combate”, “Esto es Guerra”, “El valor de la verdad”, “Amor, amor, amor”, entre otros, no contribuyen con el respeto de deberes y derechos fundamentales ni con la promoción de valores humanos ni mucho menos con la promoción de la identidad nacional.

El rol de los medios de comunicación (radio y televisión) se ha desviado, convirtiéndose en un medio con el designio único de entretener mediante la chismografía, rompiendo el

límite entre lo que debería ser público y privado de la información, pues la información sobre la vida íntima de las personas es divulgada sin censura alguna, convirtiéndose en un medio de afectación a la dignidad de la persona, a la imagen y honor, mediante la intromisión de su vida íntima o privada.

Por ello, tomando en cuenta el riesgo y vulnerabilidad en que se encuentran los derechos personales que protegen la dignidad humana- especialmente el derecho a la intimidad- frente al uso irracional de las libertades de información y expresión ejercida por los medios de comunicación; es necesario revisar y actualizar nuestro ordenamiento jurídico, en forma particular nuestra ley civil, para que regule supuestos normativos sobre daños, por ende la responsabilidad civil que tienen los medios de comunicación.

1.1.2. OBJETO DE LA INVESTIGACIÓN

El tema de la presente investigación se centrará en establecer criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación para una adecuada reparación de la persona por la afectación del derecho a la intimidad.

1.1.3. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA

En la búsqueda de información se ha encontrado un antecedente- a nivel internacional- en la Universidad Nacional Autónoma de México, la tesis para obtener el grado de licenciado en derecho, titulada: “La responsabilidad civil de los medios de comunicación al afectar la vida privada” (2004), presentada por el alumno Mario Ascencio Carrasco Alvares, quien realiza un análisis sobre la responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación –masivos- estableciendo que son sujetos de responsabilidad civil por

flagrantes invasiones e intromisiones a aspectos referentes a la vida privada de las personas.

Por otro lado, no se ha encontrado un antecedente- in específico- sobre el estudio que se ha decidido abordar, Criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad que permita un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas, a nivel nacional.

Sin embargo, se ha encontrado investigaciones en donde se aborda el tema desde el conflicto que existe entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad: En la Universidad Católica de Santa María, tesis para obtener el grado de maestro, titulada “conflicto de límites de los derechos a la intimidad y libertad de información en el sistema judicial peruano del 2001 al 2006” (2016), presentada por la Lic. Facolni Picardo, Marco Tulio. En la Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis para obtener el título profesional, titulada “Comunicación del discurso (información y expresión y respeto propio (honor y vida privada): determinación de sus contenidos desde la teoría de los derechos fundamentales” (2014), presentada por el alumno Montoya Chávez, Víctorhugo y la tesis titulada “Libertades de expresión e información, intimidad personal y autodeterminación informativa: contenido, alcances y conflictos” (2004), presentada por el abogado Eguiguren Praeli, Francisco José.

Además, se ha encontrado en la Universidad Nacional de los Andes, la tesis para obtener el título profesional, titulada “Preceptos normativos que respaldan al estado peruano para regular el derecho a la libertad de expresión, permitiendo la erradicación de la televisión basura” (2015), presentada por el alumno Gálvez Adauto, José Luis; en este trabajo el

autor busca determinar los preceptos normativos que respaldan al Estado peruano para regular el Derecho a la libertad de expresión con la finalidad de que ello permita la erradicación de la televisión basura transmitida por señal abierta en el horario familiar en el año 2015.

A nivel normativo, en nuestro país, la Ley N° 28278 – Ley de Radio y Televisión, regula la actividad de los medios de radiodifusión, sonora y televisión, estableciendo que los servicios que éstos prestaran deberán ser orientados a contribuir o respetar los derechos fundamentales de las personas, a pesar de ello, esto no sucede y como lo hemos señalado, el derecho a la intimidad se ve constantemente conculcado al ser difundida y expuesta la vida íntima de las personas.

En ese sentido, es importante que los daños ocasionados –materiales e inmateriales- por la afectación del derecho a la intimidad deban ser resarcidos efectivamente, pues, a pesar de que la normatividad establezca en el artículo 39 que la responsabilidad legal por violaciones a la dignidad, honor, intimidad y la voz de las personas (...) se rigen por las disposiciones establecidas en el código civil, código penal y leyes especiales vigentes sobre la materia; en ese sentido, el artículo 1985 del Código Civil nos da una aproximación del tipo de responsabilidad que se aplicaría al caso investigado, es decir, la extracontractual; pese a ello, podemos decir que no hemos encontrado dispositivo legal específico que regule las responsabilidades ulteriores de los medios de comunicación más que en el Código Penal.

Entonces, se podría decir, que el conflicto vinculado al ejercicio de la libertades de información y el derecho a la vida íntima o privada se ha analizado en nuestro país en el

ámbito del Derecho Penal, es así que, nuestro ordenamiento jurídico ha creado un mecanismo de sanción para el difusor de la noticia que implique la intromisión de la vida íntima o privada o vulnere el honor de la persona, tal como lo regula el artículo 154 del Código Penal estableciendo, “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. (...) Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa”. Este delito, según el código penal es de persecución privada, es decir el mecanismo legal para sancionar al infractor de la ley penal es la querrela (artículo 459 del C.P.P); sin embargo, del análisis del dispositivo legal, el responsable penalmente siempre sería cualquier persona natural, dejando de lado a la persona jurídica- medio de comunicación- como sujeto de responsabilidad.

Es este caso, es preciso mencionar que el ámbito penal ha desarrollado – de manera exigua – el conflicto entre el derecho referido y los daños ocasionados, ya que para el ordenamiento penal el objetivo primordial es castigar al autor del delito haya daño o no, mientras que para el ámbito civil es resarcir o reparar los daños.

1.2. ENUNCIADO DEL PROBLEMA

¿Por qué es necesaria la regulación de criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad?

1.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1. OBJETIVO GENERAL:

- a. Proponer criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación para una adecuada reparación de la persona por la afectación del derecho a la intimidad.

1.3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- a. Analizar la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica (medios de comunicación) por afectación al derecho a la intimidad.
- b. Identificar qué daños causan los medios de comunicación a la persona por la emisión de información que implica la intromisión de su vida privada y/o íntima.
- c. Inferir que criterios han de servir como instrumentos para un adecuado resarcimiento de las víctimas.

1.4. FORMULACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Es necesario la regulación de criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad porque permite un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas.

1.5. VARIABLES

1.5.1. VARIABLE INDEPENDIENTE:

Criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad.

1.5.2. VARIABLE DEPENDIENTE:

Permite un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas.

1.6. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Es necesario porque algunos autores sólo han tratado el tema desde el punto de vista del conflicto que se ha generado entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad, buscando determinar qué derecho tiene más valor; mientras que, la presente investigación busca dar un enfoque diferente, es decir, atribuir responsabilidad a los medios de comunicación por el uso irracional de las libertades de información frente al riesgo y vulnerabilidad en que se encuentran los derechos personales que protegen la dignidad humana, especialmente el derecho a la intimidad. Además, se revisará nuestro ordenamiento jurídico, con la finalidad de llenar vacíos legales, jurisprudenciales y doctrinales respecto al tema.

El aporte de la presente investigación consiste en establecer criterios válidos para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad. Además, se propondrá su implementación en nuestro ordenamiento jurídico, a través de una regulación especial, la cual recogerá aspectos que contengan algunos atisbos legislativos, con la finalidad de garantizar el derecho a la intimidad y permita un resarcimiento efectivo; en contraste al sistema regulatorio que ofrece la querrela. Los beneficios serán los siguientes:

Para los operadores de justicia:

- a. Se determinará los criterios (reglas) a seguir para resarcir adecuadamente a las víctimas por la difusión de información que implique la intromisión en su vida íntima.
- b. Se les proporcionará un desarrollo doctrinal, jurisprudencial y legal sobre cómo tratar los casos de responsabilidad civil de medios de comunicación, para lo cual se desarrollará la teoría de responsabilidad civil de la persona jurídica.

Para las víctimas:

- a. Se garantizará la seguridad jurídica mediante una adecuada reparación, para ello se establecerán los criterios que el juez deberá tener en cuenta para responsabilizar civilmente al medio de comunicación que atente contra el derecho a la intimidad; ello contribuirá a equilibrar responsabilidades entre el sujeto activo y pasivo (víctima), otorgándole a la víctima la certidumbre que la indemnización que recibirá será la más justa y equivalente al daño que sufrió.
- b. Un sistema de responsabilidad civil tiene una función preventiva y reparadora del daño, ello contribuirá a que las sentencias emitidas a favor de las víctimas creen un precedente para que los medios de comunicación tengan mayor celo al emitir la información.

Para los medios de comunicación:

- a. Impulsará a la observancia adecuada de la información que emitirán, con la finalidad de garantizar el respeto del derecho a la intimidad.

- b. Se establecerá las reglas claras para definir cuándo son posibles de responsabilidad civil por la afectación del derecho a la intimidad.

1.7. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

La estructura de la investigación se encuentra dividida en tres capítulos, el primer capítulo desarrolla conceptos generales sobre tres temas que se analizan en la investigación: responsabilidad civil, medios de comunicación y el derecho a la intimidad. El segundo capítulo desarrollamos todo lo referente a la persona jurídica y damos énfasis en la capacidad de éstas para ser responsables civilmente. El tercer capítulo y el más importante, a nuestro modo de ver, desarrollamos el estado de la cuestión de nuestra investigación, planteamos los criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación y los criterios para determinar el monto resarcitorio a las víctimas.

1.8. BREVE REFERENCIA DE LOS MÉTODOS EMPLEADOS, DEL TIPO DE INVESTIGACIÓN, Y EL DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Se aplicó el método inductivo y el funcional; así como, métodos de la investigación jurídica, el método dogmático y sistemático. El tipo de investigación que seguimos para profundizar en este tema es el cualitativo – descriptivo. El diseño de investigación que se aplicó fue descriptivo - propositivo. También hicimos uso de la técnica de análisis documental lo cual nos permitió indagar en nuestra doctrina y jurisprudencia para profundizar en el tema estudiado.

1.9. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA BIBLIOGRAFIA EMPLEADA

Para el desarrollo de la presente investigación ha sido oportuno afianzarnos de materiales bibliográficos con la finalidad de obtener información relevante sobre los conceptos que se discuten en nuestra tesis; es así que, hemos tenido a bien citar a autores muy prestigiosos como Bullard, A.; Chanamé, R.; Espinoza, J.; Gargurevich, J.; Zannoni, E.; entre otros autores. Además, hemos investigado sobre derecho nacional y comparado por lo que hemos recurrido al empleo del internet, indagando en diversas páginas webs.

Por otro lado, hemos empleado material periodístico, impreso y on-line, para indagar sobre hechos históricos. En puridad se ha recurrido a la utilización de diverso material, con la finalidad de afianzar nuestros conocimientos sobre la investigación realizada lo que ha permitido tener una mejor perspectiva y análisis del tema tratado.

II. MARCO TEÓRICO, CASUÍSTICA Y LEGISLACIÓN

CAPITULO I

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL, MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD.

1.1. SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: CONCEPTO

El tema de la responsabilidad civil es de larga data y ha ido evolucionando a través de la historia, tomando definiciones según la época y las teorías en la que se sustentaba, partiendo su evolución del instinto de venganza de quien era víctima de un daño, “venganza privada”, para luego llegar a la etapa de reparación del daño, como se concibe actualmente.

Si bien, el término de responsabilidad civil no se concibió como tal en el derecho romano; sin embargo, se dieron atisbos de su existencia, pues “el término responsabilidad se remonta al latín tardío *respondere*, siendo éste término lo inverso de *spondere*, que significa equilibrio, en ese sentido responderé presupone la ruptura de tal equilibrio expresando con ello la idea de respuesta reparadora de la ruptura” (Espinoza, 2011). Como vemos en el derecho romano era importante el compromiso o promesa que una persona asumía con otra, acarreado responsabilidad si ésta era incumplida, en consecuencia *spondere* derivaba en *respondere*.

En ese sentido, teniendo una noción de cómo era concebida la responsabilidad civil en la historia, es preciso definir esta institución como “una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que tiene por finalidad imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que éste ha ocasionado” (Espinoza, 2011, p. 42). Es decir, el causante del daño debe repararlo, en virtud al deber de sujeción al ordenamiento jurídico que tienen todas las personas. Sujeción que se refiere al

concepto de sanción que para tales efectos se identifica como responsabilidad (Ojeda, 2009).

Tanto Espinoza como Ojeda, definen a la responsabilidad civil teniendo en cuenta la reparación del daño como elemento principal que acarrea responsabilidad, de ello podemos colegir que sin la producción del daño no es posible que se configure la institución de la responsabilidad civil.

Por otro lado, Torres (2012) señala “Toda responsabilidad tiene su génesis en la violación de un deber jurídico, ya se trate del “deber de prestación”, ya del “deber de no dañar”; pero en uno u otro caso la infracción- hecho ilícito- genera una nueva obligación” (p. 1310). Obligación que genera del autor del daño el deber de resarcir, pero más allá de la obligación es la posibilidad del acreedor (víctima del daño) de hacer de la institución de la responsabilidad civil un “instrumento de tutela” (Espinoza, 2011, p. 34). Es decir, “la responsabilidad es un mecanismo de tutela jurídica sustancial que nace como consecuencia de la producción de un hecho jurídico” (Morales, 2006, p. 635).

Esta definición que se sustenta en el deber jurídico de prestación y de no dañar, engloba los tipos de responsabilidad que existe en el sistema, responsabilidad contractual (prestación) y responsabilidad extracontractual (no dañar), las cuales indistintamente generan una obligación; es decir el tema de la responsabilidad civil debe ser desarrollado teniendo en cuenta la Relación Jurídica Obligatoria; tanto así que, el maestro Beltrán (2016) define esta institución como “el conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea de forma voluntaria o por efectos de las ley” (p. 17). Asimismo, es importante entender que el

sistema de responsabilidad civil también debe ser entendido como un mecanismo de tutela que busca resarcir los daños ocasionados según nos encontremos ante la responsabilidad contractual o extracontractual.

Otros autores definen a la responsabilidad civil teniendo en cuenta sus principales funciones, por ejemplo Carhuatocto (2010) expresa:

La responsabilidad civil es la institución mediante la cual una persona obtiene una reparación, compensación o indemnización por un daño o perjuicio que ha sufrido y que socialmente es considerado inaceptable. Se trata principalmente de reparar el daño ocurrido tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial y de una manera secundaria prevenir un daño similar en el futuro (p. 21).

Como podemos observar definir la institución de la responsabilidad civil es una tarea que ha conllevado analizar los elementos que la componen, así como la finalidad para la cual ésta ha sido creada o se encuentra en un determinado ordenamiento jurídico.

1.2. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

1.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

La responsabilidad contractual o inexecución de obligaciones tiene objeto principal la preexistencia de un contrato, es decir, es indispensable que se constituya la relación jurídica obligatoria entre dos o más sujetos. “La obligación se genera antes que surja el hecho dañoso, obligación preexistente, cualquiera sea su fuente (contrato, promesa unilateral, la ley, etc.)” (Torres, 2002, p. 946), ésta obligación debe ser incumplida para que se constituya un supuesto de responsabilidad contractual.

En ese sentido, Morera (2010) define a la responsabilidad contractual como: “aquella responsabilidad que se deriva del incumplimiento de una obligación preexistente derivada de la voluntad de las partes. Supone la transgresión de un deber de conducta impuesto por un contrato o acuerdo” (p. 98).

El demandante cuando demanda indemnización de daños derivados de este tipo de responsabilidad debe señalar la prestación no ejecutada (por el demandante) causante del daño cuyo resarcimiento reclama (Torres, 2002).

1.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, es aquella que nace del deber jurídico genérico: no causar daño a otro [alterum non ladere], cuya contravención genera del autor la obligación de resarcir los daños ocasionados.

En este sentido Morera (2010) teniendo en cuenta el deber general y las obligaciones independientes refiere que la responsabilidad extracontractual “conlleva una obligación de resarcimiento, y que se deriva de la infracción del deber general de no causar daño a otro, o de obligaciones independientes de la voluntad de las partes (...) que pueden venir impuestas por ley” (p. 99).

Por otro lado, Taboada (2015) le da un sentido amplio a lo que puede significar estar ante un supuesto de responsabilidad extracontractual señalando:

No solo debe hablarse de responsabilidad civil extracontractual cuando se haya causado daño mediante conductas prohibidas por normas jurídicas específicas, con contenido penal o sin él, sino también en todos los demás casos en los cuales la conducta, aun cuando no esté prevista específicamente en una norma jurídica, por si

misma sea contraria a derecho o antijurídica por contravenir el orden público o las buenas costumbres (p. 65).

Para efectos de desarrollar esta trabajo de investigación nos centraremos en definir los conceptos orientándonos hacia este tipo de responsabilidad, pues consideramos que la responsabilidad que tienen los medios de comunicación por lesión al derecho a la intimidad de las personas se encuentra encuadrado dentro del ámbito extracontractual.

1.3. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Cabe preguntarnos ¿Qué rol o propósito cumple el sistema de responsabilidad civil? Esta pregunta nos lleva a la reflexión, pues toda institución regulada en un determinado ordenamiento jurídico debe cumplir un rol ya sea para la víctima, agresor y/o sociedad. En este escenario, las funciones de la responsabilidad civil resultan ser una respuesta para determinar qué rol desempeña este sistema.

Desde esa perspectiva, autorizada doctrina italiana, liderada por Alpa (2006) señala que las funciones tradicionales de la responsabilidad civil son cuatro:

En tal sentido, se han enunciado: a) la función de reaccionar frente al acto ilícito dañoso, a fin de resarcir a los sujetos que han sufrido el daño; b) correlativamente a la anterior, la función de restaurar el statu quo ante en el que se encontraba el damnificado antes de padecer el perjuicio; también: c) la función de reafirmar el poder sancionador (o “punitivo”) del Estado; y al mismo tiempo: d) la función de “desincentivación” (deterrence) contra todo aquel que pretenda realizar, voluntariamente o culposamente, actos perjudiciales para los terceros.

Se añaden, así mismo, otras funciones subsidiarias, las cuales guardan conexión, más exactamente, con los efectos económicos de la responsabilidad civil, a saber: e) la distribución de las “pérdidas”, por un lado; y f) la asignación de los costos, por otro (pp. 197-198).

Por otro lado, Espinoza (2011) afirma que un sector de la doctrina italiana señala que se ha sistematizado las nuevas y antiguas funciones de la responsabilidad civil, bajo dos

enfoques: microsistémico y macrosistémicos. En la doctrina nacional, se reconoce la perspectiva diática o microsistémica, donde la responsabilidad civil tiene una tres función: satisfactoria, equivalencia y distributiva. La perspectiva sistémica o macroeconómica la responsabilidad civil cumple dos funciones: de incentivación o desincentivación de actividades y otra, preventiva.

De la misma manera Beltrán (2016) establece que la teoría de la Responsabilidad Civil cumple un conjunto de funciones las cuales son agrupadas en dos perspectivas, diática y sistémica, lo que para Espinoza sería microsistémica y macrosistémica, respectivamente. Desde la perspectiva diática se entiende que se encuentra vinculada a dos sujetos: un causante – del daño – y una víctima, asumiendo un enfoque que se centra en reprochar al causante su actitud, de ahí que se postula la función reparadora del daño. Desde la perspectiva sistémica se reconoce que la responsabilidad civil es un fenómeno que no puede estar ajeno al desarrollo “económico social”; por ello, tomando el enfoque del análisis económico del derecho se señala que la responsabilidad debe entenderse como un fenómeno que permite, a partir de su regulación, el incentivo o desincentivo de determinadas conductas, de ahí que se postula la función preventiva.

Desde ese enfoque, se establece que el sistema de responsabilidad civil — extracontractual— cumple funciones económico – sociales diferentes, en ese sentido opina Morales (2006) quién señala que dentro de ésta existen una gama de funciones: la función reintegradora (o reparadora), función sancionatoria, función preventiva agregando — bajo un análisis económico del derecho— la función distributiva. Es preciso señalar que están

funciones se “coordinan entre sí a pesar de que la predominante sea, ciertamente la función reparatoria” (Morales, 2006, p. 655).

1.3.1. RESTITUTIVA O REPARADORA

La función reparadora de la responsabilidad civil se encuentra adoptada por nuestro Código Civil en los artículos 1969 y 1970, bajo el supuesto de quien “causa un daño a otro está obligado a repararlo (indemnizarlo)”. En cuanto a ello, haremos una precisión, consideramos que nuestro Código Civil no es uniforme en cuanto a los términos que emplea; puesto que, tanto el artículo 1969 y 1970— independientemente del sistema objetivo o subjetivo que se aplique— para la misma consecuencia se estable diferentes denominaciones: indemnización y reparación, respectivamente.

Más allá del debate que se pueda generar, lo cual lo trataremos más adelante, es importante definir ésta función; en ese sentido, la función reparadora de la responsabilidad civil — extracontractual — “Involucra el retorno o reparación del bien jurídico afectado al status quo anterior al daño; normalmente es una pago in natura, esto es la restitución del bien dañado en su integridad o lo más cercado a ello” (Carhuatocto, 2010, p. 23). Esta función interviene ex post, después de que el daño o perjuicio hace haya producido, con la finalidad de restablecer las cosas al estado anterior mediante una reparación integral (Torres, 2012).

El objetivo de esta función establecida en la ley es de “reconstruir para el damnificado la situación preexistente a la producción del evento dañoso, mediante la asignación de un conjunto de utilidades de naturaleza económica que lo compensen por la pérdida sufrida, y eliminen la situación desfavorable creada por el ilícito (daño)” (Morales, 2006, p. 653).

1.3.2. FUNCIÓN SANCIONADORA

En términos económicos Giuseppe (como se citó en Morales, 2006) señala que “la decisión de colocar el costo, subsiguiente a un cierto incidente, sobre un sujeto diverso de aquél que lo ha sufrido, impone poner un bulto que puede ser visto como una sanción de su comportamiento” (p. 655); es decir, el sistema de responsabilidad civil impone al autor del daño la realización de ciertas conductas como sanción al acto ilícito.

Estas conductas suelen ser específicas — adicional al monto económico— como “la cancelación de frases ofensivas o la publicación de la sentencia penal” (Morales, 2006, p.655).

1.3.3. FUNCIÓN PREVENTIVA

La responsabilidad civil “cumple la función preventiva de evitar o reducir los daños; de ahí que los montos indemnizatorios deben tener un efecto disuasorio de las conductas generadoras de daños especialmente de las dolosas y culposas” (Torres, 2012, p. 1314); es decir, supone la adopción de medidas idóneas para impedir la producción de eventos que ocasionen daños.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se entiende que “si el sistema de responsabilidad civil extracontractual no existiera, los incentivos a la toma de precauciones se verían reducidos de manera sustantiva. Si bien se puede lograr la implementación de ciertas precauciones [...] «desincentivos específicos» [...], estos pueden ser insuficientes, ineficaces e inefectivos” (Bullard, 2010, p. 799); en ese sentido, si

el productor del daño sabe que no será responsable de los daños que ocasione ésta trasladando costos a terceros o que es lo mismo una suerte de subsidio de sus víctimas.

Desde esa perspectiva, la función preventiva tiene que ver con los incentivos para reducir costos, ello supone hacer un análisis costo – beneficio, ya que se parte de la idea que resulta más económico prevenir un daño que ocasionarlo; a palabras de Milkes (2015):

La función preventiva llevaría a deducir que para que exista un verdadero equilibrio económico se necesitaría que los costos de las medidas de prevención sean menores, en términos económicos, de tal forma que exista un incentivo por parte de los agentes económicos –potenciales causantes del daño- de optar por las medidas preventivas y no incurrir en los gastos que implica la reparación de los daños. Aun así, cuando se ocasiona el daño, quien decidió incurrir en ese costo debe asumirlo y extinguir la obligación indemnizatoria mediante el pago, el cual abarcará la totalidad del daño y todos los perjuicios [...] (p.7).

Por otro lado, haciendo un análisis de esta función pero desde el punto de vista de un mecanismo de tutela *ex ante*, Carhuatocto (2010) afirma que la función preventiva de la responsabilidad civil:

Implica la tutela preventiva para efectos de resguardar un bien jurídico amenazado por un daño, esto es la responsabilidad civil, puede evitar la consumación de un daño en proceso, mediante una medida cautelar, y a la vez disuadir a otros de futuros agentes que realicen esta conducta (p. 25).

A lo que Restrepo (2008) llama remedio preventivo, el cual “actúa antes de que se haya iniciado la vulneración del derecho, suprimiendo la situación susceptible de vulnerarlo. La idea es actuar sobre la causa del eventual daño, eliminar el peligro” (p. 222). Un sistema jurídico ejemplo de regulación preventiva en su sistema de responsabilidad civil es el argentino, el artículo 1710¹ y 1711² del Código Civil y Comercial de la Nación regula el

¹. Artículo 1710 del Código Civil y Comercial de la Nación: Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias,

deber de prevención del daño, así como una acción preventiva a fin de evitar la producción del daño.

Por lo que se refiere a la presente investigación, nos hacemos la siguiente interrogante ¿Es posible que en nuestro ordenamiento jurídico se tutele preventivamente el derecho a la intimidad sin vulnerar el supuesto de la prohibición de la censura previa del derecho a la libertad de información y expresión? Morales (1995) responde señalando que existe un mecanismo de tutela *ex ante* para eliminar el peligro y el daño que ocasione la difusión de información que implique la vida privada; puesto que, se entiende ya existió la afectación en la vida privada de las personas y lo que se solicita es la no divulgación de ello, sin que ello constituya censura previa del derecho a la libertad de información y expresión. Agrega este autor, “Por ello, el flamante código procesal civil peruano ha considerado la medida cautelar innovativa, Art. 686” (Morales, 1995, pp. 221-222).

1.3.4. FUNCIÓN DISTRIBUTIVA

La función distributiva es desarrollada por el análisis económico del derecho y es entendida como el traspaso del peso económico que generaría el resarcimiento del daño al que se encuentre en mejor posición de soportarlo “en virtud de la actividad desarrollada (empresarial) y de la consiguiente posibilidad de que tienen para redistribuir entre otros

las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo

². Artículo 1711 del Código Civil y Comercial de la Nación: Acción preventiva La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

(consumidores) el daño resarcido” (Morales, 2006, p. 656). En este contexto emergen dos teorías: *deep pocket* (bolsillo profundo) y la difusión social del costo.

Bajo la teoría “*deep pocket*” “se presume que aquel que tiene una mejor situación patrimonial sufrirá menos soportando el peso económico del daño” (Bullard, 2010, p. 802); es decir, el que tiene más posibilidades económicas es el idóneo para soportar los daños.

Por la teoría de la difusión social del costo del daño se presume que “responde por el daño aquel que está en mejor situación para trasladar el costo al resto de la sociedad” (Bullard, 2010, p. 741). Esto se logra a través del sistema de seguros y sistema de precios. Mediante el primer sistema “la difusión de la carga económica del daño se realiza a través de un seguro obligatorio para aquellos riesgos de carácter rutinario fácilmente identificables y categorizables, tales como los accidentes de automóviles” (Trazegnies, 2001, p.60). El segundo sistema, la distribución del riesgo a través del sistema de precios supone que “al trasladarse el costo de los daños a una empresa, ésta podrá a su vez trasladar dicho costo, fragmentado, al precio de sus productos y servicios. Finalmente el costo del accidente es asumido por todos los consumidores” (Bullard, 2010, p. 802).

1.4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Elementos, requisitos o presupuestos de la responsabilidad civil se les denomina aquellos criterios que ha de tenerse en cuenta para determinar si un sujeto es responsable por el daño ocasionado y es quien debe indemnizar a la víctima.

Es preciso distinguir que el daño es el elemento inherente al sistema de responsabilidad civil, pues sin daño no hay responsabilidad; es decir, uno de los criterios principales que se

debe tomar en cuenta es si se produjo el daño para luego pasar a determinar si se configuraron los demás elementos, como son: la imputabilidad, antijuricidad, factor de atribución y nexo causal.

1.4.1. LA IMPUTABILIDAD O CAPACIDAD DE IMPUTACIÓN (CAPACIDAD)

Este elemento de la responsabilidad civil debe entenderse en el sentido que no habría responsabilidad y en todo caso obligación de indemnizar si no existiera un sujeto a quien imputar la realización del daño.

En ese sentido, Torres (2012) afirma que la imputabilidad civil es la atribución a un sujeto (persona natural o jurídica) de ser responsable civil de los daños, por encontrarse en una de las situaciones en las que el ordenamiento jurídico lo señala como el obligado a pagar la indemnización correspondiente. La responsabilidad civil no requiere de la capacidad legal de ejercicio que se adquiere a los 18 años de edad, sino solamente la capacidad de discernimiento. Cuando hablamos de la capacidad de discernimiento lo entendemos como la capacidad de la persona de distinguir entre el bien y el mal, lo lícito e ilícito. “La capacidad de discernimiento o de entender o querer es la capacidad natural del sujeto que por haber alcanzado un cierto desarrollo psico-físico ésta en aptitud de distinguir entre el bien y el mal, entre lo lícito y lo ilícito” (Torres, 2002, p. 80).

El artículo 1975 del Código Civil señala: “la persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”; son incapaces de ejercicio todos aquellos que no han cumplido 18 años y los que la ley los ha

catalogado como incapaces (art. 43 y 44 del Código Civil), todos ellos siempre y cuando tengan discernimiento son responsables civiles.

1.4.2. LA ILICITUD O ANTIJURICIDAD

Taboada (2015) señala que una conducta es antijurídica “no solo cuando contradice una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico” (p. 36).

El mismo autor, tratando de dar una definición amplia del concepto de antijuricidad señala que existen dos clases: una típica, es decir una conducta prevista por la norma jurídica y otra atípica, prevista genéricamente por el ordenamiento jurídico.

Es así que, cuando hablamos de la responsabilidad contractual estamos ante la antijuricidad típica, pues nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el código civil, establece que aquella resulta del incumplimiento total, parcial, defectuoso, tardío o moroso de una obligación. “Esto significa que las conductas que pueden dar lugar a la obligación legal de indemnizar son siempre tipificadas legalmente” (Taboada, 2015, p. 37).

Por el contrario, cuando hablamos de la responsabilidad civil extracontractual el autor señala que estamos ante la antijuricidad atípica, pues este tipo de responsabilidad “nace de una conducta que simplemente causa daño” (Taboada, 2015, p. 61).

Por otro lado, Díez Picazo y Guillón (como se citó en Corral, 2003), haciendo una comparación de cómo es que es visto la antijuricidad en el ámbito penal y no penal señala que en el derecho penal las conductas se encuentran tipificadas en la ley; sin embargo,

fuera de este campo (responsabilidad extracontractual) es imposible encontrar normas que minuciosamente obliguen a no causar daño a tercero. Así, lo antijurídico no penal no consiste solamente en la violación de normas que impongan una conducta, sino también en la contravención del principio *alterum non ladere*, principio general del derecho que nos obligan a comportarnos con la prudencia necesaria para que la convivencia sea posible.

En ese sentido, se debe entender a la antijuricidad en dos perspectivas, como toda violación a una norma jurídica que imponga un determinado comportamiento –de hacer y no hacer – y la contravención al principio *alterum non ladere*, no causar daño a otro, que implica la observancia de valores y principios en que se orienta nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, para Torres (2012) la antijuricidad no es un presupuesto de la responsabilidad civil, porque se admite la reparación de daños causados por actos lícitos; sin embargo, Taboada (2015), niega esta posición señalando que siempre es necesario una conducta ilícita, antijurídica o ilegítima para dar paso a la obligación legal de indemnizar; asimismo, señala que son los hechos jurídicos ilícitos los que originan una responsabilidad civil, mientras que la licitud constituye acto jurídico.

a. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN:

El artículo 1971 del Código Civil contempla las inmunidades o la inexistencia de responsabilidad, que no es otra cosa que las razones que puede alegar el autor del daño para eximirse de responsabilidad y por ende de la obligación de indemnizar, en ese sentido, no todo aquel que ocasiona un daño a otro está obligado a indemnizarlo.

Cuando hablamos de causas de justificación Trazegnies (2001) afirma:

Nos encontramos con los casos en que estamos autorizados a causar un daño. Se trata de situaciones excepcionales, algunas de ellas de emergencia, en las que la ley nos faculta a dañar en función de un bien superior. Esta es la categoría contemplada en el artículo 1971, que señala tres umbrales en sus respectivos incisos. Pero, como veremos después, los tres tienen en común que el daño se comete en virtud de una autorización legal. No se trata de que no hay culpa. En estas situaciones incluso existe intención de causar daño. Pero esta intención se encuentra convalidada por la ley; por consiguiente, no hay responsabilidad (p. 197).

Algo semejante opina Taboada (2015) señalando “no existe responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho, por cuanto se trataría de daños causados dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico, es decir, supuestos de daños autorizados o justificados por el ordenamiento jurídico” (p. 46).

Por otro lado López & Daniel (2010) señala que las causas de justificación son causales de exclusión de la antijuricidad, es decir son supuestos de hecho excepcionales que permiten intervenir en los bienes jurídicos ajenos, sin meritar un juicio de desaprobación. Las causales de justificación deben ser probadas por quienes las alegan.

Ambos autores coinciden que el daño causado se encuentra autorizado, permitido y justificado por nuestro sistema jurídico; por ende, la conducta del autor que generó el daño se realizó dentro de lo permitido por el derecho.

a.1. EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO:

Su antecedente histórico se encuentra en la antigua fórmula romana “*qui suo iure utitur neminem laedit*”. Así el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por ende no es responsable civilmente por las violaciones que pueda causar (Espinoza, 2005).

Es decir, todo acto ejecutado en ejercicio regular de un derecho o en cumplimiento de nuestro ordenamiento jurídico, no es acto ilícito, por lo que, el autor del daño no estará obligado a resarcir a la víctima por mediar una causa de justificación.

a.2. LA LEGÍTIMA DEFENSA

El inc. 2 del artículo 1971 del Código Civil, la no responsabilidad del sujeto causante del daño si actuó en legítima defensa, ya sea en protección a su integridad personal, de otra o en salvaguarda de un bien propio ajeno. En ese sentido Torres (2002) afirma:

Está exento de responsabilidad civil quien en legítima defensa de la propia persona o de sus bienes (defensa propia) o de otra persona o de sus bienes (defensa ajena) causa daños a la persona o bienes del agresor. El fundamento de la exclusión de responsabilidad radica en la existencia de una agresión ilegítima y en la proporcionalidad entre la agresión y la defensa (el que repele la agresión no debe excederse de los límites de la legítima defensa) (...) pues, la exclusión de responsabilidad en legítima defensa por las vías de derecho constituye el *constrains* sensu del art. 1982. Creemos que es conveniente que la norma expresamente disponga que la legítima defensa debe ser proporcional (p. 952).

Asimismo, Espinoza (2013) enseña que las características de la legítima defensa son: i. El peligro debe ser actual, ii. El peligro debe amenazar un interés, es decir debe ser tutelado por el derecho, iii. La amenaza debe ser injusta, iv. El recurso de la defensa debe ser necesario e inevitable, v. la reacción debe ser proporcional a la agresión.

De la misma manera, haciendo una integración jurídica a fin de aplicar de forma análoga la regulación que sobre el tema hace el artículo 20 del Código Penal, los requisitos que deben ser cumplidos a efectos de alegar una legítima defensa serían:

- AGRESIÓN ILEGÍTIMA O AMENAZA DE AGRESIÓN

La agresión debe ser ilegítima, es decir, debe carecer de una “causa” que la justifique, lo que en otros términos sería la ausencia de provocación por parte del sujeto que se considere “víctima”. En lo concerniente a la agresión, se considera que el legislador busca hacer referencia a la "amenaza de agresión" que según lo establece la doctrina debe ser "actual y de inminente realización", esto es, la agresión debe verificarse en un espacio de tiempo cercano³ y debe existir certeza en su posterior ejecución⁴ (Beltrán, 2016).

- NECESIDAD RACIONAL DEL MEDIO EMPLEADO PARA EVITARLA O REPELERLA

La defensa debe ser justificada dentro del contexto en el que se ejecuta, debe ser "racional", puesto que si el sujeto hace uso de una contrafuerza que escapa a la reacción habitual de los sujetos, se constituirá una "agresión" mas no un supuesto de "legítima" defensa (Beltrán, 2016).

Es preciso señalar que el enfoque dado a este requisito de la legítima defensa ha dado un giro, pues antes se afirmaba que quien era atacado con arma blanca no podía señalar que actuó en legítima defensa si atacó con un arma de fuego, ante ello, Espinoza (2013) señala:

El criterio de proporcionalidad no puede ser visto aislado del contexto en que presentó la agresión injusta: no puede ser proporcional que una persona que no es practica en el

3. Por ejemplo: no es amenaza cuando un sujeto dice a otro "tú tienes 17 años y cuando tengas 56 te voy a golpear"

4. Por ejemplo no se podría considerar amenaza que un sujeto quien por alguna circunstancia perdió los miembros superiores le diga a otro: "te voy a golpear".

uso de armas blancas se tenga que enfrentar a otra que sí lo es y, en ese caso, la proporción está dada por el hecho que el “no práctico” utilice un instrumento de defensa (aparentemente) superior al que se emplea en la agresión. Dicho en otras palabras: un revolver por un no experto en armas blancas será proporcional a un arma blanca utilizada por un experto” (p.140).

En ese sentido, la Ley de Condiciones del ejercicio de la legítima defensa, Ley N° 27936, del 11.02.03, excluye el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios que se tenga para la defensa.

- FALTA DE PROVOCACIÓN DE QUIEN PADECE EL DAÑO

La provocación del sujeto, víctima de la agresión o amenaza, eliminará la posibilidad de encontrarnos ante una legítima defensa dado que la conducta intencional de la supuesta víctima implicará un ataque, el cual es repelido con la conducta del supuesto atacante. En ese sentido, la provocación dependerá mucho del estado de ánimo de estos así como de otros factores del contexto, por ello es que existen casos donde se reaccionan de distinta forma. En conclusión se puede sostener que la provocación no debe ser apreciada de forma independiente a la reacción del sujeto provocado, quedando finalmente a criterio del juez el considerar si existe o no tal provocación (Beltrán, 2016).

En síntesis, para que se configure este eximente de responsabilidad, legítima defensa, es preciso tener en cuenta tres requisitos: agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación, de cumplirse entonces el responsable del daño justificará su conducta y por ende no estará obligado a indemnizar.

a.3. ESTADO DE NECESIDAD

El estado de necesidad es otra de las causales de exclusión de la antijuricidad que exculpa al autor del daño que lesionó un derecho ajeno porque se encontraba ante un peligro concreto, actual e inminente y para salvaguardar y neutralizar el peligro no tiene otro cosa que lesionar a otro.

Cuando alguien, para evitar un mal grave e inminente al que ha sido ajeno, causa a un daño otro: no incurre en responsabilidad si el perjuicio ocasionado es incomparablemente inferior al evitado y no habido otro medio para impedir este último. Lo característico de ello es que impone una solución que de no tomarse en cuenta traerá como consecuencia la producción de un daño; ello implica una hipótesis de peligro o riesgo, que se toma de distintas maneras: a) en función del tiempo, b) por su naturaleza, o c) en razón de su intensidad (López & Daniel, 2010).

No todos pueden alegar esta causal de exclusión de antijuricidad, pues el que lo alega debe demostrar que la lesión que ocasionó era necesaria, pues de no hacerlo se hubiera producido un daño mayor si en caso no dañaba el bien ajeno.

El derecho faculta a quien encontrándose en estado de necesidad respecto de su persona o de sus bienes, debido a una situación excepcional y casual, por circunstancias extremas o graves peligros, a utilizar bienes ajenos, aun cuando estos puedan ser dañados, con el fin de conjurar un peligro actual e inminente sobre los bienes propios, siempre que haya una notoria diferencia entre el bien sacrificado (el ajeno) y el bien salvado (el propio), con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados (Torres, 2002, p. 953).

En síntesis, el estado de necesidad debe tener en cuenta: a) La existencia de un peligro concreto, actual e inminente; b) Justificar que no pudo rebatir el peligro concreto, actual e inminente sino lesionaba un bien ajeno y c) la no evitación del daño.

1.4.3. EL DAÑO

El Diccionario de la Real Academia Española, señala que etimológicamente “daño” proviene del latín *damnum*, que significa “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”. Lo que a nuestro entender significa afectación a una persona, sobre todo en su patrimonio pecuniario.

Torres (2012) afirma que el daño “es la lesión a un derecho subjetivo o interés de la víctima del incumplimiento del deber” (p. 1316). Del mismo modo Taboada (2015) define el daño como toda “lesión a un interés jurídicamente protegido, bien se trate de un derecho patrimonial o extrapatrimonial” (p. 72).

Como vemos ambos autores coinciden que del daño es la lesión a un interés jurídicamente protegido; sin embargo, Espinoza (2011) señala que el daño no solo debe verse como la lesión a interés protegido, ello no es preciso; el daño incide en los efectos (negativos) que deriven de la lesión del interés protegido. Es así que, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión están vinculados entre sí, pero siguen siendo autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza. Es por ello que de un daño patrimonial se obtienen consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa.

Por tanto, no se debe limitar la definición del daño a la lesión del interés jurídicamente protegido, sino que se debe tener en cuenta dos aspectos, el interés lesionado y las consecuencias que derivan de la lesión pues sólo así se determinarán con precisión qué daños deben ser resarcidos, pues de una lesión patrimonial pueden resultar lesiones no patrimoniales y viceversa.

Con respecto al daño como lesión a un interés, Campos (2012) afirma:

No toda lesión de un interés será susceptible de tutela resarcitoria. Entonces, ¿Cuál es o cuales son los criterios para seleccionar que intereses ingresan dentro del ámbito de protección de la responsabilidad civil?

La respuesta a esta pregunta configura lo que nosotros denominaremos, en adelante, “el juicio de resarcibilidad”, el cual busca identificar los criterios para la selección de tutela resarcitoria de los intereses conculcados por el daño. Así se debe apreciar con claridad que el juicio de resarcibilidad es una análisis in abstracto y distinto de los denominados “análisis material y “análisis de imputación”, ya que en este nivel de análisis, es donde se enmarca la discusión respecto en qué casos, con todo y la existencia de la lesión de un interés constatable, este pueda o no ser protegido por la tutela resarcitoria” (p. 214).

Por otro lado, es preciso citar a Mendoza (2014), quien haciendo un análisis sobre el significado de daño, concluye que “el daño debe ser cierto y actual; en esta tesitura, quien sufre un daño podrá reclamar indemnización, el resarcimiento o la compensación al menoscabo padecido” (p. 20).

Tenera (2008) señala que desde la jurisprudencia y la doctrina se exige que el daño sea directo, cierto y legítimo:

Cuando hablamos del carácter 'directo' del daño, en realidad nos referimos al nexo de causalidad, otro elemento sine qua non de los regímenes de responsabilidad. [...]

Asimismo, el daño debe ser cierto, veraz, real. El juez debe estimar como evidente el actual o futuro empobrecimiento patrimonial o la actual o futura trasgresión de un derecho extrapatrimonial. La prueba del daño le corresponde a la víctima, so pena de que la acción de responsabilidad no prospere.

El daño se nos presenta como la lesión de un derecho patrimonial o extrapatrimonial legítimo. Se exige que el derecho vulnerado esté protegido por el ordenamiento (p. 102).

Ante lo señalado podemos deducir la existencia de condiciones para que el daño pueda ser reparado, Trazegnies (2001) señala que son cuatro las condiciones reparables del daño: el daño cierto, daño probado, la condición personal de la víctima y la condición personal del deudor. Beltrán (2016) afirma que el daño debe ser cierto, subsistente y debe afectar un interés legítimo; por otro lado, Bustamante (1997) enseña que para que el daño sea resarcible debe ser cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo del damnificado.

Como podemos apreciar los tres autores citados coinciden en que el daño debe ser cierto; sin embargo, solo Beltrán (2006) y Bustamante (1997) refieren que debe ser subsistente y afectar un interés legítimo, agregando éste último que el daño debe ser personal del reclamante. En ese sentido, recogiendo el criterio mayoritario, las condiciones reparables del daño son: cierto, subsistente, personal del reclamante y afectar un interés legítimo.

a.1. CONDICIONES DE REPARABLES DEL DAÑO

El daño para que sea factible de resarcimiento debe cumplir cuatro condiciones, los cuales deberán ser analizados por el juez a la hora de determinar el monto indemnizatorio.

a.1. DAÑO CIERTO

Esta condición niega el resarcimiento de la simple posibilidad de la ocurrencia de un perjuicio, pues considera que el daño debe ser actual o futuro pero cierto. El maestro Bustamante (1997) afirma:

El daño cierto puede ser actual y determinado en su momento, como si el acto tuviese por consecuencia la destrucción o deterioro de una cosa. Puede también ser futuro y determinable, y la certidumbre consiste en tal caso en la necesidad de la consecuencia ulterior del acto ilícito o en la prolongación inevitable del daño actual. Como si la lesión en una pierna hiciese necesaria la amputación de la misma y la posterior colocación de una prótesis (p. 171).

Por tanto, “el daño, cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a indemnización, tiene que materializarse en daño” (Trazegnies, 2001, p. 17).

a.2. SUBSISTENTE

Esta condición supone que el daño por el cual se está solicitando indemnización no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo. Es decir, “el daño no debe haber desaparecido en el momento que debe ser resarcido; si así fuera, se imponen algunas previas distinciones, para establecer si corresponde o no que el autor del acto ilícito deba asumir la reparación” (Bustamante, 1997, p. 171).

Las causas por las cuales el daño no subsiste según Rodríguez (2007):

Si el responsable indemnizó el daño, la obligación de reparar se ha extinguido; b) si el propio damnificado costeó la reparación, el daño subsiste en la medida del desembolso; e) si un tercero reparó el daño, el mismo se subroga en los derechos del damnificado, debiendo el responsable pagarle al acreedor subrogado (p. 135).

a.3. PERSONAL

El daño debe ser personal es decir debe ser sufrido por la persona que solicita el resarcimiento, “nadie puede pretender ser indemnizado de un daño sufrido por otro aunque derive éste del mismo acto ilícito que perjudicó a aquel” (Bustamante, 1997, p. 173).

El daño se concibe como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado), por ende, la víctima no necesariamente es "el sujeto" que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado (Beltrán, 2016).

Es ese sentido, el daño puede ser directo e indirecto, Bustamante (1997) señala con respecto a ello:

Es directo el que se produce cuando el acto lesivo recae sobre la persona o bienes del damnificado, que es a la vez víctima del hecho, y es indirecto cuando el acto ataca a los bienes o la persona de la víctima y se refleja en el patrimonio de otro que resulta ser damnificado” (p. 173).

a.4. AFECTACIÓN DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

Con respecto a esta condición, afectación de un interés legítimo Bustamante (1997) afirma:

La lesión a un interés cualquiera no es suficiente para legitimar el daño resarcible. Ese interés debe ser tutelado por la ley; no basta un interés “de hecho”, debe ser un interés “jurídico”. Desde ya que la lesión de un interés contrario a la ley o ilegítimo no merece protección (p.174).

No cualquier lesión trae como consecuencia su resarcimiento, éste - bien jurídico dañado - debe ser tutelado por el derecho; siendo ello así, un narcotraficante no podría reclamarle a su cómplice el pago de su ganancia por un robo que cometieron.

b. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO

Debemos tener en cuenta que el daño- perjuicio para los franceses- “significa la lesión sufrida, que es considerada: un hecho bruto que se aprecia en el sustrato u objeto sobre el

cual recae esta lesión (de los bienes, de los cuerpos, de los sentimientos)” (Le Torneu, 2003, p. 59). El mismo autor distingue entre daño patrimonial y extrapatrimonial.

b.1. DAÑO PATRIMONIAL

Se entiende por daño patrimonial aquellas lesiones que se ocasionan a los derechos patrimoniales, “consisten en el menoscabo del patrimonio y son susceptibles de apreciación pecuniaria, tienen un equivalente en dinero” (Torres, 2002, p. 967).

Si bien el daño patrimonial son lesiones a derechos patrimoniales, es preciso señalar que derechos se engloban dentro del término, así Ternera (2008) afirma:

Se debe reconocer como perjuicio patrimonial reparable cualquier lesión, presente o futura, de un derecho patrimonial -real o personal- que se tenga sobre un bien material -v.gr. inmueble o mueble- o inmaterial -v.gr. la prestación, obras literarias, artísticas, científicas, marcas, patentes, etc. (p. 105).

- DAÑO EMERGENTE

Se entiende por daño emergente “la pérdida patrimonial efectivamente sufrida” (Taboada, 2015, p. 73) o empobrecimiento del patrimonio, esto es, la pérdida, detrimento o menoscabo patrimonial (Torres, 2002, p. 966). En el mismo sentido definen al daño emergente Espinoza (2011) y Beltrán (2016).

- LUCRO CESANTE

El lucro cesante “se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” (Espinoza, 2011, p. 189). En el mismo sentido definen al lucro cesante Taboada (2015), Torres (2002) y Beltrán (2016).

b.2. DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

Se refiere al daño producido a la parte interna del individuo, lo cual afecta sus sentimientos, integridad física y psicológica, proyecto de vida, etc. Espinoza (2011) refiere que el daño extrapatrimonial: “es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” (p. 189). Por su parte Koteich (2012) refiere:

El daño extrapatrimonial a la persona, cuyo reconocimiento como fuente de responsabilidad civil es un tema que si bien siempre ha ocupado a la ciencia jurídica, cobra hoy una inusitada vigencia en virtud del interés creciente por la protección de los derechos fundamentales del hombre (integridad psicofísica, honra, buen nombre, intimidad, ente otros), y que ha trazado ese nuevo andar de la responsabilidad civil hacia una más completa tutela (resarcitoria) de la persona humana (pp. 18-19).

Torres (2002) establece una definición del daño en función a su valor económico, señalando:

(...) No tienen equivalencia económica. Pero como no se puede dejar sin reparación un daño extrapatrimonial, se recurre al dinero como un medio imperfecto, no de indemnización por la imposibilidad de justipreciar el daño sino de compensación del daño, pues producirá una cierta satisfacción en la víctima y constituirá una sanción económica para el agresor, además que servirá como un medio disuasivo de la comisión de hechos dañosos (p. 966).

En ese sentido, queda claro que el daño extrapatrimonial es inapreciable en dinero y que el monto indemnizatorio que se calcula no es más que una compensación que recibe la víctima por la lesión ocasionada. Los daños extrapatrimoniales son:

- DAÑO MORAL

La fórmula legal que regula el daño moral, es el artículo 1984 del Código Civil, el cual dispone: “El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo

producido a la víctima o a su familia”. La norma citada, no da luces de lo que se entiende por daño moral, por ello debemos recurrir a la doctrina para definirla.

Es así que, Taboada (2015) afirma que el daño moral es la “lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma” (p. 75).

Para Osterling (2010), teniendo en cuenta el criterio no económico, el daño moral es:

Cuando el acto ilícito no comporta necesariamente por sí ningún menoscabo para el patrimonio, en su contenido actual o en sus posibilidades futuras, pero hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas (p. 6).

Leysser (2016) advierte que el daño moral es aquel que afecta la esfera interna del individuo o que lesiona sus bienes vitales, entendiéndose por estos todos los que conciernen a su personalidad jurídica (los derechos de la personalidad), antes que a sus posesiones o titularidades materiales o a sus expectativas económicas.

En síntesis, de lo dicho por estos autores, el daño moral es la lesión a los bienes vitales de la persona (derechos personalísimos) que trae como consecuencia sufrimiento en la esfera interna del individuo (sentimientos).

Sin embargo, se debe tener en cuenta que cuando hablamos del sufrimiento a la esfera interna del individuo o lesión a los sentimiento debe considerarse que se tratará de un “sentimiento considerado socialmente digno y legítimo, es decir, aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y, por ende, considerado digno de la tutela legal” (Taboada, 2015, p. 76).

Por otro lado, es importante analizar el lado resarcible del daño moral, pues al ser considerado como un daño extrapatrimonial es ajeno a toda apreciación económica; es decir, no puede ser justipreciado; sin embargo, con la finalidad de brindar satisfacción a la víctima se ha recurrido a un sistema “imperfecto”, el dinero, para compensarla por la lesión a sus sentimientos. “La reparación no tiene por objeto establecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima” (Osterling, 2010, pp. 17-18).

El daño moral debe ser considerado como una categoría capaz de comprender, con vistas a la fijación de un resarcimiento, lo siguiente:

- a) El daño moral puro o en sentido estricto (en Italia se le denomina daño moral “subjetivo”) que consiste en el padecimiento anímico y temporal subsiguiente al evento dañoso y b) El daño moral en sentido amplio que consiste en la violación de derechos de la personalidad (Leysser, 2016, p. 64).

- DAÑO A LA PERSONA

El artículo 1985 del Código Civil hace referencia al daño a la persona estableciendo lo siguiente: “La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido”. La norma citada no hace alusión al contenido o significado del daño a la persona, sino hace una mención de su existencia, por ello recurriremos a la doctrina y a la jurisprudencia a fin de determinar que se entiende por daño a la persona.

El daño a la persona, por la doctrina ha sido muy discutida en cuanto a su denominación, Espinoza (2005) siguiendo la posición del maestro Carlos Cárdenas, señala que “el termino

más adecuado para referirse a este tipo de daño es el de “daño subjetivo”, por cuanto también lo pueden sufrir el concebido y las organizaciones de personas no inscritas, los cuales, técnicamente, no son personas” (p. 191). Más allá de la denominación, que amplía el alcance de lo que para nuestro ordenamiento jurídico significa persona, es importante determinar el contenido de este tipo de daño, pues considero que hablar de daño a la persona no excluye al concebido o a las organizaciones no inscritas, ya que por interpretación y análisis podemos determinar que los mencionados también son susceptibles de ser resarcidos por este tipo de daño, por lo que es aceptable llamar daño a la persona o daño subjetivo, indistintamente. De la misma manera opina Fernández (s/f) señalando: “es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o la persona por nacer” (p. 23).

Por otro lado, es preciso señalar que el maestro Carlos Fernández Sessarego, es quien desarrolló e introdujo la noción de daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestro Código Civil de 1984, por ello recurriremos a desarrollar su planteamiento:

El autor enseña que el daño a la persona engloba dos categorías de daños, las cuales se sustentan en la realidad si se tiene en cuenta la estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir, el ser humano. El ser humano es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad entonces solo cabe dañar su unidad psicosomática o la libertad; en ese sentido las dos categorías de daños son: daño psicosomático [daño al soma y psique con reciprocas repercusiones] y daño al proyecto de vida [daño a la libertad fenoménica]. “En resumen el daño a la persona es cualquier daño que lesione al ser humano ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su proyecto de vida o libertad fenoménica, sin exclusión. Se trata, como se aprecia, de una noción amplia, genérica, comprensiva” (Fernández, s/f, p. 25).

Coincidiendo con Fernández, otros autores han definido el daño a la persona tomando en cuenta al ser humano como el principio y fin del que hacer jurídico, Morales (2007) afirma:

El daño a la persona, es una figura que se perfila, como consecuencia de una corriente jus filosófica humanista que revalorizando al ser humano, lo coloca como el principio y fin del quehacer jurídico. Protege los derechos fundamentales de las personas, cuantos estos son vulnerados, proponiendo a una justa compensación” (p. 68).

Taboada (2015) señala que “entender el significado de daño a la persona es establecer que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado” (p. 81).

Las definiciones citadas establecen que el daño a la persona nace de una corriente que tiene al ser humano como eje central, determinando que son dos aspectos que engloba este concepto, daño psicosomático y el daño al proyecto de vida.

Sin embargo, es preciso señalar algunos cuestionamientos que la doctrina ha realizado respecta al daño moral y el |daño a la persona.

En primer lugar, un sector de la doctrina señala que “si bien el daño moral y el daño a la persona son idénticos en cuanto a su contenido extra patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie” (Espinoza, 2011, p. 257). Coincide Morales (2007) afirmando que el daño a la persona [...], se convierte en el género y el daño moral en especie.

Como lo hemos señalado Fernández (s/f) establece que el daño a la persona reúne dos categorías: daño psicosomático (soma y psique) y daño al proyecto de vida; en ese sentido, el autor señala:

Debe incluirse la restringida noción de "daño moral" dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de "daño a la persona" en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta. Y es que el "daño moral" no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico (p. 27)

En segundo lugar, frente a la posición señalada, Leysser (2016) afirma: “el “daño a la persona” se revela como una categoría inútil, atendiendo a que repite, duplica, redundante en una tutela que ya tenía reconocimiento mediante el daño moral” (p. 67). Recordemos, como se definió en el acápite del daño moral del presente trabajo, el autor enseña que el daño moral debe ser considerado en sentido estricto, padecimiento anímico y temporal y en sentido amplio, la violación de derechos de la personalidad, de ahí en que concluye que fue inútil la incorporación del daño a la persona en el Código Civil de 1984.

En síntesis, como señala Espinoza (2011) al preguntarse:

¿Podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla “en el daño moral”? la respuesta, necesariamente es afirmativa; pero que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

La voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el artículo 1985 del CC., también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos [...].

No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la “voz de daño a la persona” [...] (p.260).

Agrega el mismo autor que el modelo jurídico establecido en el código civil, en el cual se diferencia el “daño a la persona” del “daño moral” circula desde hace más de veintiocho

años en nuestros operadores jurídicos y guste o no, ha calado también en ellos. “Ello revela que no es un problema el nombre que se le dé al daño no patrimonial, sino que los operadores jurídicos internalicen el derecho brindarle una tutela efectiva” (Espinoza, 2011, p. 260).

1.4.4. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Se desprende del contenido del artículo 1969 del CC, señalando: “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo” (sistema subjetivo) y del art. 1970 cuyo texto señala: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de un actividad riesgosa o peligrosa” (sistema objetivo).

Dicho de otra manera, existen dos factores de atribución, objetivo (riesgo) y subjetivo (la culpa); en ese sentido, cabe preguntarnos ¿qué es el factor de atribución?, éste elemento de la responsabilidad civil es el fundamento por el cual el sujeto que ocasionó el daño debe responder, en otras palabras “porque el sujeto “x” deber ser considerado responsable y por ende indemnizar asumiendo el costo económico del daño” (Beltrán, 2016, p.89).

a. FACTOR DE ATRIBUCIÓN SUBJETIVO: LA CULPA Y EL DOLO.

La culpa, factor de atribución subjetivo está regulada en el artículo 1969 del Código Civil señalando: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.

Se desprende de este artículo dos criterios básicos de cómo se puede entender a la culpa, los cuales son señalados por Taboada (2015):

En sentido amplio, comprende tanto la negligencia o imprudencia como el dolo, es decir, el ánimo deliberado de causar daño a la víctima.

Existen presunciones de culpabilidad basada en la inversión de la carga de la prueba [...] Ello favorece a la víctimas, por cuanto se les libera de la tarea de demostrar la culpabilidad del autor, pues el mismo se presume culpable (Taboada, pp. 113-114).

Dicho lo anterior, es preciso señalar como es que la doctrina ha definido a la culpa:

Si recurrimos a pasajes de la historia de la responsabilidad civil, veremos que ésta es concebida bajo el principio “no hay responsabilidad sin culpa”⁵, constituyéndose, la culpa, como uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual, “entendida como “estado anímico” que, con relación a un daño concreto, puede apreciarse de reprochable” (Espinoza, 2011, p. 100).

La culpa, en la experiencia italiana, ha sido entendida desde una concepción subjetiva y objetiva [culpa abstracta y culpa concreta], “en su acepción subjetiva como impericia, negligencia, desatención, etc.; y en su acepción objetiva, como violación de leyes o reglamentos” (Alpa, 2006, p. 323). Esta distinción no hacía más que poner en debate “si el juez debe tener en cuenta o no las características subjetivas del autor del daño (condiciones físicas, psíquicas y sociales)” (Alpa, 2006, p. 335). Prevalece la concepción objetiva de la culpa, culpa abstracta.

Por otro lado, la experiencia francesa, entiende por culpa a la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos; es decir, deja de lado la concepción psicológica y moralista de la culpa para abordar un concepto que no se limite a la transgresión de una norma o de un deber jurídico, sino que sea el fiel reflejo de la conciencia social (Espinoza, 2011).

⁵. Esta concepción de culpa obedece a un contexto social que respondía a las exigencias de la sociedad agrícola.

Ahora bien, siguiendo con el análisis de las concepciones de la culpa, la experiencia inglesa señala que la culpa se basa en criterios de conducta del hombre promedio; es decir “lo principal es que el estándar para evaluar la conducta del agente es objetivo y corresponde al reasonable man” (Alpa, 2006, p. 336). La doctrina estadounidense sigue el mismo criterio.

Por tanto, se evidencia que se ha dejado de lado la concepción subjetiva de la culpa, basada en criterios psicológicos y moralistas para pasar a una concepción objetiva, como violación de leyes, reglamentos o un deber jurídico, no obstante ello, debe ser entendido como el fiel reflejo de la conciencia social.

Por otro lado, Leysser (2016) señala que “el procedimiento para deducir la culpa es comparar el concreto desempeño del deudor en el caso concreto con el desenvolvimiento ideal y típico que habría tenido alguien “ordinariamente diligente”. Este deudor “ordinariamente diligente” es un parámetro de conducta” (p. 107).

De igual modo, Torres (2002) define a la culpa como un comportamiento que está fuera del estándar de conducta debida que delimita entre las acciones que cumplen con la exigencia legal y las que hacen responsables a sus autores de los daños causados” (p. 950). Pero a qué hacemos referencia cuando hablamos de un “estándar de conducta”, ello no hace más que remitirnos a la teoría que establecieron los ingleses y los estadounidenses basada en el criterio de reasonable man, es decir se determina si existe culpabilidad si el autor del daño no actuó como el hombre común o promedio lo haría.

b. FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVO: EL RIESGO CREADO

El riesgo, factor de atribución objetivo se encuentra regulada en el artículo 1970 del Código Civil señalando: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

Encuentra su fundamento en la sociedad industrial pues los avances tecnológicos, procesos productivos y de locomoción creados para mejorar la calidad de vida de las personas, son los que mayor daño pueden ocasionar a terceros. En ese sentido, la sociedad tolera el uso de esos bienes o el ejercicio de esas actividades porque se generan beneficios que llegan a ser mayores que los agravios que pueden ocasionar; desde esa perspectiva, quien se beneficia con los bienes o el ejercicio de una actividad debe responder por los daños que se generen de ellos, por lo que se estará obligado a reparar el daño como consecuencia del riesgo o peligro que se ha creado.

El riesgo creado supone la realización de un daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa, donde el autor del daño no necesariamente es culpable sino se le responsabiliza por el riesgo (adicional) que creó por ejercer determinada actividad o utilizar determinado bien; es decir el factor de atribución, culpa, se ausenta de modo tal que la culpa no sea intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la calidad del bien o actividad como riesgosa (Taboada, 2015).

“El riesgo implica un costo asumido por la sociedad a efectos de obtener un beneficio mayor para la misma, siendo una “salida racional” que adopta para proveerse de “bienes

indispensables para su desarrollo económico y social” (Beltrán, 2016, p. 93). “En la responsabilidad objetiva no se tiene en cuenta el dolo o la culpa del actor: su factor determinante radica en el daño causado a la víctima” (Suarez, 2010, p. 152).

1.4.5. NEXO CAUSAL O RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A simple entender, el nexo causal o relación de causalidad obedece a una relación de causa y efecto entre la conducta [hecho lesivo] y el daño producido a la víctima, “es decir, que pueda predicarse que el hecho es la causa fuente (eficiente) del daño” (Torres, 2012, p. 1316).

En ese sentido, “se entiende (...) que debe existir una relación (...) de antecedente – consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima” (Taboada, 2015, p. 97); del mismo modo, se debe entender que la causa y efecto que se ha mencionado no puede agotarse en una relación de tipo naturalista, sino se debe conducir y resolver, en los términos de un juicio idóneo a expresar la carga de los valores ínsita en la afirmación de responsabilidad (Espinoza, 2011).

Espinoza (2011) señala que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia:

Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.

Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir (p. 141).

El autor, diferencia a la causalidad en una de hecho fáctico y otra jurídica que no es más que decir la conducta que ocasionó el daño y las consecuencias que el actor del daño deberá asumir [resarcimiento del daño].

Por otro lado, es preciso señalar que no solo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual sino también en el ámbito de la responsabilidad contractual se debe verificar este requisito, “la diferencia reside en que mientras en el ámbito extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa” (Taboada, 2015, p. 98). Ahora bien, resulta importante definir algunos conceptos que engloban a este elemento de la responsabilidad civil:

a. CAUSA ADECUADA:

Desde el análisis económico del derecho “se considera causalidad adecuada aquel supuesto en el cual se da una condición en la actividad que tiene como consecuencia normal y de esperarse, determinado tipo de daño” (Bullard, 2010, p. 709).

Para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que se den dos factores: factor in concreto y factor in abstracto:

a.1. FACTOR IN CONCRETO

Significa que “en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor” (Taboada, 2015, p. 99).

a.2. FACTOR IN ABSTRACTO

“La conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuado para producir el daño” (Taboada, 2015, p.99).

El cumplimiento de estos dos factores son requisitos *sine qua non* para que estemos frente a la Teoría de la causalidad adecuada, que en términos de Espinoza (2011) “para esta teoría no es causa cada condición del evento, sino solo la condición adecuada, idónea para determinarlo” (p. 151). Ante ello cabe preguntarnos qué se entiende por condición adecuada o idónea, es aquella que resulta de un juicio de probabilidad que se hace de la conducta del agente para determinar si ésta fue idónea; es decir, se hace sobre la base de lo que pudo haber hecho un hombre mentalmente normal. Por tanto, no se consideran, “causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera disconforme del curso normal de las cosas” (Espinoza, 2011, p. 151).

En síntesis, “no basta con establecer si una conducta ha causado fácticamente un daño sino también será necesario determinar si esa conducta abstractamente considerada es capaz de producir el daño de acuerdo al curso normal y ordinario de los acontecimientos” (Taboada, 2015, p. 100).

b. FRACTURAS CAUSALES:

Los supuestos de rupturas o fracturas del nexo causal se encuentran reguladas en el artículo 1972 del Código Civil: “En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la

reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”.

Este elemento de la responsabilidad civil se configura cuando existe un conflicto entre dos conductas que supuestamente realizaron el daño; sin embargo, del análisis se determina que solo una de dichas conductas trajo como consecuencia que se produzca el daño.

La ruptura del nexo causal “es aquel supuesto que genera un “quiebre” del nexo existente entre el “inicialmente” considerado como hecho determinante del daño y el daño ocasionado” (Beltrán, 2016, p. 94).

Dicho en otras palabras, Taboada (2015) dando una explicación de cuando se configura la ruptura del nexo causal señala:

En todo supuesto de fractura causal, una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarla justamente por haber sido la misma consecuencia de otra conducta. Y es por ello que la conducta que no ha llegado a causar el daño se le denomina causa inicial, mientras que a la conducta que si llego a causar el daño se le denomina causa ajena (p. 101).

En ese sentido, la determinación de que el daño se produjo por una causa ajena libera al “supuesto” autor del daño de responsabilidad, configurándose la ruptura del nexo causal; es decir, es una causa no imputable. “Cuando se habla de “causas no imputables” se hace referencia a eventos que por no estar ligados causalmente (materialmente) con el imputado no comportan para éste la asunción de ninguna obligación de resarcimiento frente al damnificado” (Leysser, 2016, p. 95).

En consecuencia, siguiendo la posición de Taboada (2015), las fractura causales se configuran siempre que el autor de una determinada conducta logre acreditar que no ha

sido él quien causó el daño que se le atribuyó, por ser el daño consecuente de otra causa, ya se trate de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la víctima.

c. CONCAUSA

La concausa esta regulada en el artículo 1973 del Código Civil: “Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias”.

En ese sentido, la concausa se basa en que el daño es consecuencia de la conducta del autor, pero con la participación de la víctima; es decir, se ha verificado un “supuesto de “alteralidad parcial”, donde serán compartidos los efectos de la indemnización por el sujeto responsable y la víctima” (Beltrán, 2016, p. 95).

La víctima queriéndolo o no colabora o contribuye con su conducta a la realización del daño, por lo general es un acto de imprudencia de la víctima. “Lo único relevante es que la víctima concurre con la conducta del autor a la realización del daño” (Taboada, 2015, p. 108), es decir no toma en cuenta el grado de culpabilidad de la víctima.

Por tanto, la concausa siempre se determina en función de la participación que tuvo la víctima en la realización del daño cuyo efecto tal como lo establece el artículo 1973, no es la liberación de la responsabilidad del autor sino la reducción de la indemnización.

d. PLURALIDAD DE CAUSAS

El supuesto de pluralidad de causas se encuentra regulado en el artículo 1983 del Código Civil: “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente [...]”. Tal como lo

establece el artículo precedente, el daño es producto de una conducta realizada por varios sujetos; es decir, las conductas concurren para producir el acto lesivo.

El efecto jurídico que establece la norma es que son solidariamente responsables, “pero en las relaciones internas entre ellos, el monto indemnizatorio se distribuye o asume en función al distinto grado de participación de cada uno de ellos en la conducta y en la producción del daño” (Taboada, 2015, p. 110).

1.5. RESARCIMIENTO

1.5.1. INDEMNIZACIÓN O RESARCIMIENTO: DISTINCIÓN

Como lo veníamos advirtiendo, nuestro código civil no es uniforme al definir si la consecuencia de cometer un daño se debe denominar resarcimiento o indemnización; puesto que, utiliza indistintamente estas terminologías, tal como se evidencia en el artículo 1969 y 1970. Ello, ha ocasionado que se consideren como sinónimos, pues es utilizado, sin distinción, por los operadores jurídicos.

En ese sentido, es preciso señalar que resarcir e indemnizar constituye conceptos diferentes y a efecto de determinar en donde radica esa diferenciación, haremos un análisis de los conceptos. Beltrán (2010) afirma:

El resarcimiento es la compensación que debe asumir un sujeto, quien se encuentra en una situación jurídica subjetiva de desventaja, tras haber ocasionado una consecuencia dañosa siempre que se haya demostrado la existencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, mientras que la indemnización se refiere a la compensación, de fuente legal, que se impone por la contingencia atendida por el ordenamiento (p. 385).

La principal diferenciación que se hace a estos dos conceptos nace del sistema de responsabilidad civil y la configuración legal; es decir, el resarcimiento supone una compensación producto de la producción de un daño, mientras que la indemnización supone una compensación de carácter legal que debe soportar una persona porque así lo ha establecido la ley y su finalidad es restablecer una situación desfavorable.

En el caso del primer supuesto tenemos los casos de responsabilidad civil contractual y extracontractual, y en el segundo supuesto, indemnizaciones justipreciadas por expropiación, despido arbitrario, separación de hecho, etc.

1.5.2. DESPLAZAMIENTO DEL PESO ECONÓMICO: RESARCIMIENTO

La producción de un daño — aunado al análisis de los elementos de la responsabilidad civil — genera su resarcimiento. Puesto que, “si se produce la pérdida o imposibilidad de actuación de los derechos, entonces solo queda la compensación económica como mecanismos para protegerlos, aun cuando sea de forma indirecta” (Zimmermann, 2012, pp. 27-28). Esa compensación es lo que nosotros llamamos resarcir entendido como:

Desplazar el peso económico del daño: liberar de éste a la víctima y colocárselo a otra persona (el culpable, el causante, el empleador, el dueño del animal, el asegurador, etc.). Sin embargo, no es posible desplazar el peso económico del daño sufrido por la víctima y colocarlo sobre otra persona si no existe alguna buena razón para que ésta otra lo soporte (Trazegnies, 2001, p. 47).

Y ésta buena razón se da después de configurarse los elementos de la responsabilidad civil: antijuricidad, causalidad, factor de atribución y el daño, como requisito indispensable.

Por otro lado, es preciso tener en cuenta que dependiendo del daño es que se entenderá como debe ser entendido el resarcimiento, puesto no es igual resarcir un daño patrimonial o

extrapatrimonial. Desde esa perspectiva, Bustamante (1997) señala que es necesario entender:

Reparar un daño no es siempre rehacer lo que se ha destruido, lo cual es casi imposible; es dar a la víctima la posibilidad de curarse satisfacciones equivalentes a las que ella a perdido. El dinero no representa en la reparación de los daños morales la misma función que en los daños materiales. En estos cumple una función de equivalencia entre el daño y la relación; y aquellos, en cambio, la función no es de equivalencia sino de compensación o satisfacción a quien ha sido injustamente herido en sus sentimiento o afecciones (pp. 242-243).

De la misma manera opina, Carhuatocto (2010) cuando afirma:

En los casos que no se pueda restituir el bien, o efectuarse un pago in natura o especie, como en el caso del daño a la integridad física de la persona o daño moral, se puede establecer una asignación económica que simbólicamente represente el valor del daño sufrido (p. 24).

Dicho lo anterior, ahora haremos un análisis del resarcimiento según la Teoría del análisis económico del derecho. El sistema de responsabilidad puede tener como fin compensar a las víctimas; sin embargo, “esta compensación solo tiene socialmente sentido si aquél llamado a compensar está en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño” (Bullard, 2010, p. 741).

Esto según ésta teoría se logra a través de dos supuestos: la difusión social del costo del daño; es decir, responde por el daño quien este en mejor condición para trasladar el costo al resto de la sociedad, esto se logra a través del sistema de seguros y de precios. Y el segundo supuesto se logra a través de la búsqueda de un sujeto cuya solvencia económica le permita soportar el daño con menor sacrificio, *deep pocket* (bolsillo profundo).

1.6. SOBRE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1.6.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

El derecho a la libertad de expresión e información se encuentra altamente protegido en distintos instrumentos internacionales. Así tenemos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada en diciembre de 1948) que establece en su Art. 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.

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señala en el 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.

En el sistema interamericano tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, aprobado en 1969, el cual establece en su artículo 13:

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 [...].

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 [...].

Como podemos observar estos instrumentos internacionales proclaman el reconocimiento de la libertad de opinión y expresión, aludiendo que la libertad de expresión implica el no ser molestado por causa de opiniones, además comprende la libertad de investigar, buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole; asimismo, se establece que el derecho en mención no puede estar sujeto a censura previa, sin embargo, existe responsabilidad ulterior, la cual debe estar señalada expresamente en la ley, y ésta mención debe asegurar sobre todo el respeto de otros derechos, como el derecho a la intimidad.

1.6.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, ALCANCES Y CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN.

Nuestro Estado peruano consagra en el inc. 4 del artículo 2 de la Constitución Política, el derecho de la persona:

A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...].

Son cuatro derechos que explícitamente reconoce nuestra constitución y que al parecer de Morales (1995) se encuentran estrechamente vinculadas y constituyen especie de un mismo género, pues:

Mientras la libertad de información es la facultad de la persona de transmitir conocimientos y de obtenerlos; la de opinión, implica la evaluación que realiza la persona de dicha información; la de expresión, es la posibilidad de la persona de emitir su opinión, de hacerla pública; la de difusión, es la posibilidad de emitir su opinión dándole mayor alcance cuantitativo que la anterior (p. 66).

Teniendo en cuenta el concepto de cada uno de los derechos considerados fundamentales, se puede colegir que “son fases en el desarrollo de un proceso que comienza con la información, luego la elaboración intelectual para formar una opinión, y, posteriormente, la expresión y difusión de dicha opinión” (Morales, 1995, pp. 66-67).

Ahora bien, siendo el derecho a la libertad de información y expresión el tema que nos atañe, es preciso mencionar que la libertad de expresión y la libertad de información tienen un contenido identificable y diferenciable, aunque existen posiciones doctrinarias que tienden a unificarlas bajo un concepto unitario, libertad comunicativa.

Eguiguren (2004) tratando acerca de los alcances y contenido de la libertad de expresión e información señala:

A lo largo de su desarrollo, [...] se ha ido produciendo la evolución del concepto original y la ampliación de los alcances tradicionales de su contenido. Así, originalmente se entendía como propio de las libertades de opinión y expresión el derecho a emitir, comunicar o difundir las ideas, pensamientos o convicciones de cualquier índole. El desarrollo posterior de la imprenta y los medios de comunicación social permitieron ir configurando la noción de la libertad de prensa, como garantías para ejercer este derecho a través de medios escritos, sonoros o audiovisuales de carácter masivo. Más recientemente hemos arribado al concepto -mucho más amplio e integral- del derecho a la información, que involucra no sólo a quienes emiten o difunden opiniones e informaciones, sino también a los que las reciben y también a quienes las procuran (p. 12).

Concluye el mismo autor, que las libertades de expresión e información suponen actualmente el reconocimiento de un derecho a la información y a la comunicación.

Por otro lado, Montoya (2014) señala que “los derechos a la expresión e información son dos derechos diferentes, pero que comparten una misma raíz y un mismo sustento ideológico” (p. 178).

En ese sentido, los derechos estudiados presentan similitudes aunque tengan tratamiento distinto a nivel constitucional; y, como señala Montoya (2014) habrá casos en donde se evidencia la existencia de una mixtura entre los derechos. Es por eso que el autor desarrolla cuatro posibilidades de combinación existente entre el derecho de expresión e información:

Expresión pura

Conocida como pure opinions, está referida a aquel discurso en el que sólo se vierte un juicio de valor, sin exponer hecho alguno que lo sustente (no se está ocultando en sí una exposición de sucesos ni se reproducen opiniones de terceros). Se encuentra protegida exclusivamente por el derecho a la expresión. [...]

Expresión unida a información

Conocida también como mixed opinions. En ésta es distinguible el hecho y la opinión y existirá un examen respecto a cada uno de ellos: respecto al primero se requerirá su veracidad; con relación a la segunda, su congruencia. [...]

Información bajo la forma de expresión

A veces un discurso es presentado como expresión pero en realidad se encuentra encerrando una información. Por ello, esta supuesta opinión estará sujeta al requisito de veracidad. [...]

Información pura

Ésta se presenta cuando el discurso solamente se encuentra referido a la transcripción de noticias o hechos, sin presentarse punto de vista alguno [...] (pp. 186-188).

Para efecto de este trabajo consideraremos que el derecho a la libertad de expresión e información tiene una misma raíz y sustento ideológico pero contenidos diferentes, es decir, compartimos la posición de Montoya (2014).

El ámbito de protección de la libertad de expresión “está conformado por un bien iusfundamental consistente en la acción libre de exteriorización o comunicación de pensamientos (ideas) y opiniones. Como correlato de esta libertad, se configura una prohibición de intervención frente al estado como frente a los particulares” (Mendoza, 2007, p. 113).

Y la libertad de información, tal como lo define Chanamé (2011) consiste en el derecho que tenemos de dar y recibir informaciones y comunicaciones de cualquier tipo, dentro de la ley y sin previa autorización ni censura, es decir, garantiza un complejo de libertades, que, conforme se establece en el artículo 13° de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir información de toda índole verazmente.

Con respecto a este tema, el Tribunal Constitucional ha señalado en el fundamento 8 y 9 del Expediente N° 0905-2001-AA/TC que aun cuando históricamente la libertad de información haya surgido en el seno de la libertad de expresión, y a veces sea difícil diferenciar la una de la otra, el referido inciso 4) del artículo 2.° de la Constitución las ha reconocido de manera independiente, esto es, como dos derechos distintos y, por tanto, cada uno con un objeto de protección distinto. Así, mientras que con la libertad de expresión se garantiza la difusión del pensamiento, la opinión o los juicios de valor que cualquier persona pueda emitir, la libertad de información garantiza el acceso, la búsqueda y la difusión de hechos noticiosos o, en otros términos, la información veraz.

1.7. MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVOS

Es indudable que “los derechos a la información, opinión y libertad de expresión, están ligados a los medios de comunicación masiva” (Morales, 1995, pp. 74- 75).

Su existencia – medios de comunicación- ha generado toda una revolución para el mundo, pues así lo señala Salas (2016) cuando afirma que esta revolución:

Empieza cuando el mensaje es capaz de replicarse masivamente, propiciando un mayor y mejor alcance del público receptor. Esta “revolución” se encuentra relacionada con la invención de equipos y/o maquinarias capaces de llevar a cabo esta tarea de réplica veloz y efectiva. De esta forma, es posible identificar hasta tres hitos importantes en nuestra historia respecto a esta nueva dimensión de los medios de comunicación: El primero, la invención de la imprenta, el segundo, la aparición de medios audiovisuales como la radio y la TV; y finalmente, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (p. 6).

Es decir, la existencia de los medios de comunicación ha causado que la información se propague masivamente, constituyéndose en un medio de transmisión de información que sin la tecnología no sería posible que la información se difunda velozmente. Hullman (citado por Almanza, 2011) señala “Los medios de comunicación de masas lo son porque llegan a públicos masivos, sin que haya interacción directa con ellos. Entre el medio y los públicos está, lo que llama, la tecnología del medio. El medio no puede llegar al espectador sin esa tecnología” (p. 4).

Para Domínguez (2012) “Los medios de comunicación masiva (“mass media”), son aquellos que se envían por un emisor y se reciben de manera idéntica por varios grupos de receptores, teniendo así una gran audiencia; el mundo los conoce y reconoce como la televisión, la radio, el periódico, entre otros” (p. 12).

D´ Adamo, O; Garcia, V. & Freidenberg, F. (2007) señalan:

Los mass media son vehículos a través de los cuales se construyen cogniciones socialmente compartidas y formas de interpretar la realidad. Transmiten y crean imágenes, ideas, información y acontecimientos que forman parte de los sistemas políticos, sociales y culturales. Alimentan el flujo de la opinión pública, crean tendencias en ella, la proveen cotidianamente de objetos de atención y pensamiento, así como de relaciones y explicación relativas a ellos. Los medios de comunicación no solo comunican sino generan corrientes de opinión y formas de interpretar los sucesos (p. XI).

1.7.1. CLASIFICACIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Amado (2003) clasifica a los medios de comunicación en gráficos, audiográficos, audiovisuales y otros. Dentro de los primeros se encuentran los: diarios y revistas, de los segundos: la radio am y radio fm, dentro de los terceros: televisión abierta, televisión paga, internet, cine y dentro del cuarto: la vía pública y agencias de noticias.

Según Domínguez (2012) los medios de comunicación masivos son tan variados, en ese sentido, 1972, el profesor de la Universidad Libre de Berlín, Harry Pross, clasificó los medios masivos en primarios, secundarios, terciarios y cuaternarios.

Se entiende por medios primarios o también llamados propios, aquéllos que no necesitan de la tecnología para su comunicación, la cual a su vez es asincrónica, se les considera medios de comunicación masivos porque superan los siete integrantes dejando de ser un grupo para ser considerado una masa, así que un profesor dando un clase, puede ser considerado un comunicador en masa dependiendo del número de alumnos.

Los medios de comunicación secundarios utilizan la tecnología para la emitir el mensaje. Los receptores del mensaje no necesitan de ninguna técnica (tecnología) para recibir el mensaje, quiere decir que cuando las personas caminan por las calles no necesitan de un

dispositivo especial ver o escuchar los anuncios producidos. Ejemplo: periódicos, revistas, gacetas, folletos, espectaculares, entre otros.

Por su parte los medios de comunicación terciarios requieren del uso de la tecnologías tanto del emisor de contenidos como del receptor de los mismos, es decir, para recibir el mensaje se necesita de un aparato, cuando las personas quieren ver televisión deben tener uno que transmita los programas. Ejemplo: televisión, radio, telégrafo, teléfono, música.

Y los medios de comunicación cuaternario o también llamados medios digitales son el producto del avance tecnológico. Permiten que los individuos se comuniquen de manera bilateral y masiva al mismo tiempo, acortan distancias entre individuos y utilizan lo último de la tecnología para facilitar la comunicación con una alta calidad de emisión y recepción de los mensajes, lo cual resulta de menor calidad con medios incluidos en otras clasificaciones. Ejemplo de medios cuaternarios: internet, celulares, televisión satelital, televisión HD, entre otros.

1.7.2. ALGUNOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MASIVOS

“Los medios a través de los cuales puede comunicarse un pensamiento o una opinión puede ser cualesquiera [...] prensa escrita, la radio, televisión, hasta la plataforma de internet” (Mendoza, 2007, p. 114).

a. LA RADIO

La radio o servicio de radiodifusión⁶ sonora, tal como lo denomina el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones -Decreto Supremo N° 013-93-TCC, es un servicio cuya autorización para su prestación es brindada por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, pues se considera que el espectro electromagnético es un recurso natural limitado que forma parte del patrimonio de la nación, por lo que corresponde al Estado, representado por su Ministerio tal facultad [artículo 11 y 14 de la Ley de Radio y Televisión – Ley N° 28278].

La Ley de Radio y Televisión – Ley N° 28278 – no precisa una definición del significado de radiodifusión sonora comúnmente llamada radio, la Ley de Telecomunicaciones tampoco lo señala sino hace alusión al significado de radiodifusión entendiéndolo de una manera general para definir que este servicio puede ser sonoro o de televisión; en razón a ello, es que recurriremos a otras fuentes de información.

Así, la Real Academia Española entiende a “la radio como radiodifusión y define este término como la transmisión pública de programas sonoros a través de las ondas hercianas”.

Es importante señalar que, la Ley de Telecomunicaciones, y específicamente la Ley de Radio y Televisión y su reglamento, establecen las condiciones para la prestación del

⁶. Según el Plan Nacional de Atribución de Frecuencias considera al servicio de radiodifusión un servicio de radiocomunicación cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público general. Dicho servicio abarca emisiones sonoras, de televisión y otros géneros.

servicio; así como, la gestión y el control del espacio radioeléctrico atribuido al servicio, con pleno respeto a la dignidad de las personas y sus derechos.

b. TELEVISIÓN

Televisión es definida por la Real Academia como un “sistema de transmisión de imágenes a distancia, que en la emisora se transforman en ondas electromagnéticas y se recuperan en el aparato receptor”.

Este es el medio de comunicación masivo más utilizado por la sociedad que combina la reproducción de imágenes, voz y movimiento. En la actualidad ha alcanzado un gran desarrollo tecnológico.

En el Perú, según el artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones -Decreto Supremo N° 013-93-TCC- considera a la televisión como un servicio de radiodifusión, entendiendo a éste servicio como uno de telecomunicación en los que la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción.

La ley de Telecomunicaciones, en cuanto a los servicios de radiodifusión, sea sonora o televisión de señal abierta, se complementa con la Ley de Radio y Televisión – Ley N° 28278 – la cual define los lineamientos para la prestación de este servicio, el cual deberá respetar la dignidad de las personas y sus derechos.

Por otro lado, es importante señalar que el artículo 5 de la Ley de Radio y Difusión contempla el servicio de radiodifusión digital, el cual fue introducido a raíz de la aprobación del Decreto Supremo N° 027-2010-MTC, normativa que aprueba el Plan maestro para la implementación de la televisión digital terrestre en el Perú.

La televisión digital terrestre es un servicio de radiodifusión por televisión que es prestado utilizando la tecnología digital [Artículo 3 del Decreto Supremo N° 027-2010-MTC].

Por otro lado, el Ministerio de Transporte y Comunicaciones señala que el servicio de televisión digital terrestre es:

Una tecnología de transmisión y recepción de imagen, sonido y datos que codifican digitalmente la señal de televisión, convirtiéndola en una serie de ceros y unos, los cuales son transmitidos a través del espectro radioeléctrico, permitiendo transmitir varias señales a la vez, con imágenes que tengan mayor nitidez y mejor sonido y que, además, puedan ser recibidos por teléfonos celulares o por receptores de televisión en vehículos en movimiento.

Por su fácil interconexión con computadoras personales, portátiles y, por consiguiente, con Internet, así como por lo red de telefonía móvil el televidente puede interactuar con las televisoras, respondiendo encuestas en vivo y en directo, emitir opiniones e intervenir en programas de entretenimiento, diversión y educación.

c. PRENSA

Bajo esta denominación haremos referencia al medio de comunicación masivo que se difunde a través de periódicos, revistas, etc.; es decir, medio de comunicación escrito, que se difunde a través de un papel.

Este medio de comunicación es uno de los más antiguos y ha servido como un medio eficaz para compartir la noticia, incluso antes de la existencia de la televisión, radio y el internet.

El principal referente de la prensa escrita es el periódico y es entendido como “un medio de comunicación que tiene como objetivo informar acerca de los acontecimientos de relevancia y trascendencia, con noticias del ámbito local, nacional e internacional; además, orienta y determina ideas, actitudes y comportamientos individuales, grupales, y de clase social” (Domínguez, 2012, p. 24).

d. EL INTERNET

El internet es un medio de comunicación masiva que actualmente se ha expandido a nivel mundial, es tal su importancia que se considera un medio indispensable que en primer término facilita la comunicación, difusión y búsqueda de información.

Según la Real Academia Española, “internet es una red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación”.

Esta definición establece como una herramienta para la conexión el internet y la computadora; sin embargo, en la actualidad podemos observar que nos podemos conectar a internet desde cualquier aparato, ya sea un celular, tablet, televisores, etc.

Por otro lado, es innegable que, actualmente mediante el uso del internet se han creado plataformas digitales que se han convertido en réplicas de otros medios de comunicación, como la radio, el televisor o la prensa. Ahora, es posible que mediante un aparato que tenga acceso a internet entrar a páginas webs de radios y escuchar música, o de empresas televisoras y ver programas de televisión en vivo, o en su defecto encontrar periódicos digitales.

Con respecto a la legislación, es preciso señalar que “Los lineamientos de Política de Apertura al Mercado de Telecomunicaciones en el Perú” aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC, señala como una de las principales metas del sector, el incrementar sustancialmente el acceso a Internet en el Perú, en razón a ello, en el 2001, se promulgó el

Decreto Supremo N° 066-2001-PCM que aprueba los “Lineamientos de Políticas Generales para promover la masificación del acceso a Internet en el Perú”.

1.8. SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1.8.1. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la vida privada encuentra su reconocimiento en el artículo 12° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (de 1948), el cual establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

En el sistema interamericano, este derecho se reconoce en el artículo V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el cual se dispone que “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”.

Por su parte, en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) se establece:

“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

De la misma manera, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), protege el derecho a la vida privada haciendo una

descripción similar al artículo 17 del Pacto internaciones de los Derechos Civiles y Políticos, señalando: “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.

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Estos instrumentos internacionales proclaman el reconocimiento del derecho a la vida privada, aludiendo que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias, abusivas e ilegales, y en caso de darse una clara vulneración de este derecho, el Estado debe garantizar la protección de la personas que han sido afectadas por injerencias o ataques que han afectado su derecho a la vida privada.

1.8.2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL, ALCANCES Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

La persona humana, reconocida como fin supremo del Estado, encuentra en la Constitución de cada Estado, su protección, la cual se evidencia en cada uno de los derechos que se le reconoce explícita e implícitamente; es ahí, en el inciso 7 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, donde se consagra el derecho a la intimidad – personal y familiar – como un derecho fundamental - subjetivo que protege el ámbito reservado que toda persona guarda para sí.

En ese sentido, la intimidad es el “derecho que le permite al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de

la autoridad o terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad” (p. 114); es decir, es un “derecho de exclusión de las injerencias de terceros en el espacio de la vida privada o familiar de las personas. Se trata de una reserva frente al acceso público y de atribución de cada persona de una zona excluyente en la que puede desarrollarse libremente” (Carrasco, 2012, p. 99).

Hay que mencionar, además, que este derecho encuentra su vinculación con el derecho a la vida privada; es así que, Eguiguren (2014) define al derecho a la intimidad o a la vida privada de manera conjunta, señalando:

Derecho a la intimidad o a la vida privada involucra al conjunto de actos, situaciones o circunstancias que, por su carácter personalísimo, no se encuentran normalmente expuestos al dominio público. Protege tanto la intimidad de la persona como la de su familia, y comprende la libertad del individuo para conducirse en determinados espacios y tiempo, libre de perturbaciones ocasionadas por terceros, así como la facultad de defenderse de la divulgación de hechos privados (p. 209).

El concepto formulado por este autor engloba varios aspectos del derecho fundamental estudiado, como el no dominio público de aspectos que constituyen vida privado o íntima.

Con respecto a ello, el mismo autor, establece algunos aspectos involucrados en este derecho:

De modo que si bien no existe dentro de nuestro derecho positivo una delimitación precisa, uniforme o exhaustiva del conjunto de aspectos involucrados o incluidos dentro del contenido del derecho a la intimidad y a la vida privada, se acepta ampliamente que comprenda aspectos vinculados con la sexualidad, incluyendo la vida conyugal, la procreación; las relaciones sentimentales, las relaciones paternofiliales y familiares; la salud y enfermedades, la muerte; los recuerdos personales, los hechos traumáticos, las preferencias y hábitos privados; las aficiones y temores (p. 88).

Ahora bien, definido el derecho estudiado, es importante hacer algunas precisiones conceptuales a fin de tener claro cuándo es que hablamos de intimidad y/o vida privada.

Montoya (2014) señala que el derecho a la “intimidad” aparece con un significado bastante restringido, pues considera que la intimidad es más un supuesto de hecho y el derecho a la vida privada es lo que debería protegerse:

Con respecto a la intimidad personal o familiar, más que una situación errada es incompleta. El derecho que debería protegerse es el de la vida privada. La intimidad (en la que se incluye a la persona en soledad y en convivencia, véase en esto último a la familia) más que constituir un derecho constitucionalmente protegido es un supuesto de hecho, parte de la vida privada, que nos lleva hacia una actividad negativa, de no injerencia hacia el ámbito personal (p. 317).

De la misma manera, hace una crítica acerca de la regulación que establece nuestra Constitución señalando que la fórmula que nos hace sobre este derecho – intimidad- es confusa, por ello a través de un análisis crítico al planteamiento constitucional determina que la intimidad es un supuesto que debe proteger el derecho a la vida privada y se constituye como el aspecto negativo “no interferencia” del ámbito personal. Asimismo, señala que el derecho a la vida privada tiene un ámbito negativo que se subdivide en intimidad y en no- divulgación de datos personales, y un ámbito positivo que se subdivide en autonomía y autodeterminación informativa.

Ello, nos lleva a decir que el derecho fundamental que se protege es el derecho a la vida privada, lo que para algunos autores constituye el derecho a la intimidad; es decir, unifican estos conceptos; sin embargo, es preciso recalcar que la intimidad constituye el ámbito negativo del derecho a la vida privada.

Siguiendo esta línea, Morales (1995) señala la vida privada es el “Derecho que le permite al ser humano tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de la autoridad o terceras personas, así como la

divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad” (p. 114).

Por tanto, consideramos que el derecho a la intimidad resulta ser un supuesto de hecho del derecho a la vida privada, o en su defecto un elemento que se encuentra dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada, de la misma manera opina nuestro Tribunal Constitucional en el Exp. N° 06712-2005-HC/TC -Caso Magaly Medina- señalando que la vida privada es un derecho fundamental en primordial relación con la intimidad. El derecho a la intimidad tiene una protección superlativa dado que es un elemento fundamental de la persona; la vida privada, engloba al derecho a la intimidad y también incluye un ámbito que sí admite algunas intervenciones que habrán de ser consideradas como legítimas.

1.9. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

1.9.1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL DERECHO A LA IMAGEN Y VOZ

Eguiguren (2004) señala que el derecho a la propia imagen y voz “protege la disposición de la persona de su figura corporal y fisonomía o de su voz, ante la posibilidad de verse afectadas mediante la captación o difusión no autorizadas de fotografías, videos, grabaciones o filmaciones” (p. 89). Este derecho tiene un carácter doble, puesto que existe una faceta de imagen que se protege en la forma de derecho a la intimidad, y otra que se tutela del modo patrimonial, y que puede decirse que es el derecho de publicidad que tienen y hacen uso los personajes públicos, y cuyo contenido es el uso comercial o lucrativo de la imagen de estas personas (Carrasco, 2012).

Si bien es cierto, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen y voz tienen un contenido y tratamiento distintos, existen casos en que el derecho a la propia imagen y voz se va a manifestar bajo la faceta de vida privada – derecho a la intimidad- es decir, existen situaciones donde concurren la violación de los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, debido al ejercicio de la libertad de información de los medios de comunicación. Un claro ejemplo lo constituye el Expediente N° Exp. N° 06712-2005-HC/TC -Caso Magaly Medina- debido a que en el programa televisivo Magaly TV se transmitió un vídeo editado que contenía imágenes que mostraban situaciones íntimas de doña Mónica Adaro Rueda, evidenciándose una clara afectación de derecho a la intimidad, en su faceta de imagen, de la señora Mónica Adaro.

1.9.2. EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN

El derecho a la intimidad protege ese espacio reservado que toda persona guarda para sí y garantiza la no injerencia de terceros; en ese sentido, la intimidad debe ser protegida independientemente de la verdad o falsedad de la información, de allí que se desprende que la *exceptio veritatis* no excluye la antijuricidad de la conducta lesiva de la intimidad (Zavala, 2011). Es decir, “a diferencia de la difamación en sentido estricto, la intimidad está protegida incluso frente a la verdad, es decir la divulgación de hechos ciertos es ilícita” (Carrasco, 2012, p. 100).

Por tanto, vulnerado el derecho a la intimidad por la difusión de información no se considerará como una causa de justificación que la información sea verdadera; puesto que, este derecho es protegido independientemente de la verdad o falsedad de la información, es

decir, sólo basta que se establezca una clara intromisión o injerencia a la intimidad de la persona, sacando a la luz pública hechos que la persona reserva para sí para que se configure el perjuicio al bien jurídico, intimidad.

1.9.3. DERECHO A LA INTIMIDAD DE PERSONAJES PÚBLICOS Y NOTORIOS

Existen un constante debate ente los alcances del derecho a la intimidad según se trate de personas “comunes” o personas públicas; puesto que, se considera que esas situaciones, hechos, actos, hábitos que se consideran como reservados o que la persona guarda para sí pueden ser legítimamente divulgados sin el consentimiento de la persona, por razones de interés para la colectividad o la sociedad.

El artículo 15 del Código Civil establece que no es necesario el asentimiento cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de las persona, *a pari*, no se justificará la intromisión en la vida privada (intimidad) de las personas si éstas no son notorias.

De la misma manera, como señala el segundo párrafo del mismo artículo “No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden”, *a pari*, no rigen estas excepciones cuando la intromisión en la vida privada de las personas atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona.

Morales (1995) se pronuncia sobre este asunto, señalando:

Habrán circunstancias en que la vida privada de las personas por la naturaleza de los hechos, por la calidad de la persona misma y su trascendencia en la sociedad, y por la importancia que dichos hechos tienen coyunturalmente, puedan ser objeto de información al público, de tal forma que los márgenes de la vida privada disminuirán. Sin embargo, debe tenerse presente que dichos hechos deben ser de interés público en general como parte de la noticia, sin el cual no sería comprensible el acontecimiento. Debe distinguirse de aquellas intromisiones que buscan solamente exaltar la curiosidad, muchas veces morbosa, de las personas, sin que realmente dichos aspectos de la privacidad tengan importancia para la comprensión de la noticia (pp. 161-162).

Si bien es cierto existe la posibilidad de reducir el ámbito de la intimidad de estos personajes bajo el criterio de un interés público prevaleciente, es importante que los medios de comunicación al difundir la información lo hagan con responsabilidad, de tal manera que la información no se convierta en escandalosa o morbosa; es decir, no se caiga en el criollismo o periodismo amarillo. “La tutela de la intimidad de personajes notorios, incluidos los funcionarios públicos, transita por un delgado filo de navaja, pues no pueden ser convertidos en res pública [...], a raíz de una curiosidad circense que algunos órganos de comunicación fomenta y explota” (Zavala, 2011, p. 577).

Bajo este criterio existen aspectos de la vida privada de un sujeto que adquieren trascendencia social, cuando su comportamiento implica su integridad moral o idoneidad para desempeñar funciones que se consideran de interés público; en ese sentido:

Es lícita la revelación de detalles íntimos o sobre la personalidad de un político, si evidencian inmoralidad, corrupción o ineficiencia, incompatibles con un sano desempeño del cargo que ejerce o pretende; entre otros aspectos, existe razonable interés en conocer la situación de un político en el plano personal para votar a su favor o en contra (Zavala, 2011, p. 571).

Morales (1995) distingue entre varias clases de personajes públicos, dividiéndolos en tres grupos bien definidos:

En el primer grupo, están aquellas personas cuya presencia dentro de la sociedad es gravitante; son personajes que determinan y marcan la historia de una sociedad (personas

que participan de la vida política, económica y social del país) y cuyo ámbito de su vida íntima se ve reducido.

El segundo grupo, está integrado por personas que tienen gran popularidad es decir su presencia convoca multitudes, como los deportistas y artistas; estos personajes están en contacto permanente con los medios de comunicación y obteniendo beneficios de su imagen. También el ámbito de su vida privada se reduce, pero no en la misma proporción que los personajes del primer grupo.

Y el tercer grupo, está integrado por personas que sin alcanzar las dimensiones públicas que los anteriores desempeñan funciones con trascendencia pública, por ejemplo el funcionario público, el profesional en el ejercicio de su funciones, empresarios, etc. Estas personas no hacen uso de la publicidad, y en muchas ocasiones huyen de ella, pero es evidente que efectúan funciones que repercuten en la sociedad.

Además, señala que no se considera “dentro de este grupo a las personas que en virtud de algún acontecimiento adquieren notoriedad, se colocan “en primer plano en la noticia”, porque en buena cuenta no son personajes públicos, sino que en función al acontecimiento adquieren notoriedad circunstancia” (Morales, 1995, p. 164).

CAPITULO II

CAPITULO II: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. SOBRE LA PERSONA JURÍDICA: CONCEPTO

La institución jurídica, persona jurídica, es una categoría jurídica que se le atribuye al colectivo de personas que por su autonomía de voluntad deciden reunirse y constituir un ente distinto a ellos.

El maestro Torres (2002) señala que “las personas jurídicas pueden consistir en una colectividad de personas reunidas para perseguir un objetivo común, colectividad que el ordenamiento considera de modo unitario y distinta de los singulares componentes” (p. 102).

Medina (2014) realiza una definición de persona jurídica haciendo una comparación de esta institución con el cuerpo humano:

Una persona jurídica es una institución jurídica más, conformada por varios individuos humanos que cumplen funciones de diversa naturaleza para obtener un propósito establecido; ni más ni menos como el cuerpo humano que tiene distintos órganos, cada uno con una función propia, pero que contribuyen para que pueda operar como un todo (p. 546).

Las definiciones expuestas definen a la persona jurídica en función de sus miembros – personas naturales – quienes se unen por un propósito u objetivo común. Además, se considera que esta colectividad es distinta a las personas que la integren, es “un organismo colectivo de la sociedad humana, con identidad y acción propia, independiente de los sujetos que la conforman (Medina, 2014, p. 546) y es el Estado quien le da esta categoría,

“la persona es un concepto de creación jurídica y propio del derecho” (Valencia, 2011, p. 356).

La persona jurídica como un ente distinto al de sus miembros es considerado como sujeto de derecho; es decir, un ente de imputación de derechos y deberes, el cual “adquiere personalidad o capacidad propia” (Bustos & Rodríguez, 2012, p. 120). Dado el status de sujeto de derecho, la persona jurídica tiene capacidad jurídica o de goce. La discusión se centra en si esta colectividad tiene capacidad de obrar o de ejercicio. Existen posiciones que niegan esa posibilidad, pues señalan que dado que la persona jurídica no actúa sino por medio de representantes entonces no tiene capacidad de obrar. A pesar de esta posición es innegable que la persona jurídica como:

Sujeto de derecho, debido a su particular naturaleza, manifiesta su voluntad de la única forma que le es posible: por medio de un representante o de sus dependientes. Sin embargo, esto en nada determina incapacidad [...]. La idea de incapacidad se encuentra en la superposición arbitraria de categorías jurídicas y no en la esencia del sujeto en cuestión. En este entendido, así como no podemos negar la existencia real de la persona jurídica, tampoco podemos negar su capacidad de obrar (Pazos, 2005, p. 108).

Espinoza (2013) opina igual que Pazos y agrega un aspecto a tener en cuenta para concluir que la persona jurídica tiene capacidad ejercicio señalando “Un criterio que confirma que la persona jurídica tiene capacidad de ejercicio (momento dinámico) per se, es el que la misma es responsable en caso que sus representantes, órganos o dependientes ocasionan daños en el ejercicio (o en ocasión) de sus funciones” (p. 583).

2.2. TEORÍAS DE LA PERSONA JURÍDICA

2.2.1. TEORÍA DE LA FICCIÓN

Esta teoría fue propuesta por el maestro Savigny, quien postulaba y reconocía a la persona jurídica como un ente abstracto creado por los hombres.

En ese sentido, se entendía a la persona jurídica como una creación proveniente de la imaginación, Medina (2014) señala:

La persona jurídica no era otra cosa que un elemento emanado de la capacidad de imaginación de los humanos, innegablemente inserto en el medio social, que realizaba actuaciones con consecuencias similares a las de los demás sujetos de derecho, pero que, como no tiene naturaleza física, solo puede actuar a través de persona debidamente autorizadas (p.543).

Entonces si la persona jurídica es una ficción, esta calidad sólo puede ser obtenida por disposición del Estado. “Es el Estado el que determina las condiciones para su existencia y el que les confiere unos derechos y determina su capacidad” (Suarez, 2010, p. 41).

Esta teoría tiene altas críticas Suarez (2010) señala que la teoría de la ficción, que asemeja la persona jurídica a los incapaces, ha perdido relevancia en el derecho moderno por el vacío que deja en su subjetividad; no se presta para soluciones concretas de problemas jurídicos que suceden día tras día. Agrega que sobre todo los problemas se encuentran en los casos de responsabilidad contractual o extracontractual, e incluso los de materia penal.

2.2.2. TEORÍA SOBRE LA REALIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

La teoría de la realidad jurídica o también llamada organicista fue sostenida por Von Gierke, quien diferencia a la colectividad — persona jurídica— de los seres humanos; pues

considera que la persona jurídica es un ente real que obra mediante órganos configurándose una voluntad distinta a la de sus miembros.

La existencia de la persona jurídica se debe a que el Estado le ha otorgado esa calidad, “capacidad jurídica, que el sistema socio – político proporciona a quienes habilita como sujetos de derecho y su consecuencia inmediata, que es permitirles obtener ventajas del sistema [...], esto es, el patrimonio” (Medina, 2014, p. 545).

En ese sentido, la persona jurídica es un ente real como la persona natural, pues ha cumplido con las condiciones que el Estado impone, por ello le ha asignado esa ese status.

Los opositores de esta teoría “sostienen que la mal denominada persona jurídica carece de ser moral. No puede participar en los fenómenos sociales porque no es una criatura dotada de vida propia y por consiguiente no puede ser sujeto de derechos y obligaciones” (Suarez, 2010, p. 44).

2.2.3. TEORÍA DEL PATRIMONIO FIN

La teoría del patrimonio fin o de la afectación jurídica, “se funda en la idea de que pueden existir patrimonios sin titular, lo que equivale a decir que puede darse la propiedad colectiva sin que sea necesaria la propiedad individual. Se trata de una verdadera personificación y no de una ficción” (Suarez, 2010, p. 42).

En ese sentido se expresa Torres (2002) al manifestar que el “fenómeno de persona jurídica va implícito, no el concepto de personas, sino el de patrimonio destinado a un fin; de manera que [...] en vez de expresar un “sujeto sin persona física”, expresaría por el contrario, “un patrimonio sin sujeto”” (p. 103).

Por lo tanto, esta teoría distingue entre dos tipos de patrimonio, de la persona natural y de la colectividad (establecida en provecho de varias personas); agregan que, solo las personas naturales pueden ser sujetos de derechos y las organizaciones no. “imaginar por encima de ellos [persona naturales] un ser abstracto, una persona moral, es entregarse a una ilusión, perder de vista la realidad y lanzarse a la abstracción” (Suarez, 2010, p. 42); es decir, la persona moral existe en tanto las personas naturales se unen y forman un patrimonio que podrá ser afectado por la colectividad.

Esta teoría tiene sus críticos principalmente porque ha desnaturalizado la noción de asociación desconociendo que el patrimonio solo es un medio para conseguir un fin y no viceversa; además no toma en cuenta que la colectividad permanece a pesar de que sus miembros se retiren, mueran, etc.

2.2.4. TEORÍA DE LA VOLUNTAD

Esta teoría fue defendida por Fricker, Ernesto Ziterlman, Cristian Meurer y otros. “Pertenece al grupo de las teorías realistas, pero se diferencia de la teoría organicista en que en vez de considerar a la persona colectiva una realidad orgánica o biológica, la hace consistir en una especie de voluntad colectiva” (Suarez, 2010, p. 48).

Es decir, la persona jurídica existe en tanto la voluntad de sus miembros decide formarla, esta voluntad es una colectiva que se considera distinta a lo de sus miembros.

2.2.5. TEORÍA DE LA INSTITUCIÓN O DE LA ORGANIZACIÓN

Esta teoría fue propuesta por Maurice Hauriou, desarrollada por George Renard y Jean Carbonier; la cual postula:

La institución es una idea de obra o de empresa que se desarrolla y permanece en un medio social; se organiza bajo un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte sus miembros participan en la ejecución de un objetivo común a todos ellos (Suarez, 2010, p. 46).

Por su parte, Torres (2002) señala que “en el ser humano existe la tendencia natural a incorporar una idea en una organización a fin de asegurar la continuidad; así es como se fundan las instituciones [...]. En la persona jurídica el fin es el que confiere unidad al conjunto” (p. 103).

Esta teoría, tal como lo expresa Suarez (2010) no es muy defendible desde el punto de vista lógico pero ofrece buenos resultados prácticos y se ha mostrado adecuado a las necesidades actuales, agrega que esta tesis es bastante compatible con la ficción.

2.2.6. TEORÍA DE LA UNIDAD DE UN ORDEN JURÍDICO

Teoría postulada y definida por Hans Kelsen y niega la existencia de una diferencia entre las personas jurídicas y naturales, pues considera que “la persona es un conjunto de normas jurídicas que constituyen cierta unidad. En el supuesto de las personas individuales, las normas refieren a un solo hombre; en el caso de las personas colectivas, las normas coinciden sobre un grupo de hombre” (Torres, 2002, p. 103).

2.3. CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.3.1. PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PÚBLICO

En la formación de las personas jurídicas interviene el Estado; es decir, es por iniciativa del Estado que nacen estos entes con la finalidad de prestar un servicio público.

Suarez (2010) advierte que se ha venido concediendo el carácter de persona jurídica a la nación y a otras entidades del Estado, dotándolas de autonomía; sus relaciones [...] sometidas en su reglamentación y actividad jurídica del derecho público” (p. 210).

2.3.2. PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO

La persona jurídica de derecho privado de diferencia de la del derecho público por la no intervención del Estado sino obedece su existencia a la iniciativa privada; por lo que se someten a la normas establecidas por el derecho privado y su patrimonio está dotado de bienes privados.

La persona jurídica de derecho privado “nace por acuerdo de voluntades de las personas naturales o jurídicas de derecho privado [...]; tienen como objetivo primordial actividades de derecho público, aunque excepcionalmente pueden dedicarse a realizar objetivos relacionados con el derecho del Estado” (Suarez, 2010, p. 230). Entre este tipo de persona jurídica se encuentran: las personas jurídicas sin fines de lucro y con fines de lucro.

Las primeras se caracterizan por que sus miembros no pueden ser partícipes de los beneficios o excedentes que genere la entidad, el fin que se persigue es más social y no

lucrativo. La generación de un patrimonio sólo es para que el ente realice sus actividades más no para que sus miembros se beneficien. Entre ellas encontramos: la asociación, fundación, comités, etc.

Las segundas se caracterizan porque sus miembros la constituyen con el único fin de obtener beneficios económicos; es decir; “la persecución del lucro para distribuirlo entre sus asociados, socios o accionista” (Suarez, 2010, p. 233). Dentro de esta clase de personas jurídicas tenemos: las sociedades, la empresa individual de responsabilidad limitada, etc.

2.4. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LA PERSONA JURÍDICA

2.4.1. DERECHO COMPARADO

a. SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

El Código Civil Argentino de 1871 estableció en los artículos 42 y 43 la responsabilidad de las personas jurídicas. El artículo 42 estableció: “Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución de sus bienes”. Y el art. 43 señalaba que “No se puede ejercer contra las personas jurídicas, acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores, individualmente, hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”.

El artículo 43 del Código Civil Argentino de 1871, negaba de la manera más categórica la responsabilidad de las personas jurídicas por los hechos ilícitos de sus miembros o

administradores. Ello, generó muchos debates en el mundo jurídico argentino; es así que, en el año 1968, el texto del artículo 43 fue reformado por la Ley N° 17.711 señalando:

Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el Título De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.

Esta reforma logró introducir en el ordenamiento jurídico argentino, la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica por los daños ocasionados de quienes la dirijan o administren, agregando que también responderán por los daños causados por sus dependientes. Es decir estableció una responsabilidad directa e indirecta de la persona jurídica.

Con ello, se estableció una categoría jurídica que para antes de 1968, solo era parte de la discusión doctrinal, puesto que, este artículo tan cuestionado fue catalogado como un desacierto.

Después de la reforma del Código Civil se dieron múltiples modificaciones a su texto normativo, es así que, a principios de 2011, el decreto 191/2011 dispuso constituir la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, después de un trabajo arduo el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación.

Siendo la responsabilidad civil de las personas jurídicas lo que nos atañe, el artículo 1763 de la norma acotada señala: “La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones”.

Esta norma es idéntica a la redacción del artículo 43 del Código Civil – reformado en 1968–, es decir, no ha existido variación en el texto normativo.

El artículo 1763 del Código Civil y Comercial de la Nación guarda concordancia con el artículo 1753:

Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente.

La norma en análisis regula la responsabilidad por el hecho ajeno en el ámbito extracontractual; además, establece que la responsabilidad del principal es siempre objetiva, y prevé los supuestos que se deben tener en cuenta para que el principal responda por los daños causados por su dependiente.

Cabe precisar que el factor de atribución por el que responde la persona jurídica es objetiva.

b. SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

La responsabilidad de la persona jurídica se encuentra regulada en el artículo 1918 del Código Civil Federal, el cual señala: “Las personas morales son responsables de los daños y perjuicios que causen sus representantes legales en el ejercicio de sus funciones”. Este dispositivo legal establece una responsabilidad directa de las personas morales⁷ por los

7. El Título II del Código Civil Federal establece las disposiciones que las personas morales se rigen.

daños que ocasionen sus representantes legales⁸ cuando ejerzan sus funciones; es decir, serán responsables por los actos ilícitos que cometan en ejercicio de sus funciones legalmente establecidas en sus estatutos⁹ u otros documentos que la persona jurídica – o moral – ha reconocido.

c. SISTEMA JURÍDICO BOLIVIANO

En el Código Civil Boliviano aprobado por Decreto Ley N° 12760 de fecha 06 de agosto de 1975, el legislador ha establecido que las personas jurídicas son responsables por hechos lícitos, es así que el art. 57 se prescribe: “Las personas colectivas son responsables por el daño que sus representantes causen a terceros con un hecho ilícito, siempre que dichos representantes hayan actuado en tal calidad”.

El sistema jurídica boliviano reconoce a la persona jurídica como una persona colectiva, la cual será responsable civilmente por los daños que ocasionen sus representantes, agregando que serán responsables si actuaron con tal calidad; es decir, primero se tendrá que tener en cuenta si el supuesto representante goza de esa calidad para determinar la responsabilidad de la persona colectiva.

⁸. El artículo 27 del Código Civil Federal señala.- Las personas morales obran y se obligan por medio de los órganos que las representan sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas de sus escrituras constitutivas y de sus estatutos.

⁹. El artículo 28 del Código Civil Federal señala: “Las personas morales se registrarán por las leyes correspondientes, por su escritura constitutiva y por sus estatutos”.

d. SISTEMA JURÍDICO PARAGUAYO

En el Código Civil del Paraguay aprobado por la Ley N° 1183/85 encontramos dos artículos que establecen la responsabilidad de las personas jurídicas:

Artículo 98.- Las personas jurídicas responden del daño que los actos de sus órganos hayan causado a terceros, trátese de una acción u omisión y aunque sea delito, cuando los hechos han sido ejecutados en el ejercicio de sus funciones y en beneficio de la entidad. Dichos actos responsabilizan personalmente a sus autores con relación a las personas jurídicas. Responden también las personas jurídicas por los daños que causen sus dependientes o las cosas de que se sirven, conforme a las normas de este.

Artículo 99.- Los directores y administradores son responsables respecto a la persona jurídica conforme a las normas del mandato. Estarán exentos de responsabilidad aquéllos que no hayan participado en el acto que ha causado daño, salvo que habiendo tenido conocimiento de que iba a realizarse, no hayan hecho constar su disentimiento.

Esta norma prevé que el daño puede ser ocasionado tanto por acción, como por omisión.

No parece relevante el requisito que el daño causado en el ejercicio de las funciones del representante será “en beneficio de la entidad”, para que se configure la responsabilidad de la persona jurídica (Espinoza, 2013, p. 587).

Además de ello, las normas citadas establecen la responsabilidad personal de los administradores y directores con respecto a la persona jurídica, y regula algunos aspectos exigentes de responsabilidad de estos representantes.

2.4.2. DERECHO NACIONAL

¿Es responsable civil la persona jurídica según nuestro sistema jurídico peruano?

La persona jurídica — como lo venimos advirtiendo — es centro de imputación de deberes y derechos; es decir, es sujeto de derecho, poseedora de capacidad de goce y de ejercicio.

Es por ésta última que ésta puede realizar diversos actos que resultan ser ejecutados por las personas que lo integran.

Siguiendo ésta posición, la capacidad de ejercicio atribuye a la persona jurídica aptitud para dar vida a las diversas relaciones jurídicas que le afectan. A nuestro modo de ver, ello implica un poder del que es dotada ésta institución — persona jurídica— y cómo todo poder implicar una responsabilidad entonces la persona jurídica puede ser responsable civilmente por los daños que ésta ocasiona.

Con esto quiero decir que es en el reconocimiento de capacidad de ejercicio de la persona jurídica que encontramos la responsabilidad de ésta; a palabras de Espinoza (2013):

Un criterio que confirma que la persona jurídica tiene capacidad de ejercicio (momento dinámico) per se, es el que la misma es responsable en caso que sus representantes, órganos o dependientes ocasionan daños en el ejercicio (o en ocasión) de sus funciones (p. 583).

Esto nos lleva a la reflexión ¿cómo es que se manifiesta la capacidad de ejercicio en las personas jurídicas? Ello ha sido arduamente debatido por posiciones que niegan o afirman la capacidad de ejercicio de las personas jurídicas; es así que, existen posiciones como la que describe y critica Pazos (2005) que niegan esta posibilidad:

Dado que la persona jurídica no actúa sino por medio de representantes entonces no tiene capacidad de obrar. Esta idea, acorde con una posición que entiende a la persona jurídica como una abstracción, surge al considerar que la capacidad de obrar presupone un organismo físico. En este sentido, dada la diferencia entre la persona jurídica y los sujetos que la integran, la actuación de estos últimos no constituiría en ningún caso la actuación del ente ni siquiera en el caso en el que los referidos miembros actúen en conjunto. Así, se concluye que la capacidad de obrar no es propia de estos sujetos de derecho (p. 107).

Esta posición es un error, que “puede tener su base en la premisa, ya mentada, que establece que el sujeto de derecho llamado persona jurídica tiene, en estricto, la calidad de

persona” (Pazos, 2005, p. 107). Por ello, es importante entender — para no caer en este error— que la capacidad de ejercicio se manifiesta en la persona jurídica de manera distinta que la persona natural, pues “son dos sujetos de derecho radicalmente diferentes que, por supuesto, comparten el hecho de pertenecer a la misma categoría [...] la de sujetos de derecho [...]. En este entendido no podemos utilizar las mismas reglas para evaluar su capacidad de obrar [...]” (Pazos, 2005, p. 107).

Por tanto, la persona jurídica será responsable civilmente por los actos ilícitos que cometan sus representantes. Lo dicho, deriva de lo establecido en el artículo 1981 del Código Civil:

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

Como podemos observar, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule la responsabilidad civil de las personas jurídicas “una aproximación la encontramos a través de la interpretación extensiva del art. 1981 CC.: si el representante ocasiona un daño «en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo», responderá solidariamente con la persona jurídica” (Espinoza, 2013, pp. 586).

El que no haya una norma específica que regula la responsabilidad civil de la persona jurídica — como en otros sistemas jurídicos¹⁰— no es impedimento para que respondan por los daños que ocasionen. En ese sentido, Castillo (2006), principal opositor del anteproyecto del código civil en relación a las personas jurídicas señala:

¹⁰. Los sistemas jurídicos de Bolivia, Paraguay, Argentina y México

La aplicación de las normas generales de responsabilidad civil concordadas con las que regulan el tema de la representación en el Código vigente, logran, sin necesidad de una regulación específica, dar solución a los diferentes supuestos de responsabilidad que se pueden generar. Sin embargo, la Comisión ha considerado urgente y necesario introducir una normativa especial (p. 73).

Más allá de la discusión de introducir en el Código Civil una norma que explícitamente regule la responsabilidad de la personas jurídica, es preciso, hacer un análisis de cómo estamos — ahora —; para ello, es importante indagar en nuestro ordenamiento jurídico para hacer una interpretación sistemática y así determinar con exactitud que las personas jurídicas pueden ser pasibles de responsabilidad.

Si hablamos de normas generales sobre la responsabilidad civil encontramos el artículo 1981 del Código Civil — responsabilidad solidaria y responsabilidad directa:

Si la responsabilidad es extracontractual, aplicándose el art. 1981 cc, se generara (de manera solidaria) la responsabilidad directa del agente y al mismo tiempo, la responsabilidad (mal denominada “indirecta”) de las personas jurídica (que es directa; pero por hecho de tercero) (Espinoza, 2011, p. 555).

Con respecto a las normas que regulan la representación de la persona jurídica el artículo 93 que debe analizarse conforme el artículo 160, 161 y 162 del código civil. Además tenemos el artículo 12 de la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887, señala:

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

En conclusión, haciendo un análisis de las normas precitadas la persona jurídica puede ser pasible de responsabilidad por los hechos ilícitos que comentan sus representantes. Pero ¿a título de qué responde la persona jurídica? Esta pregunta nos lleva a desarrollar un elemento de la responsabilidad civil, factor de atribución.

Se discute en la doctrina sí el factor de atribución por el que responderían las personas jurídicas sería subjetivo u objetivo, Espinoza (2013) al hacer un análisis de esta discusión señala:

No cabe aplicar criterios de la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa), por cuanto no se puede encontrar en la persona jurídica, por su propia naturaleza, una voluntad (o negligencia o impericia) productora de daños, atribuible a esta. Mucho menos, como ya se advirtió, en una pretendida culpa in vigilando o in eligendo (p. 590).

Al negarse la responsabilidad subjetiva entonces queda concluir que la persona jurídica responderá bajo los criterios de la responsabilidad objetiva, pues se sostiene que “el factor de atribución es el riesgo creado por ellas a raíz de su actuación: quien genera riesgos con el desarrollo de su finalidad, debe equitativamente asumirlos” (Rivera, 1993, p. 283). Por su parte Espinoza (2013) señala:

La teoría del riesgo creado, radica en la afirmación de que debe asumir los costos de los daños ocasionados, quien se beneficia económicamente con la actividad que genera riesgos, individualizándose única y exclusivamente este status en el empresario o (si se quiere) en la empresa. Ante ello, se ha observado con razón, que no solamente el empresario se beneficia con la actividad (riesgosa) iniciadas: también lo hace el servidor y (añado) los mismos consumidores, proponiéndose una difusión social del riesgo (p. 588).

Concluye este autor afirmando que la responsabilidad de la persona jurídica está basada en el beneficio:

[...] entendida en el sentido que si los integrantes de la persona jurídica (lucrativa o no) obtienen ventajas a través de la actuación jurídicamente relevante de la misma, estos también deberán asumir los riesgos que ello conlleva. El criterio (adicional) del cheapest cost avoider debe ser aplicado para el caso de las personas jurídicas que se encuentran efectivamente en una posición que les permite evitar (o limitar) las consecuencias económicas de los daños producidos, ya que les resulta más fácil (o barato) asumir los costos de prevención (p. 590).

2.4.3. SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA JURÍDICA

Espinoza (2013) distingue cuatro supuesto de responsabilidad civil de las personas jurídicas (momento patológico):

1. La Responsabilidad ultra vires de la persona jurídica, vale decir, cuando realiza actos que exceden su objeto social.
2. La responsabilidad civil en exceso de las funciones del titular del órgano, representantes o dependiente.
3. La responsabilidad civil dentro del ejercicio de las funciones del titular del órgano, representante o dependiente.
4. La responsabilidad civil con ocasión de las funciones del titular del órgano, representante o dependiente (pp. 594 - 595).

Los dos primeros supuestos se refieren a la eficacia de los actos jurídicos y los dos últimos son propias de la responsabilidad civil.

a. LA RESPONSABILIDAD ULTRA VIRES DE LA PERSONA JURÍDICA, VALE DECIR, CUANDO REALIZA ACTOS QUE EXCEDEN SU OBJETO SOCIAL.

Este supuesto lo encontramos en el art. 12 de la Ley General de Sociedades, cuando establece:

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Es decir, la responsabilidad ultra vires de la persona jurídica se configura cuando de buena fe el representante haya contratado y tal acto comprometa a la sociedad, ésta responde, a pesar que los negocios u operaciones no estén comprendidos dentro de su objeto social.

Con respecto a personas jurídicas sin fines de lucro, Espinoza (2013) señala que “el código civil no regula la responsabilidad ultra vires de las personas jurídicas sin fines de lucro: a efecto de evitar discrepancias, es imperativo interpretar de la misma manera este supuesto de hecho” (p. 596).

b. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EXCESO DE LAS FUNCIONES DEL TITULAR DEL ÓRGANO, REPRESENTANTES O DEPENDIENTE

Según Espinoza (2013) este supuesto puede ser abordado desde el punto de vista de la responsabilidad civil y desde de la eficacia. Con respecto al primer aspecto, los sistemas jurídicos que resuelven este problema no son uniformes. La orientación actual de la jurisprudencia francesa (de cuyo *code civil* nace el modelo jurídico de responsabilidad civil del principal) es restrictiva, porque excluye la responsabilidad en caso de abuso y de interés personal del dependiente, pero la admite en caso en el cual este ha podido producir el daño con los medios suministrados por el principal y los terceros hubieran estado en grado de creer que éste actuaba en el ámbito de sus funciones.

Con respecto al segundo aspecto, el artículo 161 del Código Civil declara ineficaz el acto celebrado por el representante excediendo las funciones que le confirieron con respecto al representado. Este supuesto debe ser interpretado con el artículo 162, pues si el representado ratificó el acto entonces no se declara ineficaz el acto con respecto al representando.

c. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DENTRO DEL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DEL TITULAR DEL ÓRGANO, REPRESENTANTE O DEPENDIENTE

Espinoza (2013) señala que el artículo 1981 del Código Civil responsabiliza al principal por “el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”, sin ningún juicio de valor. Es decir, existe responsabilidad del principal frente al sujeto dañado, tanto por el buen como por el mal ejercicio del cargo que, dicho sea de paso, es frecuentemente en el mal ejercicio de las funciones (del titular del órgano, representante o dependiente) cuando se presentan los supuesto de la responsabilidad civil de los principales (en este caso, personas jurídicas).

d. LA RESPONSABILIDAD CIVIL CON OCASIÓN DE LAS FUNCIONES DEL TITULAR DEL ÓRGANO, REPRESENTANTE O DEPENDIENTE

Este tipo de responsabilidad se dio por primera vez en la reforma del Código Civil argentino; es así que, en el año 1968, el texto del artículo 43 fue reformado por la Ley N° 17.711 estableciendo este tipo de responsabilidad. Luego el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación de argentina que también lo estableció.

Espinoza (2013) señala que la jurisprudencia argentina, paulatinamente, ha ido delineando los contornos de la responsabilidad civil con ocasión de las funciones. La Cámara Nacional de Argentina, Sala G, con fecha 10.04.86, define este supuesto de hecho: “Dentro de la «ocasión» a la que alude el art. 43 del código civil solo quedan comprendidos aquellos actos ajenos o extraños de la función, pero únicamente pudieron ser llevados a cabo por el dependiente en tal calidad por mediar esas funciones”.

CAPITULO III

CAPITULO III: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD PERMITE UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS.

3.1. TRATAMIENTO LEGISLATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN EL DERECHO COMPARADO SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

3.1.1. SISTEMA JURÍDICO ARGENTINA

El tema en estudio ha ocasionado controversia a nivel jurisprudencial y doctrinal en varios países de Latinoamérica, en especial en Argentina, pues la preocupación por establecer un régimen jurídico que tutele a las víctimas [personas públicas y/o comunes] por la difusión de información, a través de medios de comunicación, que atenta contra su vida privada y sancione o promueva la desincentivación de estos actos, ha llevado a que se analice a profundidad el sistema de responsabilidad civil establecido en su ordenamiento jurídico, código civil.

Esto nos lleva de decir, en primer lugar, que tal como lo hemos desarrollado en el capítulo II, para el sistema jurídico argentino la persona jurídica si es pasible de responsabilidad civil, para ser más preciso se adoptó ello, desde el año 1968, en la reforma del artículo 43 que introdujo la Ley N° 17.711.

En segundo lugar, es importante conocer que todo medio de comunicación que se constituye en el Estado Argentino, debe seguir las disposiciones contenidas en la Ley

26.522, Ley de Servicios de Comunicación audiovisual, y en la Ley 27.078, Ley de la Tecnologías de la Información y Comunicaciones. Para las cuales el servicio de comunicaciones puede ser ejercida por sociedades privadas y/o públicas; es decir, se constituyen como personas jurídicas. Además, la primera ley en mención crea la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual, que entre sus principales funciones tiene garantizar el respeto a la Constitución Nacional, las leyes y Tratados Internacionales en los contenidos emitidos por los servicios de comunicación audiovisual, lo que incluye el respeto de los derechos personalísimos, como son el derecho a la intimidad, honor, imagen, etc.

Si bien, estos dispositivos legales regulan el inicio de un procedimiento administrativo para la aplicación de sanciones ante recursos y reclamos de los usuarios por incumplimiento a las disposiciones de las mencionadas leyes no exime al usuario que se ve afectado por una noticia que vulneró su derecho a la intimidad a interponer una demanda de responsabilidad civil.

La intromisión a la intimidad, vulnerando la tranquilidad espiritual y el derecho a no ser importunados, configura un agravio moral que debe ser indemnizado, sin que sea necesario un obrar doloso o culposo de los responsables de la publicación, pues se trata de supuestos de responsabilidad objetiva que trasciende la intención de dañar” (CVCiv, Sala A, 11/9/96, LL, 1997-F-70, con nota de Xanthos, el derecho a la intimidad de los personas públicos) (Zavala, 2011, p. 520).

La sentencia citada por Zavala (2011) denota la tendencia del sistema jurídico argentino de considerar la intromisión a la intimidad como un agravio moral, donde la culpa es omitida para dar paso a supuestos de responsabilidad objetiva.

El factor de atribución en los casos de responsabilidad civil de los medios de comunicación fue sujeto a un gran debate por la doctrina y jurisprudencia pues no siempre se consideró

que éstos respondan por el factor de atribución objetivo. Un ejemplo de ello, es el caso que cita Zannoni (1993):

Hacia mediados de 1986, La Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el trascendente pronunciamiento en la causa “Campillay, Julio C., C/ La Razón y otros”, se señaló, a propósito del fallo, que “en la esfera propia de los actos ilícitos de la responsabilidad derivada de la difusión de noticias inexactas solo puede tener fundamento en la culpabilidad (p. 49).

Este caso abrió el debate sobre qué factor de atribución deberían responder los medios de comunicación, lo que trajo consigo su discusión en las IV Jornadas San Juaninas de Derecho Civil (San Juan, agosto de 1989), en donde hubo conclusiones divergentes pues para unos, los medios de comunicación responden conforme al sistema de responsabilidad subjetivo (dolo y culpa), mientras que, para otros, sería, además, aplicable el sistema objetivo (actividad riesgosa de los medios). Para quienes entienden que el factor de atribución reside en el actuar culposo o doloso, cabría, también, en algunos casos, una responsabilidad objetiva de los medios fundada en el abuso del derecho (Zannoni, 1993).

La misma materia de debate se dio en Jornadas de Responsabilidad por Daños en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990), en dónde se agrega la aclaración de que se debe distinguir a la víctima, es decir, si es un personaje público o una persona común. En esta jornada se concluye “los medios deben ser responsables por la veracidad de la información que brinden, asumiendo los riesgos de las posibles inexactitudes por la actividad que realizan” (Millalipe, 2016, p. 153).

Como vemos la responsabilidad civil de los medios de comunicación es altamente debatida sobre todo en cuanto al factor de atribución aplicable, no obstante, es preciso señalar que la doctrina que ha calado y está siendo aceptada, tras la reforma al código civil, es que los

medios de comunicación responden por el factor de distribución objetivo considerándose como una actividad riesgosa principalmente por la forma en que es llevada adelante por los agentes que la manejan.

3.1.2. SISTEMA JURÍDICO ECUATORIANO

En el año 2013, en medio de críticas por los sectores de oposición al gobierno del Presidente Rafael Correa, se aprobó la Ley Orgánica de Comunicación, primera normativa que regula toda la actividad periodística y audiovisual del gobierno ecuatoriano.

Más allá del debate que generó la norma mencionada, respecto a si vulnera o no la libertad de expresión, es importante resaltar la protección que brinda a la intimidad de las personas. En ese sentido, de la lectura de la norma, se observa que uno de los principios que la rige es el respeto a la intimidad personal y familiar¹¹; es decir, las disposiciones contenidas en la norma se direccionaran y resolverán velando por este derecho fundamental.

Además, siguiendo uno de los pilares que engloba el derecho a la libertad de expresión e información, se ha regulado en el art. 19 y 20, la responsabilidad ulterior de los medios de comunicación, la cuál puede ser administrativa, civil y/o penal. En virtud de la responsabilidad ulterior el medio de comunicación está obligado a asumir las consecuencias que en consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión e información

¹¹. Art. 10.- Normas deontológicas.- Todas las personas naturales o jurídicas que participen en el proceso comunicacional deberán considerar las siguientes normas mínimas, de acuerdo a las características propias de los medios que utilizan para difundir información y opiniones:

1. Referidos a la dignidad humana:

[...] c. Respetar la intimidad personal y familiar

puede contraer por vulneración de derechos a terceros, ello, podrá ser solidaria según el caso, así lo establece el artículo 21, “el medio de comunicación será responsable solidariamente por las indemnizaciones y compensaciones de carácter civil [...]”.

Espinel (2008) realiza un estudio sobre la responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la vulneración de los derechos a la personalidad en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y señala:

El hecho ilícito de los medios de comunicación es la violación de los derechos de la personalidad consagrados en la Constitución Política de Ecuador artículo 23 numeral 8, su nexo causal es la publicación de la información injuriosa o falsa, la intencionalidad del agente puede ser dolosa o culposa y el perjuicio es considerado como daño moral. Todas estas concatenaciones nos llevan a determinar que el agente es responsable extracontractualmente y tiene la obligación de resarcir económicamente por medio de un juicio indemnizatorio de daños y perjuicio (p. 75)

Como podemos ver, el autor se inclina por una responsabilidad subjetiva de los individuos que integran los medios de comunicación, es decir, toma en cuenta el actuar doloso o culposos del agente para atribuir responsabilidad.

Con respecto a la jurisprudencia, se puede apreciar que existe una tendencia a responsabilizar a los medios de comunicación, por ejemplo: El caso Correa c. Diario El Universo, en este caso el Presidente Rafael Correa querrela a los directivos del diario El Universo, Carlos, César y Nicolás Pérez y al editor de Opinión Emilio Palacio, solicitando tres años de cárcel y el pago de una indemnización de \$80 millones por vulneración a su derecho al honor y buena reputación. La Corte resolvió, en el caso de daños y perjuicios, al pago de una indemnización de \$40 millones:

Se ha determinado que el querellante, Econ. Rafael Vicente Correa Delgado, es un profesional que tiene su familia, se le ha distinguido con múltiples títulos académicos, merced de sus estudios dentro y fuera del país, que ha sido Ministro de Finanzas y actualmente es el Presidente Constitucional de la República, quien ha tenido a su cargo

el Presupuesto General del Estado, que desde el año 2007 al presente 2011 asciende a más de USD\$80.000'000,000.00 [...]; a más de ser profesor, conferencista destacado en foros mundiales, etc. A una persona de la característica del querellante ser injuriado en la forma que consta en el artículo “NO a las mentiras”, [...], sí le produce graves daños y perjuicios, tanto daño emergente, porque menoscaba la confianza que las personas tienen en él, y un lucro cesante, que guarda relación a la proyección futura que un estadista tiene en sus actividades, tanto públicas como

privadas, ya que frente a sus alumnos, posibles electores, etc., sí ocasiona un menoscabo y menosprecio de su persona [...]; por lo cual la pretensión de los daños y perjuicios demandados en la querrela, en ningún momento tienen la intención de enriquecimiento, sino de una justa valoración del daño emergente y lucro cesante ocasionados en su honor y buena fama¹².

3.1.3. SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

Los medios de comunicación en España, de manera general, se encuentran regulados por la Ley 7/2010, Ley General de la Comunicación audiovisual¹³ y las Ley 14/1966, Ley de Prensa e Imprenta, las cuales coinciden que el ejercicio de la libertad de expresión e información debe efectuarse respetando la dignidad de las personas, así como, los derechos como el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas¹⁴.

Ambas normas prevén un marco normativo de responsabilidad administrativa por faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, ello, claramente no exime a los medios de comunicación de responder civil o penalmente.

¹². Corte Nacional de Justicia. Correa c. Diario El Universo. Sentencia de 16 de febrero de 2012

¹³. Inc. 1 del artículo 22: Los servicios de comunicación audiovisual radiofónicos, televisivos y conexos e interactivos son servicios de interés general que se prestan en el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas, del derecho a comunicar y recibir información, del derecho a la participación en la vida política y social y del derecho a la libertad de empresa y dentro del fomento de la igualdad, la pluralidad y los valores democráticos.

¹⁴. Inc. 4 del artículo 4 de la Ley 7/2010: “La comunicación audiovisual debe respetar el honor, **la intimidad** y la propia imagen de las personas y garantizar los derechos de rectificación y réplica. Todo ello en los términos previstos por la normativa vigente”

En cuanto la Ley 14/1966, Ley de Prensa e Imprenta, a diferencia de la Ley 7/2010, Ley General de la Comunicación audiovisual, regula en el artículo 65, aspectos sobre la responsabilidad civil en materia de prensa e imprenta señalando:

1. La responsabilidad civil derivada de delito, cuando no pueda hacerse efectiva en los autores que menciona el artículo 15 del Código Penal, recaerá con carácter subsidiario en la Empresa periodística, editora, impresora e importadora o distribuidora de impresos extranjeros.
2. La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitas, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario.
3. La insolvencia de las personas jurídicas dará lugar a una responsabilidad civil subsidiaria de sus administradores, salvo que éstos hayan manifestado previamente su oposición formal al acto (...).

Como podemos observar en esta norma se establece una responsabilidad solidaria entre el autor de la información, el director del medio o programa y la empresa informativa (por aplicación del principio de “culpa in vigilando” y “culpa in eligendo”). Ello significa que todos responden por el todo y que el cobro de la indemnización puede realizarse a cualquiera de esos sujetos según elección de la víctima. Esta responsabilidad solidaria tiene su sustento legal en el artículo 1903 del Código Civil Español.

Por otra parte, tenemos la Ley Orgánica 1/1982, Ley de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la cual establece el marco normativo civil de protección a los derechos fundamentales: honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas. Asimismo, regula en qué casos las intromisiones a los derechos mencionados pueden ser legítimas, por ejemplo cuándo medie el interés público o el consentimiento de la víctima, aunado a ello, la ley establece el mecanismo legal para la defensa frente a las injerencias o intromisiones

ilegítimas al derecho a la intimidad. En cuanto a la indemnización del daño, se presume el daño moral.

Esta norma, además, establece los criterios para determinar la cuantía de las indemnizaciones en los supuestos de quebranto del honor de las personas, tal como se señala en el art. 9¹⁵, es preciso recalcar que esta norma civil se aplica tanto a los casos en los que se protege el honor, la imagen y la intimidad por los jueces penales, como civiles.

¹⁵. Art. 9.- 1. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para: a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida. b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. c) La indemnización de los daños y perjuicios causados. d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos. Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

Lo que llama la atención en esta norma es el artículo 9.3, el cual señala que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima; sin embargo, no especifica si el daño que se presume es sólo el moral o también el patrimonial; con respecto a ello, Atienza (2012) señala:

[...] la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado (p. 220).

Estas normas han servido para resolver y atribuir responsabilidad civil solidariamente a los medios de comunicación. Por ejemplo, el Caso Patiño, (SSTC 171/1990 y 172/1990), en la segunda sentencia encuentran responsable a un medio de comunicación por la afectar el derecho al honor e intimidad de un piloto de Iberia.

La sentencia 172/1990, expedida por la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, deniega el recurso de amparo interpuesto por Sociedad Anónima Información y Prensa y otros. Recurso que fue interpuesto por desestimarse el recurso de casación contra la sentencia que confirma el fallo que condena dos medios de comunicación (Sociedad Anónima Información y Prensa e Información y Prensa, Sociedad Anónima) por intromisión ilegítima del derecho al honor e intimidad y al pago solidario como indemnización de daños y perjuicios morales, de 4.000.000 de pesetas, y 6.000.000 de pesetas.

Pero también es indudable que, aun admitiéndolo así, la información, al margen de su veracidad o falsedad, lesionó de manera ilegítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información (Fundamento Jurídico 3 de la SSTC 171/1990).

Otro caso donde se discute el derecho a la intimidad es la STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274), que consideró que varios reportajes publicados en una conocida revista *Interviú* (Ediciones Zeta, S.A., Distribuciones Periódicas, S.A., y al Sr. José Calabuig, director del semanario) constituían intromisión ilegítima del derecho a la intimidad y la propia imagen de una famosa modelo española (Judith Mascó). En el primer reportaje se publicaban fotografías de estudio sin el consentimiento de la famosa modelo; y en el segundo, había una suplantación de su imagen por otra persona, imágenes donde la modelo supuestamente estaba en la playa en top less, sin embargo eran imágenes que ella no había realizado. En este caso se responsabilizó civilmente al medio de comunicación por daño moral por la intromisión ilegítima al derecho a la intimidad y honor, atribuyendo una indemnización de 48.080 de euros (Atienza, 2012).

3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD.

Los medios de comunicación se han convertido en la actualidad en los instrumentos más importantes que tiene la sociedad para expresarse y comunicarse masivamente. En el Perú existen distintos medios de comunicación cuya regulación está basada en la Ley de Telecomunicaciones y en la Ley de Radio y Televisión, en el caso de medios de comunicación audiovisuales, y en el caso de medios de comunicación escritos existe una autoregulación, es decir se dirige a complementar la libertad de los medios con el uso responsable de la misma, basado en el cumplimiento del Código de Ética del Periodista.

Según la Ley de Telecomunicaciones es el Estado quién tiene el dominio del espectro electromagnético, quién podrá otorgarlo en concesión para que sea utilizado por los

particulares, es decir por los medios de comunicación, cumpliendo el Estado con el deber de proporcionar el pleno ejercicio de las libertades de expresión e información, lo cual incluye el derecho de fundar medios de comunicación.

Es así que, el Estado toma en cuenta la vital importancia que tienen los medios de comunicación en la sociedad que facilita el desarrollo de la actividad bajo ciertas responsabilidades, como el respeto de los derechos personalísimos, como el derecho a la intimidad; sin embargo, ello no es cumplido por ciertos medios de comunicación, quienes guiados por el espíritu competitivo, comercial y/o empresarial cometen en su ejercicio diversos actos que atentan contra el derecho a la intimidad, convirtiéndose en sujetos de responsabilidad.

3.2.1. LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN COMO SUJETOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL

El último párrafo del artículo 2 de la Constitución Política del Perú consagra: “[...] Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación”; es decir, los particulares tienen la facultad de asociarse con la finalidad de formar y/o fundar medios de comunicación y así preservar el ejercicio “colectivo” del derecho a la libertad de expresión e información, pues se entiende también que al constituir medios de comunicación, los particulares se encuentran en ejercicio de la libertad de empresa la cual está determinada por cuatro libertades: libertad de creación, organización, competencia y libertad para cesar las actividades [según la STC 3330-2004-AA/TC-LIMA].

Es mediante la libertad de creación y de organización, que los particulares tienen el derecho de fundar empresas y organizarse mediante cualquier forma societaria que regule nuestro ordenamiento jurídico.

La libertad de organizarse también incluye el derecho de establecer su objeto social y si hablamos de un medio de comunicación, éste sería el de prestar servicio de telecomunicaciones o radiodifusión; en ese sentido, el Decreto Supremo N° 013-93-TCC — Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y en la Ley N° 28278 — Ley de Radio y Televisión, con sus respectivos reglamentos, regulan el funcionamiento, autorización y la prestación de los servicios mencionados, estableciendo que estos servicios son prestados por cualquier persona natural o jurídica privada o pública, previa autorización, tal como lo establece el artículo 14¹⁶ de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 3¹⁷ de la Ley de Radio y Difusión; en consecuencia, los medios de comunicación no son más que personas jurídicas, privadas o públicas, que se constituyen o adoptan formas asociativas o societarias.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico regula, en el Artículo 76 y ss. del Código Civil a las personas jurídicas sin fines de lucro y en la Ley General de Sociedades a las personas jurídicas con fines de lucro; quienes pueden adoptar distintas formas. En el caso

¹⁶. Artículo 14 de la Ley de Telecomunicaciones, establece: “Los teleservicios o servicios finales se prestan en régimen de libre competencia, por cualquier persona nacional o extranjera, directamente o en forma asociada”.

¹⁷. Artículo 3 de la Ley de Radio y Difusión, establece: “Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general”.

de la primera pueden ser asociaciones y en la segunda una sociedad anónima abierta o cerrada, de responsabilidad limitada, etc.

Por tanto, habiendo identificado que los medios de comunicación no son más que personas jurídicas, entonces, tal como lo hemos desarrollado en el capítulo anterior, las personas jurídicas son entes pasibles de responsabilidad por los hechos ilícitos que comentan sus representantes — responsabilidad directa— y como los medios de comunicación son personas jurídicas, indistintamente de las formas societarias o asociativas que adopten — también son pasibles de responsabilidad; es decir son sujetos de responsabilidad civil.

Por tanto, los medios de comunicación - persona jurídica - serán responsables civilmente por los actos ilícitos que cometan sus representantes. Lo dicho, deriva de lo establecido en el artículo 1981 del Código Civil:

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

En ese sentido, ¿quiénes son los representantes de los medios de comunicación? Los representantes de los medios de comunicación son variados, esto depende de si se trata de medios audiovisuales o de un medio periodístico, aparte de los directivos y gerentes que tienen responsabilidad de establecer la línea por la que el medio se orientará [como lo explicaremos más adelante], existen otros personajes. En el caso de la prensa, los representantes, quiénes tienen directa responsabilidad por el contenido de la información que se obtiene y difunde son: el director, periodista y editor. En el caso de medios audiovisuales tenemos el director, productor y conductor del programa.

Por lo tanto, si estos representantes actuaron obedeciendo órdenes, en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, entonces el medio de comunicación será responsable y éstos solidariamente si se diera el caso.

Es importante acotar que en nuestro país se erige como un sistema mixto que contempla, por un lado, la exigencia de responsabilidades ulteriores a través de ilícitos que son recogidos en el Código Penal (artículos 130, 131 y 132) y la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal, entre otros; y, por otro lado, las normas deontológicas, y con ellas las medidas administrativas que adopte el Ministerio de Transportes y Comunicaciones a través de los artículos 70 y 76, literal k), de la Ley de Radio y Televisión.

3.2.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

La responsabilidad de los medios de comunicación se encuadra dentro del ámbito extracontractual, desde esa perspectiva desarrollaremos cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, para ello debemos tener en cuenta que estamos ante un caso en que un medio de comunicación en ejercicio de su derecho a la libertad de información difunde una noticia que atenta contra el derecho a la intimidad de las personas.

a. LA ANTIJURICIDAD

La antijuricidad supone la vulneración del ordenamiento jurídico, entendiéndose éste como al conjunto de normas, principios y fuentes del derecho. En ese sentido, la antijuricidad debe ser entendida de una manera amplia, pues no solo supone la contravención de un

mandato legal sino de todo aquello que no necesariamente se encuentra establecido pero puede ocasionar un perjuicio. Para el caso de la responsabilidad civil extracontractual debe entenderse como la violación del deber genérico de no causar daño a otro principio *alterum non laedere*, lo cual implica la observancia de valores y principios en que se orienta nuestro sistema jurídico.

En ese sentido para el caso en estudio, este elemento se configuraría en la vulneración del derecho a la intimidad por el ejercicio del derecho a la información de los medios de comunicación. Desde esa perspectiva debemos analizar cuándo es que la libertad de información atenta contra el derecho a la intimidad, lo que nos lleva a analizar el conflicto entre los derechos mencionados.

b.1. DESCARTANDO SOLUCIONES: TEORÍA CONFLICTIVA O TEORÍA DE LA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS.

En la dinámica y relación entre los derechos fundamentales, existen, quienes consideran que existe conflicto y otro que postulan que el conflicto no existe. Esto, tiene una consecuencia metodológica, pues si adoptamos la posición que existe conflicto entre los derechos, lo resolvemos mediante el principio de proporcionalidad o la ponderación, y, por el lado de quienes postulan que no existe el conflicto entre derechos utilizan la teoría de la delimitación del contenido esencial del derecho, para cual se establece sus límites internos y externos; es decir, contenido esencial y accidental, respectivamente.

- CONFLICTO ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta teoría supone que en la interrelación de los derechos, los conflictos son inevitables y la solución a éste problema se reduce en preferir un derecho por encima del otro.

[...] se tiene el convencimiento que “al ejercer un derecho fundamental, este se puede encontrar enfrente, en postura disconforme a la de ese ejercicio con el titular de otro derecho fundamental que pretende igualmente ejercerlo. En caso de conflicto o de antinomia subjetiva, si se permite la paradoja, quien debe ceder y quien debe continuar (Castillo, 2005, p. 5).

En esta discusión, de qué derecho es preferible “se hace necesario encontrar los mecanismos que justifiquen la preferencia de un derecho en detrimento del otro. Los principales mecanismo de solución [...] son la jerarquía y la ponderación de derechos” (Castillo, 2005, p. 6). Igual opina Montoya (2014):

Las contradicciones existentes entre los derechos se resuelven a partir de dos modos: o estableciendo una relación de jerarquía o preferencia en la aplicación de una de las normas constitucionales sobre la otra; o, utilizando la mejor forma en que han de aplicarse ambas normas a la vez (p. 126).

La jerarquía de los derechos, a nuestro modo de ver, supone la existencia de derechos de primera, segundo o tercera clase; lo que ocasionaría que, un derecho siendo de primera clase entrara en conflicto con uno de segunda o tercera clase, el derecho que primaría sería el primero, sin más análisis que hacer, el derecho que se encuentre en una mejor posición, como decir en la cúspide de una pirámide, sería el derecho que prevalezca.

A este intento de jerarquizar los derechos, responde Montoya (2014) señalando:

[...] si bien entre los derechos fundamentales forman un concepto completo, al estar en interdependencia (por la igual valoración que presentan en el sentido de la protección), no puede negarse las diferencias entre ellos, lo que no implica conferir mayor o menor valor a determinados derechos pero sí reconocer que algunos cuentan con mejores niveles de exigibilidad inmediata, de concreción material, de protección, de efectividad e inderogabilidad (p. 128).

De la misma manera opina Castillo (2005), al establecer que los derechos no pueden ser jerarquizados, pues ello implicaría que se vulnera uno por preferir otro. “Esto significará que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda

desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado” (p. 8).

Por otro lado, cuando hablamos de ésta teoría necesariamente tenemos que analizar “la ponderación”, con ello nos referimos al balancing entre los derechos, teniendo en cuenta las circunstancias del caso que se pretende resolver para determinar qué derecho pesa más de acuerdo al caso que se plantea. El juicio de ponderación es un juicio de valor comparativo. Lo que se compara es el grado de importancia de la realización de un principio y el grado de interferencia o de no satisfacción del otro (Velasco, 2016).

Alexy (2009) explica ello haciendo una estructura del juicio de ponderación:

El derecho constitucional alemán, la ponderación es una parte de lo exige un principio más amplio; este principio comprensivo es el de proporcionalidad (Verhältnismäßigkeit). Éste se compone de tres partes: los subprincipios de adecuación (Geeignetheit), necesidad (Erforderlichkeit) y proporcionalidad en sentido estricto; todos estos subprincipios expresan la idea de optimización. Los derechos fundamentales son mandatos de optimización, como tales son normas de principio que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas (p.8).

Este autor señala que la ponderación es objeto del principio de proporcionalidad y “no es más que la optimización relativa de principios contrapuestos” (Ibañez & Alexy, 2016, p. 2), es una regla que denomina “ley de ponderación”; es decir “Como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro” (Alexy, 2009, p. 9).

De una u otra manera, como señala Montoya (2014) y Castillo (2005) tratar de dar solución a la situación relacional de los derechos fundamentales adoptando la teoría de los

conflictos, no hace más que dar preferencia a un derecho por encima de otro, lo que puede llevar a vulnerar o transgredir el derecho que no es preferido.

- DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Esta teoría parte de la concepción que el ser humano es el fundamento de todos los derechos existentes; en ese sentido, los derechos permiten que el hombre — considerado como una unidad— alcance su pleno desarrollo. Para ello, los derechos deben vivir en armonía, por lo que no cabe la posibilidad de un conflicto entre éstos.

La persona humana, como fundamento a partir del cual se desprenden los derechos humanos, es una realidad unitaria y coherente cuya plena realización rechaza cualquier tipo de contradicción interna. Es decir, si los derechos del hombre son desprendimientos o manifestaciones de una realidad unitaria y coherente como lo es su naturaleza humana, entonces no puede haber manera que los derechos puedan ser contradictorios entre sí, al punto que puedan entrar en conflicto (Castillo, 2005, p. 11).

Desde esa perspectiva, se concluye que no puede existir conflictos entre derechos fundamentales, pues se parte de la idea que ningún contenido esencial de un derecho puede ser contradictorio con otro y mucho menos puede desplazarlo, porque significaría vulnerarlo.

(...) advertida la esencial unidad y coherencia de la naturaleza humana y consecuente necesidad de armonización de los derechos que de ahí broten, no queda más solución que afirmar que los criterios de solución a las diferentes controversias que involucren derechos fundamentales, pasa necesariamente por la determinación del contenido jurídico constitucional de los mismos (Castillo, 2005, p. 12).

Esta unidad, puede perderse al tomar en cuenta al hombre en su ámbito relacional, es decir existe una ruptura – aparente - de la unidad y equilibrio de los derechos en su ámbito relacional; sin embargo, no es del todo cierto, pues en realidad lo que se da no es un conflicto o ruptura en la relación de los derechos sino en las pretensiones que las partes

invocan en un proceso. Martínez (citado por Nahabetián, 2016) señala que la relación entre derechos no debe interpretarse como conflictos entre éstos sino como:

“[...] pretensiones contrapuestas de los sujetos que invocan sus derechos proponiendo que el proceder adecuado” para resolver el aparente conflicto, no consiste pues en la determinación del derecho prevalente sino en la delimitación adecuada del contenido de los derechos aducidos para así poder concluir cuál entra realmente en juego y cuál no, quien se encuentra realmente bajo la protección del derecho que invoca y quien se ha extralimitado en el ejercicio de su derecho (p. 80).

En ese contexto, arribamos a la conclusión de la “determinación de contenido como la satisfacción óptima del tratamiento de la situación relacional” (Montoya, 2014, p. 132), como el método idóneo para resolver ésta disyuntiva; es decir, la solución pasa por la correcta delimitación del contenido del derecho fundamental, estableciendo sus límites.

El límite de un derecho es la frontera entre lo que algo es y lo que no es. El límite es parte de la estructura del derecho y considera todos los demás derechos y bienes constitucionalmente protegidos. El límite de un derecho presupone la existencia de un contenido constitucionalmente protegido prefijado dentro del cual conlleva un límite como contorno o frontera (Nogueira, 2005, p. 19).

En ese sentido, todos los derechos poseen un contenido constitucionalmente protegido y éste es limitado, admitir eso es hablar de una “definición o determinación de los contornos del contenido jurídico de un derecho fundamental. Si esto es así, entonces toda actividad que recaiga sobre los mencionados derechos [...] será una actividad delimitadora de las fronteras jurídicas” (Castillo, 2005, p. 20). Es decir, “los límites internos de los derechos son supuestos de delimitación propiamente constitucional que fija el alcance y contenido del derecho” (Nogueira, 2003, p. 247).

Los límites externos, en cambio, “serían restricciones de los derechos fundamentales que no estarían determinadas por la conceptualización del derecho en juego, como en el caso de

los límites internos, sino por la existencia de otros derechos fundamentales, o de bienes públicos que se encontrarían en conflicto con él” (Cianciardio, s/f, p. 6), conflicto aparente.

Con respecto a ello opina Nogueira (2005) “los límites externos o intervenciones están dados por normas de carácter infra constitucional que modifican algunos elementos configuradores de los derechos (titular, destinatario u objeto) como consecuencias de la utilización por parte del legislador de una norma de competencia permitida por la constitución” (p. 248).

En conclusión, es importante entender a fin de resolver un caso concreto:

Todos los derechos significan y protegen algo, es decir, todos los derechos tienen un contenido jurídico. Es este contenido jurídico al que se debe apelar cuando se trate de resolver las concretas controversias, antes que acudir a criterios de jerarquización abstracta o concreta. Si un derecho fundamental cuenta con un contenido jurídico y ese contenido no puede ser contradictorio con el contenido jurídico de los demás derechos fundamentales por las razones que ya se explicaron antes, entonces cuando se esté frente a un caso concreto lo que se ha de examinar es si la conducta o acto que se enjuicia con la finalidad de otorgarle o negarle protección constitucional, cae dentro o fuera del contenido jurídico del derecho que se invoca como fundamento del acto o conducta (Castillo, 2005, p. 16).

Por lo que, adoptamos la teoría de los límites de los derechos fundamentales para resolver los casos en donde se evidencia la situación relacional del derecho a la información y el derecho a la intimidad.

b. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

b.1. EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO

Según Pazos (2010) “Todo derecho cuenta con un fin económico y social determinado. En líneas generales, entendemos como ejercicio regular del mismo a aquel que se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran

inspirados por el principio general de buena fe”. En ese sentido, al referirnos al ejercicio regular derecho diremos que el derecho actúa dentro de su propio límite, lo que nos hace regresar al tema de la delimitación de derechos.

Como bien lo explicamos, el derecho a la libertad de información encuentra su límite en lo que no es parte de su contenido esencial; en ese sentido, la intromisión en la vida privada - intimidad - de las personas, será el límite que advertimos.

En consecuencia, ello significaría un abuso del derecho pero “no nos encontramos pensando en la figura del abuso del derecho, consagrado en nuestro Ordenamiento, dentro del Código Civil, sino más bien en la afectación en el caso concreto, de uno de los derechos fundamentales” (Montoya, 2014, p. 154).

Ahora bien, qué pasaría si a éste análisis le agregamos dos supuestos que tienen que ver con las circunstancias fácticas y personales que rodean al caso. Es así que, entendiendo que el ejercicio regular del derecho tiene una connotación social; es decir, su análisis se deberá hacer a la luz de las circunstancias fácticas y personales, podemos concluir que si es víctima por intromisiones a su vida privada fuera un personaje con proyección pública y la información que constituye parte de la vida intimada es de interés público, entonces estaremos ante una causa de justificación de la antijuricidad, pues no se habría contravenido el ordenamiento jurídico por estar dentro de los parámetro del ejercicio regular de un derecho.

- PROYECCIÓN PÚBLICA DE LA PERSONA

Se ha planteado [...] el problema de la protección de las personas “notorias”, es decir, de aquellas personas que por razones de familia, de profesión, de papel político, o por las vicisitudes de la vida, ya son conocidas para el público; respecto de ellas, por lo tanto, surge la cuestión del interés público en la divulgación (Alpa, 2006, p. 550).

El sentido que se le da a éste supuesto es que las personas con proyección pública ven el ámbito de protección de su derecho de la vida privada — intimidad — reducida, pues existe una justificación del público de saber sobre ella. Según Morales (1995) señala:

Habrán circunstancias en que la vida privada de las personas por la naturaleza de los hechos, por la calidad de la persona misma y su trascendencia en la sociedad, y por la importancia que dichos hechos tienen coyunturalmente, puedan ser objeto de información al público, de tal forma que los márgenes de la vida privada disminuirán. Sin embargo, debe tenerse presente que dichos hechos deben ser de interés público en general como parte de la noticia, sin el cual no sería comprensible el acontecimiento (p.161).

Dentro de este grupo según Montoya (2014) se encuentran: a) las personas cuya presencia social es gravitante, b) personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad y c) personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad.

Dentro del primer grupo tenemos, **personas cuya presencia social es gravitante** “son personas de enorme influencia en la marcha de una sociedad cuyo ámbito de la vida privada se reduce al mínimo, son personajes que determinan y marcan la historia de una sociedad (políticos, pensadores, en general personas que participan de la vida política, económica y social del país) (Morales, 1995, p. 164).

En el segundo grupo, **personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad**, “entre estos se encuentran los artistas y deportistas. A veces, y con razón, se ha señalado que en muchas oportunidades ellos mismos buscan la publicidad. En estos casos dan su consentimiento para la afectación de un derecho fundamental” (Montoya, 2014, p. 485), “[...] estos personajes, están en contacto permanente con los medios de comunicación masiva y difunden su imagen, por ello es que el ámbito de su vida privada también se reduce, aun cuando no es los términos del primer grupo” (Morales, 1995, p. 164).

En el tercer grupo se encuentran, personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad:

[...] estaría conformado por personas que sin alcanzar las dimensiones públicas que las anteriores desempeñan funciones con trascendencia pública, como sería el caso del funcionario público, el profesional en el ejercicio de su funciones, empresarios, etc. Estas personas no hacen uso de la publicidad, y en muchas ocasiones huyen de ella, pero es evidente que realizan funciones que repercuten en la sociedad (Morales, 1995, p. 164).

Morales (1995) advierte que existen personas no poseen las características de estos tres grupos; sin embargo por algún acontecimiento adquieren notoriedad; es decir, adquieren notoriedad circunstancial.

Es preciso tener en cuenta que la intromisión legítima en el derecho a la intimidad de estos grupos de personas se justifica siempre y cuando “tenga directa vinculación o incidencia en las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña la persona afectada, así como en el interés público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad” (Euguiguren, 2004, p. 97); pues afirmar lo contrario significaría decir que las personas

consideradas dentro de los grupos desarrollados no tendrían el derecho a la protección de su vida íntima.

Por tanto, no sólo basta que sea personaje público sino también— copulativamente— se verifique que la información sobre la intimidad de *la persona pública debe ser de interés público y tener directa vinculación con las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña.*

Siguiendo esta misma línea es importante tener en cuenta que la intromisión a la vida íntima de estos personajes no legitima que se efectúe mediante alusiones groseras o mortificantes; es decir, existe una prohibición de agresiones verbales groseras. “Una habitual exposición del sujeto a la publicidad, por razones profesionales o análogas, no legitima intromisiones groseras o mortificantes en aspectos especialmente reservados” (Zavala, 2011, p. 580); es decir, una intromisión legitima en la intimidad no autoriza lesionar el honor, el decoro o la reputación de las personas.

La tutela de la intimidad de personajes notorios, incluidos los funcionarios públicos, transita por un delgado filo de navaja, pues no pueden ser convertidos en res publica o monstreca ante las masas, a raíz de una curiosidad circense que algunos órganos de comunicación fomenta y explota (Zavala, 2011, p. 577).

- EL INTERÉS PÚBLICO

El interés público, interés nacional o interés general, es definido por Sánchez (2014) como:

El interés general no es un concepto abstracto y distinto en esencia a la pluralidad de intereses sociales en presencia, tal como, míticamente, se ha entendido en otras épocas. Los intereses generales [...] se diferencian por definición de los intereses particulares, pero no son sino intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios. En virtud de ellos, los *publiflica*, es decir, los convierte en objetivos y prioridades políticas, lo que le lleva a movilizar los recursos y poderes públicos necesarios para gestionarlos y defenderlos. Así entendidos, los intereses generales

pueden abarcar muchas cosas, desde las más elementales y permanentes, como la defensa de la seguridad ciudadana, hasta otras coyunturales y políticamente discutibles, como la promoción pública de determinados espectáculos y festejos (p. 78).

El interés público forma parte del grupo de conceptos jurídicos indeterminados y variables¹⁸ que existen en nuestro sistema jurídico, es así que nuestra jurisprudencia en el Expediente N° 0090-2004-AA/TC señala:

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. [...]

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo. [...]. (Fundamento 11)

Es así que, para su determinación se dota de discrecionalidad a la Administración Estatal

Es decir, la discrecionalidad existe para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público; esto es, para que pueda tomar su

¹⁸. Fundamento 10 del Exp. N.º 0090-2004-AA/TC: La doctrina acepta la existencia de conceptos con contenido y extensión variable; esto es, reconoce la presencia jurídica de conceptos determinables por medio del razonamiento jurídico que, empero, varían de contenido y extensión según el contexto en que se encuentren o vayan a ser utilizados.

Es evidente que los conceptos jurídicos pretenden la representación intelectual de la realidad; es decir, son entidades mentales que se refieren a aspectos o situaciones valiosas y que imprimen calidad jurídica a ciertos contenidos de la vida social.

Los conceptos jurídicos poseen un contenido, en tanto éste implica el conjunto de notas o señas esenciales y particulares que dicha representación intelectual encierra, y una extensión, que determina la cantidad de objetos o situaciones adheridas al concepto.

En ese orden de ideas, el derecho concede un margen de apreciación a una autoridad para determinar el contenido y extensión del concepto aplicable a una situación particular y concreta, siempre que dicha decisión no sea manifiestamente irrazonable o desproporcionada con las circunstancias en donde será utilizada.

Conviene puntualizar que uno de los conceptos jurídicos caracterizados por su indeterminación es el interés público.

decisión librada de un detallado condicionamiento previo y sometido sólo al examen de las circunstancias relevantes que concurren en cada caso.

[...] el ejercicio de una potestad discrecional debe acompañarse de una motivación que muestre puntualmente el nexo coherente entre el medio adoptado y el interés general circunscrito al que apunta.

Termina la sentencia señalando:

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito *sine qua non* de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad.

En puridad, el interés público es un concepto indeterminado, cuyo contenido se determina a través del razonamiento jurídico según el contexto en que se utilice. El interés público como concepto general es aquel que conviene a todos, y en ese sentido es que se debe determinar su contenido.

Por otro lado, siguiendo con el tema, casusas de justificación, es preciso mencionar que el interés público es otro de los supuestos que se deberá tener en cuenta para justificar y considerar legítima la intromisión en la vida íntima de las personas.

La primacía de un interés general como causa que justifique invadir la intimidad, encontrará frecuente aplicación en figuras que ya tenían ese relieve público o que lo adquieren con motivo de algunas circunstancias.

Es así que los aspectos de la vida privada de un sujeto adquieren repercusión social, cuando atañen a su integridad moral equilibrio espiritual o idoneidad para desempeñar funciones públicas.

De tal modo, es lícita la revelación de detalles íntimos o sobre la personalidad de un político, si evidencian inmoralidad, corrupción o ineficiencia, incompatibles con un sano desempeño del cargo que ejerce o pretende; entre otros aspectos, existe razonable interés en conocer la situación de un político en el plano personal para votar a su favor o en contra (Zavala, 2011, p. 571).

En ese sentido, puede revestir de interés público el “contexto” en que se desenvuelven relaciones íntimas de un funcionario público; por ejemplo, dentro de espacios destinados a

su desempeño gubernamental, ligadas a acosos sexuales, con otorgamiento o recepción de favores indebidos o circunstancias que generen peligro de chantajes, entre otros supuesto (Zavala, 2011).

b.2. CONSENTIMIENTO DE LA VÍCTIMA

El consentimiento que preste la víctima en la difusión de su intimidad reviste fundamental importancia para eximir de responsabilidad al actor del daño.

Es así que, es definido como la “aceptación por parte del titular de un derecho fundamental de que otra persona pudiese ingresar, a través del ejercicio de otro derecho, al ámbito de protección del suyo. Es una renuncia a la salvaguardia a través de un acto propio” (Montoya, 2014, p. 505).

Este consentimiento puede ser directo o indirecto, el primero de ellos se clasifica en expreso y tácito. Se entiende por consentimiento expreso¹⁹ a aquél en el que el titular del derecho de manera clara e ineludible acepta que exista una vulneración en su derecho. El consentimiento tácito indica que el titular a través de diversos actos o discursos directos hace crear ‘convicción’ en el destinatario que está aceptando una posible injerencia en el ámbito de su derecho. Y el consentimiento indirecto supone el caso en que el titular del derecho se coloca en una situación controvertible según la cual se puede prever una autorización para la afectación de su derecho (Montoya, 2014).

¹⁹. Artículo 14 del Código Civil.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

De una u otra forma, es preciso señalar que "el consentimiento solo legítima en la medida en que se presta y debe ser objeto de interpretación irrestricta; el permiso para determinadas injerencias debe limitarse a ellas, sin entenderse con carácter general" (Zavala, 2011, p. 553); *ab minoris ad maius*, si una determinada persona da el consentimiento para que publiquen información respecto a su vida amorosa con un determinado personaje; éste consentimiento no puede entenderse con carácter general e inmiscuirse en otros asuntos que no incluyan el objeto de la autorización.

Asimismo, bajo el entendido que el derecho a la vida privada — intimidad — también protege aquellos temas que tengan que ver con asuntos familiares, es preciso resaltar que "si el tema afecta la intimidad de varios- según sucede en asuntos familiares o en relaciones afectivas de la esfera familiar- es menester el consentimiento de todos los interesados, pues no basta el de alguno para privar de intimidad a los restantes comprometidos" (Zavala, 2011, p. 552).

Es preciso señalar que puede vulnerarse el derecho a la vida privada (intimidad) de personas fallecidas. Ello, se desprende del artículo 14 del Código Civil: "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden", *a pari*, la intromisión en la vida íntima de las personas fallecidas sólo será legítimo si se hizo con el asentimiento de sus familiares.

De este artículo también se desprende, si los familiares pueden consentir la intromisión en la vida privada de la persona, con mucho más razón (*ab maioris ad minus*), podrán

demandar en caso de que sin autorización se produzca la afectación del derecho. Ello deberá interpretarse sistemáticamente con el artículo 16 del Código Civil.

3.2.3. EL DAÑO

Cabe preguntarnos ¿qué tipo de daño incluye la afectación del derecho a la vida privada, intimidad?, es uno de tipo personal o subjetivo; es decir, extra patrimonial.

Este tipo de daño, es “entendido como aquel que lesiona derechos o legítimos intereses de naturaleza no patrimonial, tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas” (Espinoza, 2012, p. 715), el derecho lesionado en este caso sería el derecho a la vida privada, intimidad.

¿Cómo se lesiona este derecho? Prosser (citado por Carrasco, 2012) señala:

Los atentados a la intimidad son cuatro: a) la apropiación de la imagen o apariencia de una persona; b) la intrusión en su vida privada; c) la divulgación de hechos relativos a la vida privada si son ofensivos y el público no tiene interés legítimo en conocerlos; d) la publicidad que tergiversa los hechos de la persona, falseando su imagen ante el público (p. 100).

Por su parte, Eguiguren (2004) señala que “tratándose del derecho a la intimidad y vida privada, [...] la afectación a este derecho se produce con la sola intromisión, intrusión y divulgación de hechos, que perturba su reserva y privacidad y que se producen sin el consentimiento del titular” (p. 93).

Montoya (2014), con respecto a la afectación del derecho a la vida privada —intimidad— sostiene que esto puede darse por la apropiación o explotación injustificada de los asuntos privados de una persona, los cuales no son de interés público, o la invasión ilegal de las actividades privadas, de tal modo que ocasionan daños o sufrimientos, mentales, vergüenza

o humillación a una persona de sensibilidad ordinaria; es decir, es un conjunto de actos, situaciones o circunstancias que por ser personalísimos no están expuestos a la curiosidad y a la divulgación.

En síntesis se afecta el derecho a la vida privada — intimidad — en primer término, cuando existe intromisión en aspectos que la persona guarda o reserva para sí; es decir, la divulgación de esta información a través de un medio de comunicación a nuestro modo de ver constituye un agravante o una forma de acrecentar el daño, pues no es lo mismo que se entere una persona a que se entere toda una población.

En ese contexto, analizaremos cuáles son los aspectos o situaciones que se encuentran bajo la protección del derecho a la intimidad.

a. SITUACIONES DAÑOSAS A LA VIDA PRIVADA (INTIMIDAD)

Los aspectos o situaciones que pueden afectar el derecho a la vida privada (intimidad) son múltiples, muchas de ellas se encuentran reguladas normativamente mientras que otras podemos encontrarlas del análisis de los casos (jurisprudencia) y de la doctrina.

En el derecho español, tenemos Ley Orgánica 1/1982 (España), del 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 8, regula algunos aspectos que se tendrán en consideración para considerar intromisiones ilegítimas, señalando entre estos: las formas para obtener la información y para difundirla (mediante aparatos o dispositivos para grabar o reproducir), la divulgación de hechos que constituyen parte de la vida privada de una persona o familia, la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales

de carácter íntimo; la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela; 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, etc.

Del análisis de esta normatividad se puede deducir que la vulneración del derecho a la intimidad tiene varias facetas, entre ellas podemos evidenciar que la intromisión en la vida íntima de las personas también puede afectar el buen nombre y reputación de la persona; así como, su imagen que puede manifestarse, por ejemplo, a través de una fotografía que revela las partes sexuales íntimas de la persona.

En el inc.7 del artículo 2 de la Constitución Política de Perú se consagra el derecho a la intimidad, en sus dos vertientes, personal y familiar. A nuestro modo de ver, las situaciones que dañen la vida privada (intimidad) deben enmarcarse dentro de la vida personal y familiar del individuo. Ello, no dice mucho para definir cuándo estamos ante situaciones que engloben los ámbitos mencionamos.

En ese sentido, para obtener mayor precisión sobre el tema recurriremos a nuestra normativa infraconstitucional. Es así que, del análisis de los artículos 14, 15 y 16 del Código Civil del Perú, podemos decir que las situaciones que implicarían la vulneración de este derecho serían: intromisiones en el derecho a la intimidad cuando se ven implicados la imagen y voz de las personas, la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar y la publicación de las memorias personales o familiares.

Por su parte, del análisis de los artículos 154 y 154 – A del Código Penal del Perú, podemos deducir otros aspectos que violan el derecho a la intimidad como son: observar, escuchar o registrar un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios. Ello constituye las formas de obtener la información; y la difusión por medio de comunicación social (considerado un agravante) constituiría una forma de difundir la información. Por lo que, podemos decir que el derecho a la intimidad se vulnera con la simple intromisión.

Asimismo, la comercialización o venta información no pública relativa a cualquier ámbito de la esfera personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otro de naturaleza análoga sobre una persona natural, también constituiría un atentado contra el derecho a la intimidad. De ello, podemos colegir que la información íntima está ligado con el ámbito personal, familiar, patrimonial, laboral, financiera u otra de naturaleza análoga.

El artículo 155 del Código Penal del Perú regula un aspecto agravante por la calidad de la persona; es decir, si el agente es funcionario o servidor público y en ejercicio del cargo revela datos que se establecen en el artículo 154, la pena se agrava.

Del artículo 156 del Código Penal del Perú podemos deducir aquellos aspectos íntimos personales y familiares que se conocen con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, también están protegidos por este derecho.

Y el artículo 157 del Código Penal del Perú que regula aquellos hechos que tienen que ver con las convicciones políticas o religiosas.

Como podemos observar, dentro de nuestro ordenamiento, no existe una delimitación precisa sobre los aspectos o situaciones que involucran el derecho a la vida privada (intimidad); sin embargo:

[...] se acepta ampliamente que comprenda aspectos vinculados con la sexualidad, incluyendo la vida conyugal, la procreación; las relaciones sentimentales, las relaciones paterno-filiales y familiares; la salud y enfermedades, la muerte; los recuerdos personales, los hechos traumáticos, las preferencias y hábitos privados; las aficiones y temores (Eguiguren, 2004, p. 88).

Cabe resaltar lo establecido por Eguiguren (2004) quien también haciendo un análisis de la normatividad señala:

Según esta enumeración, ciertamente no taxativa, conviene advertir (y admitir) que dentro de este derecho se involucran hechos, aspectos, datos e informaciones tanto de tipo estrictamente íntimo (vinculados al ámbito interno de la vida personal o familiar) como otros que sin tener carácter íntimo igualmente son y deben ser objeto de privacidad y reserva para garantizar la calidad de vida y la dignidad de la persona en una sociedad libre, democrática y civilizada (p. 89).

Novoa (citado por Eguiguren, 2004) enumera aspectos o situaciones que quedarían bajo la protección del derecho a la vida privada (intimidad), entre ellos mencionaremos aquellos que hasta el momento no han sido descritos: Aspectos concernientes a la vida amorosa y sexual; aspectos de índole embarazosa para el individuo o su familia; defectos o anomalías físicas o síquicas no ostensibles; conductas que no es del conocimiento de los extraños y que de ser conocido originaría críticas o desmejoraría la apreciación que éstos hacen de aquél; afecciones de la salud; contenido de comunicaciones escritas u orales de tipo personal; la vida pasada del sujeto, en cuanto pueda ser motivo de bochorno para éste; orígenes familiares que lastimen la posición social y, en igual caso, cuestiones concernientes a la filiación y a los actos del estado civil; el cumplimiento de las funciones fisiológicas de la excreción y hechos y actos relativos al propio cuerpo que son tenidos por

repugnantes o socialmente inaceptables; momentos penosos o de extremo abatimiento; todo dato, hecho o actividad no conocidos por otros, cuyo conocimiento por terceros produzca turbación moral o síquica al afectado (desnudez, embarazo prematrimonial, etc.).

Nuestra jurisprudencia ha sido clara en establecer algunos aspectos que constituyen parte de la intimidad de la persona como son: la identidad genética de la persona²⁰, reserva tributaria y secreto bancario²¹, vida afectiva (conyugal)²², etc.

Si bien es cierto, lo desarrollado nos dan luces de aquellas situaciones o aspectos que se consideran parte del ámbito de protección de la vida privada — intimidad — es importante hacer énfasis en un aspecto que tiene que ver con la autonomía que le brinda este derecho a cada persona, es decir, el derecho a poseer una vida íntima²³; en ese sentido, “corresponde al titular de la información decidir si determinados aspectos que le conciernen pueden o no ser conocidos por terceros. Sobre este punto, es indiscutible que el titular goza de un

²⁰. Exp N° 05312-201 I-PA/TC

²¹. Exp. N.0 03485-2012-PA/TC

²². Exp. N.0 03485-2012-PA/TC

²³. Fundamento 5 de la STC 134/199: [...] El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 C.E. no garantiza una «intimidad» determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo 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, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. A nadie se le puede exigir que soporte pasivamente la revelación de datos, reales o supuestos, de su vida privada personal o familiar [...]

amplio margen de decisión en cuanto a los datos que desee propagar” (Exp. N° 00009-2014-PI/TC).

Consideramos que las situaciones o aspectos que se encuentren reguladas por el derecho a la intimidad, en primer término se encontrarán delimitada por nuestra normatividad, jurisprudencia usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

Recordemos que estos aspectos se pueden dar sin importar el lugar; es decir, puede ser un ambiente público o privado, pues el hecho que una determinada situación se ejecute en un ámbito considerado público no quiere decir que no sea protegida por el derecho a la vida privado (intimidad).

Obviamente el principio es que aquello que está vinculado a la intimidad se desarrolla en lugares privados y exentos del acceso de extraños, pero debe admitirse que ciertos hechos deben conservar reserva y privacidad, y no ser divulgados, a pesar de verificarse en “lugares públicos” (Eguiguren, 2004, pp. 98 - 99).

Por tanto, existen muchos aspectos que pueden estar dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada (intimidad) independientemente del espacio y tiempo en que se desarrollen y la persona reserve para sí. A nuestro modo de ver corresponde al juez hacer un análisis caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al caso para determinar la vulneración del derecho.

b. DAÑO - EVENTO Y DAÑO - CONSECUENCIA

Como lo señalamos la afectación al derecho a la vida privada — intimidad — se configura como daño a la persona. En ese sentido opina Fernández (s/f) al señalar:

El "daño a la persona" comprende, como se ha apuntado en su lugar, tanto el daño-evento, es decir, la lesión en sí misma, y el daño consecuencia, es decir, los efectos derivados del evento dañino. Estos son dos aspectos del unitario concepto de "daño" por lo que no cabe separarlos. Si no hay evento dañino no hay daño y, así mismo, si no aparecen consecuencias no se puede tampoco aludir a la existencia de un daño (p. 28).

“Así tenemos que se habla de un daño – evento (lesión del interés tutelado) y un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)” (Espinoza, 2012, p. 712).

En ese sentido, el daño a la persona, configurado por la afectación del derecho a la intimidad, a nuestro modo de ver sería el daño evento y el daño consecuencia estaría configurado por el daño emergente, lucro cesante o daño moral. Desde esa perspectiva cabe preguntarnos ¿Cómo se configuraría el daño moral, daño emergente y el lucro cesante en los casos de afectación del derecho a la intimidad?

Consideramos que el **daño moral** se puede ocasionar en la persona que ha visto expuesta al público, aspectos o circunstancias que ha reservado para sí, configurándose un malestar psíquico de dolor, angustia, pena, vergüenza. Ello debe tener en cuenta que los casos que implican la intromisión en la vida privada (intimidad) de las personas muchas veces (por no decir en su mayoría) son de sujetos que pertenecen al ámbito artístico o de espectáculo, así como, al ámbito de la administración pública; quienes ven, este ámbito (intimo) reducido. En esos casos existen vinculaciones con personas comunes que al ser relacionadas con los personajes públicos ven afectado su derecho a la intimidad. Con ello quiero decir, que existen casos en donde la información que se difundió será sujeta de críticas, análisis, comentarios de los panelistas, conductores, etc. de los medios de comunicación, lo cual nos lleva a determinar que la intensidad del daño moral se debe analizar conforme la repercusión que tuvo la información que se difundió, pues una cosa es difundir la información y otra es utilizarla con la finalidad de crear morbo, haciendo

críticas que afecten los sentimientos de la persona y generando una opinión con respecto a ella que en las mayorías de caso son negativas, pues obedecen a burlas, o alusiones verbales groseras que dejan a la persona en estado de vergüenza, angustia, dolor por haberla puesto al escarnio del público. En consecuencia, “[...] puede causar graves daños a la intimidad de las personas, incluyendo lo inferido por invitados a comentar u opinar sobre noticias o temas propuestos [...]” (Zavala, 2011, p. 527).

Además de ello, se deberá tener en cuenta las características particulares de la víctima y, en este caso, del medio de comunicación. Como por ejemplo: la actividad que desempeña la persona (víctima), es muy diferente ser un personaje del espectáculo que constantemente se encuentra en escándalos a que ser un juez probo; la edad de la persona (víctima), pues la angustia que se ocasione a un adolescente es mayor a la angustia que se le pueda ocasionar a un adulto mayor, por la etapa que está pasando, pues la adolescencia es una etapa donde la persona está definiendo su personalidad. En el caso de los medios de comunicación se tomará en cuenta, el tipo de medio, la repercusión que tiene (ámbito local, regional o nacional), si cuenta con una página web o Facebook, etc. [esto lo analizaremos más adelante].

También se deberá tener en cuenta las circunstancias en que se produjo el supuesto concreto de la responsabilidad civil.

Con respecto al **daño emergente y lucro cesante** como categorías que pertenecen al conjunto de daños patrimoniales, se configurará en los casos en que la persona que se desempeña en algún cargo o desarrolle alguna actividad ve que su vida privada (intimidad) fue puesta al descubierto, por lo que ese hecho generó una opinión negativa en su jefe o en

sus consumidores o usuarios; ocasionando su despido o la caída de sus ganancias. Un caso claro (a modo de ejemplo pedagógico), puede ser de una modelo que hace contrato con una famosa empresa que se dedica a vender productos para la familia, la cual determina la resolución del contrato pues considera que la modelo no cumple con los estándares de una mujer íntegra, a raíz de la difusión de información que demuestra que la modelo le es infiel a su esposo o pareja.

3.2.4. LA RELACIÓN CAUSAL

La relación causal o el nexo causal es aquel elemento que vincula el evento lesivo (hecho) y el daño producido; es decir, debe existir una correspondencia de causa y efecto, siendo la causa una adecuada, capaz de producir el efecto (consecuencia) que se plantea.

La «relación causal» es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño (evento dañoso) y el daño propiamente dicho. Esta relación causal es importante porque nos permitirá determinar dos aspectos principales: a) Entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño cuál es aquel que lo ocasionó (causa) y b) Entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados cuáles merecerán ser redistribuidos. Para tal propósito será fundamental el uso del «criterio de determinación» adoptado por la teoría sobre la Relación Causal asumida por nuestro Código Civil de 1984 (Beltrán, 2004, p. 260).

De la misma manera opina Espinoza (2005) cuando señala que el objeto del nexo causal tiene doble relevancia, el evento lesivo (causalidad fáctica), pues se procede a la reconstrucción del hecho para imputar la responsabilidad y para el daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas por las que el actor deberá responder.

Desde esa perspectiva, teniendo en cuenta la doble relevancia del nexo causal, analizaremos el tema en estudio.

a. CAUSALIDAD DE HECHO O FÁCTICA

Aquí corresponde determinar si el evento (hecho) fue suficientemente determinante para ocasionar el daño, en este caso el daño a la persona por la afectación del derecho a la intimidad (daño – evento). En ese sentido responderemos las siguientes preguntas:

¿Cuál es el evento lesivo (hecho)?

“Cuando hablamos de un hecho aludimos a una modificación del mundo exterior que sucede en un momento dado y en cierto lugar, con la intervención de personas y cosas que constituyen los elementos actuantes” (Bustamante, 1997, p. 267). Este hecho o evento se constituye en lesivo cuando la conducta antijurídica ha sido productora de un daño.

En ese sentido, determinar el hecho lesivo nos lleva a responder la pregunta ¿qué causa el daño?

En el caso planteado, el evento lesivo o el hecho dañoso, es la intromisión en la vida privada con la finalidad de obtener información y la posterior difusión de ésta a través de un Medio de Comunicación.

Es decir, se evidencia una conducta lesiva que consiste en la publicación de información que no cumple con los requisitos constitucionales de respetar la vida privada (íntima) de la persona.

Es pertinente, aclarar que la información que se difunde debe ser analizada pues la forma en cómo es publicada (es burlona, sarcástica, ofensiva, etc.), la calidad y actividad que desempeña la persona de quién es la información (persona común, personajes público o

notorio), la opinión que podría generarse de la persona por parte del público, resultan ser importante para determinar si el evento podría ocasionar el daño que se pretende atribuir (daño a la persona, daño moral, lucro cesante y daño emergente). La conducta lesiva se analizará de acuerdo a las situaciones dañosas a la vida privada²⁴.

¿Cuál es el daño producido?

Como bien lo mencionamos en el desarrollo del elemento de la responsabilidad civil, el daño, son:

Daño – evento: Constituido por el daño a la persona por la vulneración de un derecho fundamental, derecho a la vida privada (intimidad).

Daño – consecuencia: Constituido por el daño moral, daño emergente y lucro cesante.

¿Quién lo produce?

Lo produce el Medio de Comunicación Social (persona jurídica), por la falta de cuidado y vigilancia en las publicaciones o transmisiones de sus dependientes. Es importante tener claro, como lo veremos más adelante que existe dos fenómenos que se han expandido y se han vuelto parte de la labor que desempeñan los medios de comunicación, el periodismo amarillo y el sensacionalismo; es decir, bajo ese contexto, los medios de comunicación no sólo responderían por la falta de cuidado en lo que publican sus dependientes sino por tener dentro de sus políticas crear morbo en el público para así obtener ventajas económicas.

²⁴. Tema que se desarrolló en el acápite b.1 del III capítulo.

Bullard (2010) señala que “la causalidad adecuada se relaciona directamente con la predictibilidad del daño, es decir con la capacidad del actor de identificar, al momento de llevarse su conducta, cuáles podrían ser las posibles consecuencias de sus actos” (p. 740). Esto resulta ser muy importante para nuestro análisis, pues la labor de los medios de comunicación envuelta dentro de los fenómenos del sensacionalismo y periodismo amarillo hace que el actor (medio de comunicación) pueda predecir la producción de daños que afecten la intimidad de las personas, más si el medio de comunicación tienen como política indagar dentro de este ámbito.

b. CAUSALIDAD JURÍDICA

Como lo señala Bustamante (1997) y Espinoza (2010), en este supuesto se determinan las consecuencias dañosas que deberán susceptibles de resarcimiento; es decir, entre unas series de daños, cuál es el daño resarcible. Como lo venimos mencionando los daños que se podrán resarcir obedecen al cumplimiento de ciertos eventos y cualidades que posee la víctima. Pues son cuatro los daños que se podrán resarcir, daño a la persona, daño moral, daño emergente y lucro cesante. El primero es susceptible de resarcimiento pues al difundirse la noticia afectó un derecho: vida privada (intimidad); daño moral, porque la publicación o difusión de la información ocasionó angustia, dolor, detrimento en la persona; daño emergente y lucro cesante se dará en el supuesto que la persona haya visto un detrimento en su patrimonio a causa de la información difundida²⁵.

²⁵. Este tema ha sido analizado en el acápite 3.2.3 del Capítulo III.

3.2.5. FACTOR DE ATRIBUCIÓN

Este elemento de la responsabilidad civil responde a la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, es decir ¿a título de qué es responsable el Medio de Comunicación? Como lo veníamos advirtiendo el Medio de Comunicación, una persona jurídica, responde por el factor de atribución objetivo.

Enmarcado la responsabilidad civil de los medios de comunicación (personas jurídicas) dentro del sistema objetivo es pertinente establecer que el factor de atribución es el riesgo. La actividad desempeñada por los medios de comunicación es riesgosa y éste riesgo no se evidencia por el sólo hecho de “informar” sino que somos de la tesis que una actividad riesgosa lo es en tanto el ser humano hace que ella sea así.

Para esclarecer este punto es pertinente citar al maestro Bustamante (1997) quien refiriéndose a las cosas riesgosas señala:

Un esfuerzo de sistematización nos permite ubicar en un sector de las cosas que normalmente no son peligrosas, y en otro sector aquellas que normalmente son peligrosas. Las primeras carecen de autonomía de dañar: solo son peligrosas como instrumentos del hombre [...] (p. 414).

A *pari*, la actividad de informar carece de autonomía de dañar: solo es riesgosa como instrumento de los Medios de Comunicación. Es decir, la libertad de información no constituye de por sí una actividad riesgosa, sólo adquiere esta calidad por el manejo que le brindan los Medios de Comunicación (persona jurídica). Desde nuestro punto de vista ese manejo está orientado a crear morbo en la audiencia a través de información que implique la vida privada (intimidad) de las personas y ello obedece a seguir los principios que se fundan en el sensacionalismo y el periodismo amarillo.

Desde esa perspectiva, consideramos que la actividad que desempeñan los medios de comunicación se constituye en riesgosa pero no por el simple hecho de informar sino por el manejo que hagan de ésta, pudiendo deformarla a su libre albedrío.

Por su parte Zavala (2011) atribuyendo la calidad de riesgosa a la actividad informativa, teniendo en cuenta el carácter empresarial del medio de comunicación, señala:

Resulta indudablemente riesgosa la actividad informativa desenvuelta con carácter empresarial (independientemente de que los titulares sean personas físicas o jurídica), pues implica despersonalización y un manejo complejo y acelerado de recursos humanos y materiales, muchas veces ajenos- como agencias noticiosas- que no son cabalmente controlables, y en terreno que entraña grave peligro para la dignidad de sujetos aludidos en las noticias, en especial cuando tienen difusión masiva (p. 266).

Esta afirmación nos lleva a lo que en la doctrina se denomina responsabilidad civil del empresario por riesgo de empresa, en la cual la figura del dependiente y su personal culpabilidad pasan a ser jurídicamente irrelevantes al momento de imputar responsabilidad al titular de la empresa. El daño es el resultado más o menos inevitable de la actividad propia de una determinada empresa (De Ángel, 1995).

En ese sentido, la responsabilidad civil empresarial se basa en que todas las empresas deben responder, por daños a terceros, como consecuencia directa del desarrollo de su actividad pues se considera que el “conducir las actividades de una empresa implica un riesgo adicional para todos los miembros de una determinada colectividad, todos los cuales se benefician de las enormes ventajas [...] de las actividades empresariales en las diferentes facetas de la vida diaria y distintas actividades económicas y productivas” (Taboada, 1999, p. 16).

Los señalado por Taboada nos lleva a inferir que son dos actores que se encuentran beneficiados con la actividades empresariales, en primer término el empresario quién obtiene las ganancias que le proporciona el desarrollo de determinada actividad y en segundo lugar la colectividad o los consumidores quienes son los que gozan de la misma. Se podría hablar de una corresponsabilidad, pues es la sociedad que permite el desarrollo de ciertas actividades con la finalidad de satisfacer una necesidad.

La responsabilidad civil de la empresa se ha construido bajo la noción de riesgo – beneficio. Con respecto a ello Taboada (1999) señala:

La noción de riesgo está en el simple hecho de desarrollar actividades empresariales sirviéndose de determinadas personas y bienes, gozando de los beneficios de los mismos, lo que justifica que en caso de daños causados por cualquiera de estos bienes o sujetos, perjudicando a terceros, el privilegiado deba soportar las desventajas siendo responsable frente a las víctimas [...] (p.18)

¿Cómo se beneficia la empresa? En primer término económicamente, por lo que ello justificaría que se responsabilice de los daños que ha ocasionado el desarrollo de la actividad.

Como lo hemos mencionado, “no solamente el empresario se beneficia con la actividad (riesgosa) iniciada: también lo hace el servidor y (dañado) los mismos consumidores, proponiéndose una difusión social del riesgo” (Espinoza, 2013).

Tragzenies (2001) ejemplificando de qué manera se podrían ver beneficiadas los consumidores describe el beneficio que obtiene la sociedad con la existencia de vehículos.

Por consiguiente [...] no sólo los conductores de automóviles sino la sociedad toda se beneficia también con la existencia de vehículos rápidos, que son mayores productores de riesgos pero que tienen ventajas indudables para la manera general de vivir de todos los miembros del grupo social. Consecuentemente, si la sociedad acepta el riesgo a

cambio de los beneficios, debe compartir también parte de la responsabilidad derivada de los accidentes rutinarios (no producidos por dolo ni por culpa inexcusable) (p. 57).

Desde esa perspectiva “la sociedad toda es responsable de los daños rutinarios de la vida en común y, consecuentemente, hay que trasladar el costo de la indemnización a toda la sociedad” (Tragzenies, 2001, p. 58). Ello se logra a través de dos medios de difusión social del riesgo (costo), el sistema de seguro y el sistema de precios.

[...] La primera es el sistema de seguros, mediante el cual todos lo que contratan un seguro se distribuyen el costo del accidente que finalmente el asegurador cubrirá. La segunda forma es a través del sistema de precios. Así al trasladarse el costo de los daños a una empresa, ésta podrá a su vez trasladar dicho costo, fragmentado, al precio de sus productos y servicios. Finalmente el costo del accidente es asumido por todos los consumidores (Bullard, 2010, p. 802).

Consideramos que para efecto del presente trabajo de investigación quién se encontraría en mejor posición para trasladar el costo que ocasiona el desarrollo de actividades empresariales al resto de la sociedad sería el Medio de Comunicación Social a través del sistema de precios. En tal sentido, ello sería posible mediante el precio que se le asigne, en este caso, a su principal servicio que le genera rentabilidad, la publicidad.

3.3. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

¿Por qué establecer criterios? A nuestro modo de ver los criterios uniformizarán las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia

de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales (Fundamento 7 del EXP. N 03950 2012-PA/TC).

Desde esa perspectiva, los criterios descritos en este acápite deberán ser tomados como pautas a tener en cuenta para resolver casos en donde se impute responsabilidad civil a un medio de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad. Es preciso resaltar que estos criterios son pautas mínimas y son el resultado del análisis de la norma, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

3.3.1. SE INFIERE LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL UNA VEZ DEMOSTRADO LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Según el Diccionario Real Academia Española (RAE) señala que la presunción es el “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”; entendemos que el hecho no probado es aquel que se deriva de un hecho que sí debe ser probado (hecho base).

Por su parte, el artículo 277 del Código Procesal Civil, establece que presunción “es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal²⁶ o judicial²⁷”

²⁶. Artículo 280 del Código Procesal Civil.- En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

²⁷. Artículo 281 del Código Procesal Civil.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

Josserand (citado por Hernández, 1985) define a la presunciones como “las consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, agregando que son operaciones de la inteligencia o inducciones efectuadas por el juez o el legislador” (p.32).

Donaires (2008) afirma que “es el razonamiento que sobre la base de un hecho conocido se conoce otro desconocido (presumido). Así, sus elementos son: 1) Hecho investigado (desconocido); 2) Hecho indicador (conocido); 3) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y, 4) Certeza del hecho investigado (conclusión)” (p. 118).

Por su parte Zavala (1994) establece a diferencia que Donaires (2008) tres elementos que tiene la presunción, como son: la afirmación base (hecho conocido), afirmación resultado (afirmación presumida) y el enlace. Se entiende por el primer elemento al hecho que debe estar plenamente probado; es decir, el juez debe tener plena convicción de que el hecho se encuentra acreditado para que pueda formar la presunción. Por el segundo se entiende que es el resultado de acreditación de la afirmación base, la característica principal de la afirmación presumida es su diversidad respecto de la afirmación base, la afirmación presumida no sólo tiene que ser distinta de la afirmación base, sino que además no debe estar comprendida en las notas de la primera. El tercer elemento, enlace, permite el paso de la afirmación derivada de los medios de prueba (afirmación base), a la afirmación presumida relevante para el juicio de hecho de la sentencia.

Por otro lado el artículo 278 y 279 del Código Procesal Civil establecen dos clases de presunciones, la absoluta²⁸ y la relativa²⁹, también llamadas: *iure et de iure* e *iuris tantum*, respectivamente.

La presunción absoluta es entendida como aquella que no admite prueba en contrario; es decir, una vez acreditado la afirmación base (hecho conocido) el juez debe dar por cierto la afirmación presumida sin admitir prueba en contrario. Un ejemplo de ello se encuentra establecido en el artículo 2012 del Código Civil: “se presume, **sin admitir prueba en contrario**, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

La presunción relativa “admite prueba en contrario (*iuris tantum*); esto es, por mandato de la ley se presume o se tiene por cierto un determinado hecho una vez que se haya acreditado el antecedente o elemento indicador, sin embargo, la ley admite prueba en contrario” (Donaire, 2008, p. 119). Un ejemplo, lo encontramos en el artículo 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”

Asimismo, tenemos las siguientes presunciones: “presunción legal de domicilio”, a la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre (artículo 41 del Código Civil); “presunción de conmorienca”, si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y

²⁸. Artículo 278.- Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.

²⁹. Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios (artículo 62 del Código Civil); "presunción de filiación matrimonial", el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido" (artículo 362 del Código Civil); "presunción de la propiedad", quien posee un bien, se le presume propietario del mismo (artículo 912 del Código Civil); "presunción de igualdad de cuotas", según la cual las cuotas de los propietarios se presumen iguales (artículo 970 del Código Civil); "presunción de culpa del deudor", se presume la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya (artículo 1139 del Código Civil); "presunción de culpa leve del deudor", se presume la inexecución de la obligación, o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329 del Código Civil) "presunción de contrato a plazo indeterminado", en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (Artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico abundan las presunciones legales; es decir, no somos ajenos a la regulación y aplicación de presunciones. En ese sentido, teniendo en cuenta ello, es que hemos visto la necesidad de regular, en los casos de responsabilidad civil de los medios de comunicación por afectación del derecho a la intimidad, la presunción "se infiere la presunción del daño moral una vez demostrado la vulneración del derecho a la intimidad", el daño a la persona a nuestro entender sería la afirmación base, lo cual se demostraría acreditando la existencia de vulneración al derecho a la intimidad.

¿En qué se sustenta ésta presunción?, consideramos que el derecho a la intimidad tiene como consecuencia natural la producción de malestar, tristeza, pena, etc. en la persona,

quién ve ese ámbito que ha guardado para sí, conocido o divulgado por los demás. Así lo podemos inferir de García (2013), quién señala:

“la intimidad es percibida como aquel reducto de reserva y aislamiento que por propia decisión deviene en inimpugnable e inmune a la curiosidad o conocimiento de los otros; so pena de causa recelo, turbación moral, afectar el pudor o el fomento de la depreciación social” (p. 32).

Por otro lado, muchos autores coinciden que la acreditación del daño moral es muy difícil, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, sin que ello signifique que no sientan angustia, pena o tristeza.

La presunción del daño moral, es un criterio tomado por la legislación española, específicamente por el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (España), el cual establece que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima. Atienza (2012) señala:

(...) la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado (p.220).

En relación con la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho a la intimidad puede afirmarse que sin daño no hay responsabilidad. Si bien la Ley Orgánica Española, en su art. 9.3 señala que "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima" Cuando se produce una vulneración del derecho a la intimidad implicará un daño que al menos será de carácter moral; es decir se presumirá lo que llega a ser, no solo, elocuente por la dificultad de su probanza sino también por la previsibilidad de su producción (Bermejo, 2016); es decir, se presume el daño porque es previsible que la intromisión y la difusión de la intimidad de la persona ocasione angustia,

pena, nostalgia, etc. en la persona que ha visto el ámbito que reserva para sí afectado producto de una intromisión ilegítima.

Nuestro sistema jurídico no es ajeno a la aplicación de la presunción del daño moral, es así que tenemos: La Casación N° 2084-2015 – Lima, en el fundamento sexto, establece la aplicación del supuesto de presunción de daño moral:

(...) ante la dificultad para probar el daño moral, esta Sala Suprema ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. (...) . Nótese que en autos se encuentra acreditado que el demandante tuvo que acudir ante el Poder Judicial, mediante el proceso de amparo, a fin de conseguir que la entidad demandada cumpliera con otorgarle una nueva pensión, acorde con la Ley número 23908. Ante ello, resulta comprensible que el accionante haya podido sufrir daño moral (lesión a su sentimiento), debido a que se vio obligado a seguir el itinerario judicial en mención, ante la negativa (ilegítima) de la entidad demandada de reajustar la pensión que percibía, en consecuencia, devendrían en irrelevantes los argumentos esgrimidos por el Colegiado Superior tendientes a establecer una pretendida falta de acreditación del daño moral.

Más allá de la discusión de sí en este caso cabe presumir el daño moral, es evidente que nuestros jueces son de la opinión que el daño puede ser presumible en ciertos casos, es así que el principal fundamento para aplicar este criterio se encuentra en el fundamento sexto de la casación mencionada:

El daño moral (artículo 1984 del Código Civil) es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo, inclusive, fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Del mismo modo, tenemos la Casación N° 4844-2013 – Lambayeque, en su fundamento primero señala: “El daño moral se presume, surge de los hechos, de las circunstancias del

caso, cuya prueba es innecesaria cuando se pretende un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa (...).”.

Como vemos nuestra jurisprudencia se ha inclinado a aplicar la presunción del daño moral, en ciertos casos en dónde es difícil probar su existencia; es decir, esto tiene vinculación con la carga de la prueba (quién debe probar el daño moral). En ese sentido como señalan Cárdenas & Gonzales (2007):

(...) partiendo del análisis de nuestra jurisprudencia se puede establecer que a efectos de distribución de la carga de la prueba, se puede hablar de dos “tipos” de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia puede presumirse; y por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada (...). En general, la doctrina no cuestiona la utilización de este medio de prueba respecto a la acreditación del daño moral, lo que nos parece acertado ya que su uso es perfectamente lícito siempre y cuando se cumplan los respectivos requisitos legales, las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños debidamente acreditados en el proceso, y en todo caso, se admite la prueba en contrario (p.225)

Por lo que, la presunción del daño moral se configuraría en los casos en que se acredite plenamente la intromisión ilegítima a la intimidad de las personas (daño a la persona), admitiéndose prueba en contrario; es decir, el demandado tiene la posibilidad de acreditar la no producción del daño moral.

3.3.2. LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEBE SER CONSIDERADA COMO UNA ACTIVIDAD RIESGOSA.

Según Taboada (2015) señala que el riesgo creado supone la realización de un daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa, donde el autor del daño no necesariamente es culpable sino se le responsabiliza por el riesgo (adicional) que creó por ejercer determinada actividad o utilizar determinado bien; es decir el factor de atribución, culpa, se ausenta de modo tal que la culpa no sea intrascendente para la configuración de un supuesto de

responsabilidad extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la calidad del bien o actividad como riesgosa.

Teniendo en cuenta ello, nos preguntamos ¿Por qué consideramos que la actividad (informativa) que realizan los medios de comunicación es riesgosa?

Los medios de comunicación promueven la conciencia social a través de la amplia fuente de información y conocimiento que poseen y transmiten en cuestión de segundos. La opinión pública se forma o deforma por la información que se transmite a través de los medios de comunicación, ahí radica su importancia, lo cual se centra en la influencia que tienen en el comportamiento y opinión de las personas.

Los medios de comunicación forman parte de la estructura social, si hablamos de ellos como empresa podríamos decir que en la actualidad poseen un gran poder de persuasión y control regidos por reglas que impone el mercado, la economía, lo político, entre otros. Es decir, la industria informativa está guiada por intereses y grupos de poder que manejan la información según los objetivos que desean lograr. Ello, ha sido confirmado a través de la historia lo cual nos permite ver la relación que existe entre los medios de comunicación y los grandes grupos de poder que gobernaban o gobiernan, dirigen o dirigían nuestro Estado.

Por su parte, Gargurevich (1972) señala:

Durante muchos años las empresas editoras ocultaron cuidadosamente el origen de sus capitales. El lector común y corriente conocía solo el nombre del Director, quien generalmente era a su vez conocido solo por sus presuntas virtudes y posición política. Fuera de los más altos círculos políticos y económicos nadie sabía a ciencia cierta quien o quienes eran los propietarios de los diarios (p. 49).

Agrega el mismo autor, haciendo referencia a los grupos de poder que estaban detrás del manejo de los medios de comunicación:

Ese grupo de poder es que dominaba todo el “mass media” peruano y especialmente los diarios de capital al 3 de octubre de 1968. Todo este grupo se encontraba siempre integrado por los “lobbies” o entidades gremiales (a excepción de los jefes militares) y que no eran otra cosa que verdaderos parachoques. Todos los accionistas de los periódicos de Lima – hay rarísimas excepciones- pertenecían a alguna de estas instituciones: Sociedad Nacional Agraria, Sociedad Nacional de industrias, Sociedad Nacional de Pesquería, Sociedad Nacional de Minería y Petróleo, Cámara de Comercio, Confederación Nacional de Comerciantes, Asociación Nacional de Bancos y Federación de Aseguradores.

Estas organizaciones consideraron a los diarios como su medio de comunicación por excelencia: participaban en su capital accionario a través de sus miembros; influían directamente en la política editorial; los sostenían económicamente a través de la publicidad. En fin, una telaraña de la cual era muy difícil desasirse (pp. 55 – 56).

Un claro ejemplo de ello, es Banchemo Rossi a quién se le consideró un magnate de la prensa. Él formó la Empresa Periodística Nacional – EPN, de la cual era el accionista principal, controlaba seis diarios y una revista en el Perú. Todo el directorio estaba formado por integrantes de la Sociedad Nacional de Pesquería, entidad que llegó a controlar el ochenta por ciento de la producción nacional de harina de pescado.

El principal movimiento de esa partida consistía en difundir a través de los diarios – y por supuesto con mayor vehemencia en el Correo- la especie de que el sector pesquero atravesaba serias crisis y que los intereses y económica del país se verían seriamente afectados si descendía la producción de harina de pescado, la principal proveedora de divisas. La táctica había rendido frutos un par de veces. Primero la campaña a modo de colchón, luego la acción de los parlamentarios manejada a través de un auténtico “lobby” y finalmente la obtención de una ley que concedía ventajas tributarias (Gargurevich, 1972, p. 35).

Por su parte, Jiménez & Ramos (2013) siguiendo la misma línea, señalan:

En la sociedad actual encontramos una “Fusión de poderes” o concentración en pocas manos (personas o familias) del poder económico, político y de la información. [...] en nuestro país, tenemos varios ejemplos. La familia Miro Quesada es dueña del grupo El Comercio que maneja varios diarios de circulación nacional, además de tener control de canales de televisión abierta y otro por cable. Estos casos de concentración del poder de información en pocas manos, también los encontramos en las ciudades

del interior del país donde los propietarios de empresas periodísticas incursionan en prensa escrita, radio y televisión, al mismo tiempo, buscando incrementar su cobertura, influencias y ganancias. Así, la concentración de poder en pocas manos constituye una clara amenaza a la libertad de prensa y a la democracia de todo el país (Jiménez, M & Ramos, 2013, pp. 55 - 56).

Detrás de los medios de comunicación siempre hubo interés económicos de por medio pero también intereses políticos. Entre los años 1990 y 2000, la prensa fue utilizada para desacreditar, difamar y atacar a los enemigos políticos de Alberto Fujimori.

Fue así como durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990 - 2000), se utilizó a un grupo de diarios chicha para levantar la imagen y favorecer las obras del entonces presidente, creando caos y confusión entre la opinión pública. Como se comprobaría posteriormente, Fujimori y su ex asesor Vladimiro Montesinos subvencionaron y pagaron grandes cifras de dinero a los dueños de estos diarios con el fin de difamar en las primeras planas a todo aquel que representara la oposición. Las noticias que aparecían a diario eran nada menos que un show circus. [...] . De la misma manera, algunos canales de televisión se unieron a las maniobras sucias del Gobierno exaltando una actitud favorable y condescendiente frente a la ex dictadura (Cappellini, 2004, p. 35).

Este caso fue judicializado penalmente; es así que, en la sentencia sobre el caso de los “Diarios Chicha” (Expediente N° 63 – 2009/ Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima) se condena por el delito de peculado doloso a ocho años de cárcel a Alberto Fujimori, quién en su condición de Presidente de la República ordenó, entre los años de 1998 – 200, sin ningún sustento legal, desvió fondos de la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia (SIN) por un monto de s/. 122 000,000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de “Gastos reservados”, fondos que fueron utilizados para comprar titulares de los denominados “Diarios Chicha” para su campaña de reelección presidencial para el periodo 2000 – 2005, con los que se manipuló a la opinión pública, denostando a los adversarios políticos. Los Diarios Chicha que se compraron fueron: “El Mañanero”, “La Chuchi”, “Mas”, “El

Chato”, “Conclusión”, “El Tío”, “El Chino”, “La Yuca”, “El Men”, “Referendum” y “Así es”.



Imagen 1. Diario El Comercio.pe, 2015.



Imagen 2. La mula.pe, 2015.

Cabe resaltar que tras un fallo muy cuestionado, La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R.N. N° 615 – 2015/ Lima) declaró la nulidad de la condena que pesaba sobre el expresidente de la República, Alberto Fujimori, por el caso Diarios Chicha

El mismo modus operandi fue utilizado por el ex Presidente Regional de Ancash, Cesar Álvarez. Así lo demuestra el escandaloso caso conocido como “La Centralita”, donde esta autoridad dirigió una red corrupta y criminal de sobornos a propietarios de pequeños medios de comunicación, televisoras locales ubicadas en Chimbote, Casma y Huaraz. Algunos medios o programas creados por él; donde los temas editoriales eran elegidos y

determinado por éste; metían y sacaban a periodistas, pagándoles a con la finalidad de desacreditar y/o desprestigiar a sus opositores, quiénes no aceptaban ser sobornados (Chimbote en Línea, 2017).

Por este caso, el Ministerio Público, a través del fiscal Elmer Chirre, ha solicitado 30 años de cárcel para el expresidente regional Cesar Álvarez y otros imputados, por los delitos de colusión, peculado, asociación ilícita para delinquir, violencia y resistencia a la autoridad y lavado de activos.

Estos escasos pero ilustrativos casos nos demuestran que los medios de comunicación siempre han seguido la línea que los grandes grupos de poder les han impuesto, pues han encontrado en ellos una manera de legitimar sus actos ante la sociedad. Los medios de comunicación “muchas veces no pueden entregar a la sociedad informaciones “pura”, “objetiva” e “imparcial”. Esto sucede generalmente por la influencia e injerencia de los grupos de poder sobre ellos (político y económico)” (Jiménez, M & Ramos, 2013, p. 56).

Existe una instrumentalización o manipulación de los medios de comunicación lo cual ha generado todo un libertinaje informativo.

Los mensajes difundidos por los medios impresos, radiofónicos, audiovisuales o interactivos actúan como la dinamita, que sirve para destruir pero también para excavar los cimientos de nuevas construcciones. El buen criterio de los directivos es clave para la homeostasis de la comunicación pública: al respetar los derechos de las personas y de las comunidades, los contenidos no generan residuos contaminantes que deterioren los sistemas sociales. Por el contrario, cuando se actúa con perspectivas reduccionistas se producen desequilibrios peligrosos: adquiere protagonismo excesivo el afán del lucro de los propietarios, o las demandas de los anunciantes, o las injerencias del poder político, o los intereses de los grupos de presión (Pérez, 2012, p. 22).

Jiménez & Ramos (2013) señala que “El interés de todas las empresas periodísticas en propaganda y publicidad para obtener mayores ganancias, provoca que estas queden

sometidas a intereses de diversos grupos de poder” (p.57), quienes establecen y ponen en agenda la información que se deberá difundir. Es decir, la libertad de información se encuentra sometida por la libertad de empresa, en muchos casos.

Por otro lado, es importante señalar que aunado a lo manifestado, tal como lo saca a relucir Jiménez & Ramos (2013) “La propia estructura de la empresa periodística es la que otorga las facultades para que esto sea así, pues el director mantiene una la directriz general y editorial del medio, quien ya previamente habría tenido una serie de reuniones con los propietarios de la organización y tiene bien claro cuál es la línea periodística que habrán de seguir los periodistas (p. 59). Es decir, esto ya no se trata del periodista que redactó la noticia, de quién la comentó, del que la presentó en la televisión, etc. sino se trata del aparato organizativo empresarial, medios de comunicación, que orienta sus fines y objetivos a hacer de la información un arma riesgosa. Por lo que confirmamos nuestra teoría, los medios de comunicación realizan una actividad riesgosa, entendiéndose ésta, como el uso o manipulación que hacen de la información llegándola a distorsionar con fines económicos.

Si bien es cierto, el buen criterio al momento de difundir la información debería primar; sin embargo, ello no es así, los medios de comunicación haciendo uso del gran poder que poseen difunden información indiscriminadamente sin evaluarse si realmente resulta ser relevante. Actualmente las noticias, programas, etc. que se difunden a través de los medios de comunicación resaltan el escándalo, el chisme, lo indiscreto, íntimo, etc. con la única finalidad de obtener audiencia y así obtener mayores beneficios económicos.

Es innegable que esta actividad “informar” es un recurso económico muy provechoso para la industria de la comunicación, lo que ha conllevado a que se creen nuevas formas de transmitir la noticia con la finalidad de tener mayor audiencia. El sensacionalismo, una herramienta para lograr estos fines, según Marín (citado por Castillo, 2013) “contamina el discurso informativo para elevar la audiencia hacia el producto periodístico” y también diría televisivo, radial, u otro medio de comunicación.

El sensacionalismo es un fenómeno que privilegia el morbo con el fin de llamar la atención del público, con respecto a ello, Nivea (1994) señala:

“Es una actividad de identificación y exacerbación del carácter singular de los acontecimientos a través del énfasis, incremento o sustracción de elementos lingüísticos, visuales (sonoros) e ideológicos, por medio de repetición de temáticas que contienen conceptos y valores que se refieren a la violencia, la muerte y la desigualdad social” (p. 146).

En pocas palabras, este fenómeno privilegia el espectáculo, el libertinaje informativo y la invasión en la intimidad de las personas.

En este contexto, como señala Redondo (2013) “el sensacionalismo informativo se desarrolla en la actualidad al amparo de la flexibilidad de un marco legal que salvaguarda, de forma general, la libertad de prensa” (p. 594) o como diríamos la libertad de información y expresión, ello es el denominador común de todos los medios de comunicación quienes se escudan bajo el derecho a la libertad de información y expresión para esculcar en la vida de las personas difundiendo aquello que se considera íntimo o parte de la vida privada.

Es un fenómeno que se ha impregnado en nuestra “mass media” sensacionalismo o amarillismo, formas de transmitir el mensaje que han sido utilizados a través de la historia.

Siendo el inventor de la prensa amarilla o sensacionalista, William Randolph Hearst, quién “logró que sus periódicos alcanzaran circulación jamás vista en la historia del periodismo universal. Dejo como lección el amarillaje, una manera de hacer periodismo basado en mentiras, exageraciones, verdades de medias, titulares desproporcionados, todo un modelo que muchos seguirían y en todo el mundo” (Garguverich, 2002, p. 78).

En todo el mundo se siguió esta forma de hacer periodismo en mayor o menor nivel. Esta práctica sobre todo se ha evidenciado en el periodismo de entretenimiento (que en la actualidad ha alcanzado a ser parte de los principales medios de comunicación: televisión, radio, internet, etc.), como señala Vagas (como se citó en Patiño, s/f): “Y es un periodismo de entretenimiento, no de información que explota — y con mucho talento — los peores instintos, la maledsencia, la curiosidad por la vida privada, algo que por desgracia prende en todos los sectores y contra lo que no están vacunados los ciudadanos cultos o educados”(p. 5).

Pérez (2012) señala con mucho acierto que “los mensajes de información o entretenimiento hacen que los ciudadanos estén mejor informados, sean más solidarios y respeten a los demás o, por el contrario, les convierten en seres incultos, y les impulsan a ser egoístas y tratar de aprovecharse de los más débiles” (p. 34).

Mendoza (2013) haciendo un análisis de lo que sucedió en el Perú entre los años 1990 y 2000 señala que en ésta época:

[...] se practicó también el peor periodismo del que se haga referencia en la historia del país: un “antiperiodismo” o la negación extrema de los new values que sustentan la prensa moderna, responsable e independiente. Los periódicos chichas o populares resucitaron los estilos sensacionalistas y amarillistas que a fines del siglo XIX

impusieron entre otros Joseph Pulitzer y William Radolph Hearst, sino que colaboraron “con el enrarecimiento del clima democrático” (p. 267).

“De los tradicionales diarios amarillistas, la prensa “chicha” copio la mentira, la invención y la fabricación de acontecimientos, pero a extremos nunca antes vistos en el país, en agravio de las personas, su intimidad, honor y buen nombre” (Mendoza, 2013, p. 276). Por otro lado, la misma autora señala que no sólo los periódicos chichas o populares fueron que resucitaron ese estilo de hacer periodismo sino que ello también se trasladó a la televisión, la reina de los medios de comunicación. Y no solo por los beneficios publicitarios y las dadas gubernamentales que recibió del gobierno de Alberto Fujimori sino porque estos aparatos eran accesibles para la población, convirtiéndose en el medio por excelencia preferido por la dictadura de ese tiempo.

Investigaciones posteriores demostrarían que la aparición de nuevos títulos, y principalmente de los tabloides sensacionalistas, no sólo se debió a la iniciativa de los periodistas por desarrollar proyectos editoriales creativos e innovadores o a la proclividad de empresarios peruanos de la comunicación para fundar periódicos casi frenéticamente, sino a condiciones de naturaleza política, económica y cultural que contribuyeron a la expansión del mercado de los diarios (Mendoza, 2013, p. 276).

Esta es la herencia que ha recibido nuestro país, el libertinaje informativo y ello nos ha traído consecuencias abismales que se ven reflejado en la vulneración de derechos fundamentales. Como señala Jiménez & Ramos (2013): “Son varios aspectos a los que podríamos referirnos a consecuencia de un irresponsable libertinaje periodístico, como- por ejemplo- el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, las responsabilidades de la prensa, interés preponderante entre la libertad de información e intimidad, etc.” (p. 86).

En conclusión, los Medios de Comunicación, en su mayoría, no son imparciales ni mucho menos objetivos, se agencian de fenómenos periodísticos que ponen en riesgos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, pues el sensacionalismo o amarillaje, tal

como lo diferencia Mendoza (2013): “el sensacionalismo exagera, golpea las retinas, espectaculariza o, como se dice en el argot del periodístico, “infla”. El amarillismo hace todo eso y más: difama, injuria, calumnia” (p. 276).

Los medios de comunicación a través de diversos programas influyen negativamente en la sociedad pues haciendo uso del ejercicio de libertad de expresión e información difunden información que contamina a la sociedad y la somete a un estilo de comportamiento aislado de valores y principios. Ello se evidencia en la emisión de programas o noticias que muestran un alto contenido de violencia, sexualidad, perversión que afecta a la familia y a la sociedad en su conjunto, pues crea, en muchos casos, modelos de conducta a seguir, tendencias, construyen la agenda sobre temas que discutimos a diario y hasta han cambiado las formas de gobernar y hacer política.

Si bien, el artículo 4 de la Ley de Radio y Televisión señala que “los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”, esto no es así, pues la actuación de los medios de comunicación deja mucho que desear; pues programas como “Combate”, “Esto es Guerra”, “El valor de la verdad”, “Amor, amor, amor”, entre otros, no contribuyen con el respeto de deberes y derechos fundamentales ni con la promoción de valores humanos ni mucho menos con la promoción de la identidad nacional.

Por otro lado no se respeta el horario de protección al menor, establecido en el artículo 40 de la Ley de Radio y Televisión, pues en horarios que median entre las seis de la mañana y

diez de la noche se transmiten programas que no son educativos para los menores sino más bien proporcionan contenidos violento, obsceno o de otra índole similar, que afecta los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes.

Los medios de comunicación tienen una enorme influencia la cual si no es manejada con responsabilidad puede traer graves consecuencias a la cultura, identidad, educación y valores de la sociedad, por ello es indispensable que se planteen medidas legislativas que regulen la actividad informativa de todos los medios de comunicación, impresos y audiovisuales, estableciéndose sanciones razonables aquellos medios que no cumplan con esta función; en ese sentido, es indispensable la emisión de una ley de comunicación que equilibre el ejercicio pleno de la libertad de información y expresión y la salvaguarda de los derechos de la persona.

3.3.3. EL JUEZ DEBERÁ DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

El conflicto — aparente — del derecho a la intimidad y a la información ha sido un problema para nuestros operadores jurídicos, desde un principio nuestra jurisprudencia pareció adoptar una posición preferente por el derecho a la libertad de información en detrimento al derecho a la intimidad.

[...] debe precisarse que esta posición preferente de la libertad de expresión e información sobre los derechos de la personalidad se manifiesta fundamentalmente cuando se refiere a asuntos de índole política o de interés público, más no necesariamente cuando tiene relación con temas propios de la intimidad personal y la privacidad, que también son valores especialmente protegidos por la jurisprudencia (Eguiguren, 2004, p. 132).

Con esta cuestión nos referimos a lo que Montoya (2014), ha tratado de resolverse mediante la aplicación de dos formas clásicas, el conflicto y colisión de los derechos fundamentales, lo que no comparte, pues considera que esta situación debe solucionarse determinando los límites internos y externos de cada derecho.

Bajo ese criterio, no existen conflicto entre los derechos fundamentales, pues solo cabe la convivencia armónica de éstos, lo que se logra delimitando el contenido de los derechos.

Por lo que siguiendo esta afirmación y en coherencia con el teniendo en cuenta que en el primer capítulo del presente trabajo, definimos los conceptos de libertad de información y expresión, y el derecho a la vida privada (intimidad); en ese sentido, es preciso señalar que la vida privada —intimidad— “solamente puede afectarse a través de hechos reales. Así, tan sólo la información podrá ser límite suyo, y no la expresión” (Montoya, 2014, p. 424). Existe una imposibilidad material para realizar una determinación de los contenidos entre estos derechos, puesto que no existe un punto común de confluencia entre los mismos. El primero está referido a hechos fácticos; el segundo es una mera elucidación de ideas, sugerencias o reflexiones; es inmaterial. Nunca una opinión podrá inmiscuirse en -o afectar- la realidad (Montoya, 2014).

Aclarado este punto, pasaremos a delimitar ambos derechos con la finalidad de verificar si la conducta que se pretende atribuir responsabilidad cae dentro o fuera del contenido del derecho que se invoca, libertad de información; para ello, debemos tener en cuenta que en el ejercicio de la libertad de información siempre existe la posibilidad de lesionar— aparentemente— el derecho a la intimidad, lo inverso no es admisible, no se puede decir

que el derecho a la intimidad ha lesionado el derecho de información pero si se puede decir que constituye un límite a su ejercicio.

Es innegable que el derecho a la intimidad constituye un límite al ejercicio del derecho a la libertad de información, una primera impresión sería ello, pues se considera que el derecho a la libertad de información debe ejercerse asegurando el respeto de otros derechos (honor, intimidad, etc.), entonces sino se respeta el derecho a la intimidad se podría decir que investigar y difundir información de la vida privada—intimidad— no es parte del contenido del derecho a la información. “Los límites de la libertad de información, factor fundamental de desarrollo de la sociedad y de sus componentes, deben ser establecidos para defender los márgenes de privacidad necesarios e indispensables para el hombre” (Morales, 1995, p. 75).

La pregunta que cabe ahora es ¿Por qué el derecho a la intimidad constituye un límite del derecho a la información? Ello, nos lleva a delimitar el contenido del derecho a la información, Castillo (2006) establece criterios a tener en cuenta para delimitar el derecho a la libertad de información, los cuales los clasifica en criterios normativos y extra normativos. Dentro del primer criterio señala que se deberá:

[...] partir del concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho cuyo contenido intenta ser determinado para concluir qué facultades de acción puede deparar el derecho a su titular (interpretación literal). [...] Así, se deberá acudir a los demás dispositivos constitucionales relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta delimitar, por así exigirlo el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución (interpretación sistemática). De igual manera, se ha de acudir a lo que lo dispuesto en los textos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú y, consecuentemente, a lo que los tribunales internacionales hayan interpretado sobre estos textos constitucionales, en el convencimiento que en el ámbito internacional existe una mayor vocación de protección plena a la vigencia efectiva de los derechos humanos (interpretación supra nacional) (p. 28).

Dentro del segundo criterio señala dos elementos que se deberán tener en cuenta:

El primero de ellos es la finalidad del derecho cuyo contenido se intenta definir, sólo atendiendo al fin, se podrá concluir adecuadamente el contenido que conforma un derecho fundamental (interpretación teleológica). Y el segundo es las concretas circunstancias del caso dentro de las cuales se presenta una cuestión ius fundamental; son esas circunstancias las que definen finalmente el contenido constitucional del derecho fundamental, y las que a su vez permiten definir una vigencia conjunta y armonizadora de todos los derechos fundamentales (interpretación de armonización práctica) (p. 29).

Es así que, teniendo en cuenta estos criterios en primer lugar podemos decir que de la interpretación sistemática de la Constitución (segundo criterio normativo) el derecho a la intimidad constituye un límite del derecho a la libertad de información; pues, el contenido del derecho a la libertad de información³⁰ no garantiza la intromisión en la vida privada — intimidad— de la persona; mientras que, el contenido esencial del derecho a la intimidad (personal y familiar)³¹ sí garantiza la prohibición de intromisión en la vida íntima de las personas.

Así opina Castillo (2006) al señalar que el derecho a la intimidad aparece como límite de la libertad de información. Esto significa que no podrá formar parte del contenido

³⁰. Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública (Fundamento 11 del EXP. N.º 0905-2001-AA/TC).

³¹. Se ha dispuesto en el artículo 11 de la Convención Americana: 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.

constitucional de esta libertad fundamental aquellas pretensiones de mensajes comunicativos que vulneren la intimidad respecto de las cuales se ha difundido los hechos y juicios de valor. En ese sentido opina Morales (1995) señalando que los “límites a la libertad de información, el factor fundamental de desarrollo de la sociedad y de sus componentes, deben ser establecidos para defender los márgenes de privacidad necesarios e indispensables para el hombre” (p. 75).

Pues bien, como es sabido, no en todos los supuestos en donde existan conflictos entre las pretensiones que obedezcan a garantizar el ejercicio de la libertad de información y el derecho a la vida privada —intimidad— se resuelven constitucionalmente de la misma manera, ya que aun cuando la Constitución reconoce la libertad de información y el derecho a la intimidad, **el interés público** (relevancia de la información difundida), **su veracidad**³², **consentimiento de la víctima y la condición pública o privada de la persona afectada**, serán las circunstancias que determinen la solución al conflicto de pretensiones que se siga de la correspondiente ponderación constitucional (Criterio extra normativo: circunstancia que definen al caso).

La ponderación será un método utilizado no para determinar qué derecho prima sobre el otro, pues estaríamos ante la tesis conflictivista; sino, nos servirá para determinar en un caso concreto, que pretensión que defienden las partes (las cuales llevan la defensa del

³². El Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. "La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. (Fundamento 10 del EXP. N.º 0905-2001-AA/TC)

derecho a la libertad de información e intimidad) es la que se debe garantizar por nuestro ordenamiento jurídico; es decir lo que se deberá ponderar serán los intereses opuestos.

3.4. CRITERIOS PARA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS

El análisis y el desarrollo del cumplimiento de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual nos da como resultado, en el caso analizado, la obligación de resarcir de los Medios de Comunicación por el hecho lesivo, afectación de la vida privada (intimidad) de la persona.

Tratándose del derecho a la vida privada a través de la información, en sus múltiples formas, ocasionando un daño a la víctima, la misma debe ser reparada en términos de brindarle satisfacción. [...] no podemos negar la función que cumpliría esta forma de “reparación” en términos de disuasión de hechos que corresponden a la vida privada. En países como el Perú donde existe, en general, impunidad frente al poder de los medios de comunicación masiva, puede surtir este efecto disuasivo a que nos hemos referido, fijándose indemnizaciones respetables (Morales, 1995, p. 380).

En atención a ello, estableceremos criterios que deberá tomar como referencia el juez a efectos de calcular el quantum indemnizatorio, con la finalidad de que víctima reciba un adecuado resarcimiento.

¿Por qué los criterios ayudan a que la víctima reciba un adecuado resarcimiento?, la predictibilidad es la respuesta, pues con ésta se busca seguridad jurídica en las decisiones; mediante la uniformización de criterios que coadyuven a la determinación adecuada del resarcimiento a las víctimas por difusión de información que implica la intromisión de su vida privada; es decir, el quantum resarcitorio se podrá predecir en función a criterios que se ajusten al caso planteado.

3.4.1. EN LOS CASOS DE LA RADIO Y TELEVISIÓN: EL JUEZ A AFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM RESARCITORIO DEBERÁ TENER EN CUENTA EL COSTO COMERCIAL POR TIEMPO AL AIRE EN QUE SE TRASMITIÓ LA INFORMACIÓN QUE AFECTÓ EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

La publicidad podría ser definida como una estrategia que es utilizada por las empresas para hacer conocida una marca, producto, idea, etc.; la cual, utiliza como instrumento principal los medios de comunicación para lograr este fin.

Según Thompsones (2005), la publicidad es:

[...] es una forma de comunicación impersonal y de largo alcance que es pagada por un patrocinador identificado (empresa lucrativa, organización no gubernamental, institución del estado o persona individual) para informar, persuadir o recordar a un grupo objetivo acerca de los productos, servicios, ideas u otros que promueve, con la finalidad de atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, seguidores u otros (s/n).

Por su parte Parra, C (1989) define a la publicidad como:

(...) un mensaje de persuasión; utiliza medios verbales, escritos o pictóricos con el objetivo de inducir al lector u oyente a que adquiera un producto. La información publicitaria es muy importante porque sirve de orientación tanto para la compra como para la venta de un producto (pp. 89-90).

El medio publicitario en el Perú es, a primera vista, la principal fuente de financiación de los canales de televisión y las estaciones de radio, agrego también, para las empresas periodísticas. La publicidad financia y condiciona a los medios masivos, y en este sentido una primera función es subsidiar a estos medios de difusión del sistema (Cáceres, 1989).

Para las empresas es muy importante hacer conocida su marca o producto, es por ello, que hacen uso de canales de televisión, emisoras de radio o empresa periodísticas que tengan

una gran aceptación por el público; es decir, tengan un mayor número de televidentes, oyentes o lectores, respectivamente, pues esto garantizará que la marca o el producto sea conocida por más personas. Para que esto suceda los medios de comunicación utilizan infinidad de estrategias para llamar la atención del público, es así que, en la actualidad existen nuevos programas, en diferentes horarios, que se enfocan a captar cierto tipo de público (niños, jóvenes y adultos). Según al público que va orientado el producto y/o servicio las empresas contratan los espacios publicitarios. Ello se reduce a lo siguiente:

A mayor audiencia (rating), las empresas contratarán con los medios de comunicación para publicitar sus productos, servicios y/o marcas, por lo que la publicidad se incrementará y dará mayores ganancias a los medios de comunicación.

En ese sentido, la publicidad según Zannoni (1993):

La publicidad — fuente primordial de financiación — tiende a concentrarse en los medios de mayor público y, de este modo, cada cual trata de seleccionar la información y los mensajes según estereotipos que respondan a lo que considera que espera el público masivo. La información, la noticia, es, al cabo un producto económico — aun cuando su sustrato, su contenido, tiene un valor inmaterial y espiritual — que se sujeta a las leyes del mercado (pp. 35-36).

La publicidad genera ganancias cuantiosas, ello, evidencia la competencia existente entre los medios de comunicación; “quienes se ven enfrentados, como empresa, a optimizar su rentabilidad y, como de captar público o audiencia se trata — para poder vender publicidad [...] seleccionan un tipo de información que se adecue con la percepción pública más obvia de lo que se considera importante” (Zannoni, 1993, p. 37).

Con respecto al costo de la publicidad podemos decir que está en función al tiempo que ésta se encuentra al aire. Mi empresa propia (2016), una escuela de emprendedores, con respecto al tarifario de televisión en el Perú señala:

La medida de costo de publicidad o base tarifaria, es 30 segundos. Sin embargo, pueden realizarse publicidades más cortas, mínimo de 10 segundos y máximo de 60 segundos. América TV, Latina, Panamericana tienen una base tarifaria (30 segundos) que van desde los 3,000 soles hasta más de 20,000 soles. La variación depende del horario y el programa en donde se pondrá la publicidad. Sin embargo, en filiales (provincias) el costo de publicidad es menor, estando entre 200 y 600 soles.

Por su parte portal PQS.pe (2018), una página web elaborada por elaborado por Fundación Romero con información útil para nuevos empresarios y emprendedores, señala: “En Perú, los costos por anunciar en televisión dependen del canal y de la hora, por lo que varían tremendamente”.

En ese sentido, PQS.pe (2018), después de comunicarse con distintos canales elaboró un tarifario:

Horario	Anuncio de 30 segundos
Programas con rating alto	Entre S/.2,000 y S/.17,500
Programas con rating medio alto	Entre S/.1,500 y S/.14,000
Programas con rating medio	Entre S/.1,000 y S/.10,500
Programas con rating medio bajo	Entre S/.800 y S/.7,000
Programas con rating bajo	Entre S/.600 y S/.3,500

Fuente: Datos obtenidos de la página web Portal PQS.pe

Agrega, la misma empresa que “algunos canales cuentan, también, con los denominados telefectivos, anuncios de 10 segundos que se transmiten entre 01:00 a.m. y 06:00 a.m., y que cuestan entre S/.60 y S/.200”.

De la investigación realizada pudimos obtener el tarifario de América Televisión filiales **Chimbote, Cajamarca, Cusco, Ica, Iquitos, Pucallpa, Tacna y Tarapoto, los cuáles son:**

<u>AVISOS ROTATIVOS</u>		
De 07:00 a.m. a 18:30 p.m. compra mínima (03 avisos diarios)		
01 Aviso de 07:00 a 12:00 p.m. 01 Aviso de 12:00 a 16:00 p.m. 01 Aviso de 16:00 a 18:30 p.m.		
COSTO POR AVISO DE 10” (segundos)	S/.	43.33
COSTO POR AVISO DE 15” (segundos)	S/.	65.00
COSTO POR AVISO DE 20” (segundos)	S/.	86.67
COSTO POR AVISO DE 30” (segundos)	S/.	130.00

Fuente: América Tv. Filial Chimbote

<u>AVISOS FIJO</u>		
De 06:00 a 06:40 a.m. y 19:00 a 23:50 p.m.		
COSTO POR AVISO DE 10” (segundos)	S/.	130.00
COSTO POR AVISO DE 15” (segundos)	S/.	195.00
COSTO POR AVISO DE 20” (segundos)	S/.	260.00
COSTO POR AVISO DE 30” (segundos)	S/.	390.00

Fuente: América Tv. Filial Chimbote

Esto quiere decir que el juez, en primer lugar, deberá tener en cuenta cuánto tiempo es que duró la noticia que se transmitió, la cual se considera que afectó la intimidad de la persona.

En segundo lugar, se deberá tener en cuenta el costo comercial por tiempo al aire, es decir el tiempo en que la publicidad es transmitida por la radio y/o televisión. El producto de esto nos dará como resultado el monto indemnizatorio.

Veamos, mediante un caso, como aplicaríamos este criterio:

El programa Beto a Saber el día 01 de setiembre del 2017, programa que se transmite en ATV, transmitió una noticia bajo la denominación “La relación de amor y odio de Michael Urtecho con su asesora”, esta noticia que se da tras la denuncia de Miluska Urtecho busca demostrar que la ex asesora Evelyn Goicochea trataba de conquistar amorosamente al ex Michael Urtecho parlamentario y luego traicionarlo denunciándolo por maltrato laboral y así éste fuera destituido de su cargo, en consecuencias, beneficiar a su accesitaria la señora Rosa Nuñez.

Para demostrar estos hechos- relación amorosa- el programa se valió de una serie de imágenes que mostraba a la ex asesora Evelyn Goicochea muy seductora mostrando partes de su cuerpo y haciendo poses “sensuales”.

Tras la difusión de cada una de las imágenes, el programa repetía “Esta es una historia que linda con lo sórdido, con lo miserable, con lo pornográfico, donde la insinuación y el guiño se dan en el primer poder del estado dentro de un despacho del congreso, los protagonistas un parlamentario casado y su asesora [...]”

Esta noticia estuvo al aire alrededor de 13 min y 11 segundos, si nosotros aplicamos el criterio se vería reflejado de la siguiente manera:

La medida de costo de publicidad, también conocida como base tarifaria, es de 30 segundos, si señalamos que el costo es de 1000 soles, entonces:

¿Cuántos segundos tiene 13 minutos? Esto lo hallamos haciendo la conversión de minutos a segundos para lo cual se deberá multiplicar 60 x13 (sesenta representa el valor de un minuto convertido en segundos). El resulta es 780 segundos. A esto se le deberá sumar 11 segundos.

Luego se deberá dividir 791 segundos entre 30 segundos con la finalidad de determinar cuántas fracciones de 30 segundos existen en 791 segundos. El resultado, redondeándolo, es de: 26.

Para hallar el monto indemnizatorio se deberá multiplicar los 26 por los 1000 soles que es el costo de la publicidad. El resultado sería 26 000 soles.

Este monto de 26 000 soles será un monto mínimo que se incrementará o disminuirá según se evidencien otras circunstancias.

3.4.2. EN EL CASO DE LA PRENSA: A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TENER EN CUENTA EL NÚMERO DE TIRAJES VENDIDOS MÁS EL COSTO COMERCIAL DE LA PUBLICIDAD.

“El periódico es un medio impreso también conocido como diario o prensa escrita, su función primordial es difundir noticias, se clasifica en función de su periodicidad, la cual suele ser diaria (lo que le da el nombre de diario), semanal, e incluso mensual” (Domínguez, 2012, p. 24).

El periódico como medio impreso es un generador de rentabilidad; es decir por cada periódico vendido el medio de comunicación obtiene ganancias, pero no sólo por ello obtiene ganancias sino también por el costo publicitario.

En ese sentido, teniendo en cuenta las dos formas que usualmente un medio de comunicación se beneficia económicamente es preciso atribuir un monto indemnizatorio bajo esos criterios.

Por ejemplo: si el medio de comunicación editó 10 000 ejemplares entonces se multiplicaría por el costo comercial, pongamos como costo s/. 0.50, lo que nos daría como resultado s/. 5 000.

Aunado a esto, creemos conveniente que el juez debe tomar en cuenta el costo comercial que genera el colocar una publicidad en el lugar de la noticia que afectó el derecho a la intimidad.

CUERPO NOTICIOSO			
Avisos comerciales	MEDIDAS (Módulo / Columna)	PRECIO DE LISTA	PRECIO POR PAGO ANTICIPADO
1 Página	10x6	S/ 15,470.00	S/ 12,852.00
Roba plus	8x6	12,375.00	10,272.00
Roba página	8x5	8,320.00	7,000.00
Mini robaplus	7x3	2,698.00	2,268.00
1/2 Pág. Plus	6x6	7,488.00	6,300.00
1/2 Pág.	5x6	5,220.00	4,380.00
1/4 Pág.	5x3	1,928.00	1,620.00
1/4 Pág. Plus	4x4	2,056.00	1,728.00
Faldón	3x6	2,313.00	1,944.00
1/8 Pág.	3x2	624.00	524.00
1/8 Pág. Plus	2x4	832.00	699.00
Recargos			
Comunicados	25%	1 color adicional	30%
Publireportajes	30%	2 colores adicionales	50%
5ª Página	30%	Todo color	70%
Página específica	20%	Contracarátula	80%

Fuente: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.

Para este caso, se deberá tomar en cuenta el tarifario de publicidad que el medio de comunicación ofrece, como podemos ver en la imagen precedente dependiendo del tamaño de la información que se desea publicar dependerá el precio que se pagará haciéndose recargos al precio por color adicional, color, etc. Por ello, el juez, en primer lugar verificará la ubicación, tamaño y colores de la noticia que se publicó y afectó el derecho a la intimidad para luego a través de cálculos matemáticos determine el monto resarcitorio.

3.4.3. A EFECTO DE INCREMENTAR EL MONTO INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TOMAR EN CUENTA EL RATING DEL PROGRAMA O EL DIARIO EN DÓNDE SE TRASMITIÓ LA NOTICIA Y LA PUBLICACIÓN DE LA NOTICIA EN INTERNET.

La Real Academia Española (RAE), “rating” es el Índice de audiencia de un programa de televisión o radio. Por su parte, Velásquez (2011):

Rating es la estimación del tamaño de una audiencia de televisión con relación al universo o muestra total, expresado como porcentaje. Es decir, que es el porcentaje estimado de todos los hogares o las personas en sintonía con un canal o una estación específica.

En el Diario La República escribe Álvarez (2004) sobre el rating en el Perú y señala:

(...) el rating, permite identificar aquellos programas en los que es más rentable anunciar; y con ello quedan al descubierto los verdaderos intereses de los anunciantes, pieza clave en el engranaje del negocio televisivo. "Cuanto más rating tiene un programa, más vale (...) aunque su contenido sea malo, poco edificante o embrutecedor. Del mismo modo, los programas con bajo rating deberían ser desechados, aunque aporten cultura, sano entretenimiento o valores. Esto se entiende cuando se tiene en cuenta que el anunciante compra un espacio que lo ayude a vender, y siendo así su búsqueda de rating no es inmoral, sino eficientemente comercial.

El rating en nuestro país, el rating es medido por la empresa Kantar IBOPE Media, que brinda, en el caso de medición de audiencias, dos servicios: el servicio TAM y el servicio

de medición de audiencia de medios impresos. Según la página web de esta empresa, estos servicios consisten en: El servicio TAM (Television Audience Measurement) provee información confiable y oportuna sobre la audiencia en televisión en base a la medición electrónica con People Meters, y el servicio de Audiencias de Medios Impresos permite conocer el hábito de consumo de Diarios y Revistas de las personas en Lima y las 6 principales ciudades del interior (Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Cusco y Arequipa).

Además, existe el CPI, Compañía peruana de estudios de mercado y opinión pública, también realiza este trabajo, pero lo hace con mayor frecuencia para analizar la audiencia de emisoras de radio y para la lectoría de diarios en el país.

En ese sentido, el rating resulta de vital importancia para tener referencia del tamaño de la audiencia que ve determinado medio de comunicación o programa, por ello, se ha considerado que el juez a efecto aumentar el monto indemnizatorio tomará en cuenta el rating el rating que obtuvo el programa el día en que se transmitió la noticia.

Por otro lado, en cuanto al criterio de la publicación en internet, debemos mencionar que el internet es de suma importancia para los miembros de la sociedad, pues es una herramienta que nos ha permitido acelerar la comunicación, pues se puede recibir noticias y estar al tanto de los acontecimientos en el mundo de manera rápida e instantánea; además, internet cumple un papel relevante en el mundo empresarial y publicitario, pues las empresas pueden proyectar su imagen al público, o anunciarse en diferentes páginas para obtener más clientes y así más ventas.

Actualmente existen revistas por internet o revistas on-line, que realizan publicaciones, ya emitidas por medios de comunicación, para reforzar el mensaje de la edición impresa, o

para complementarla; sin embargo, existen muchas revistas que sólo son on-line, reduciendo costos de impresión y ampliando las ganancias por publicidad

Muchos de los medios de comunicación, como la radio, la televisión y la prensa, tienen páginas web o redes sociales donde complementan o refuerzan la información que dieron a conocer; es decir, publican la información que se transmitió o publicó en la radio, televisión o periódico en internet. En ese sentido, la información se inicia en las páginas web de estos medios (fuente de información) la cuál es compartida en las redes sociales para tener mayor alcance. Teniendo en cuenta ello, a fin de incrementar el monto indemnizatorio cuándo la información es subida en internet, en primer lugar se deberá tener en cuenta el costo comercial de publicidad que el medio de comunicación ofrece a los particulares para promocionar bienes y/o servicios en su página web (fuente de información).

Adicional a ello, si la información es compartida a través de las redes sociales se tendrá en cuenta el costo comercial de publicidad que estos medios de ofrecen.

El juez deberá solicitar al medio de comunicación el informe de cuántas personas vieron la noticia, así como el número de veces que fue compartida y comentada en internet, para tener una referencia de la magnitud de la difusión de la noticia.

3.5. ANÁLISIS DE CASUÍSTICA

3.5.1. CASUÍSTICA NACIONAL:

En la búsqueda de información no hemos encontrado casos – in específico – sobre el tema investigado, pues en nuestro sistema jurídico existe una tendencia a judicializar los casos de afectaciones a la intimidad desde el ámbito penal, evidenciándose así casos en donde se responsabiliza al autor, es decir al periodista quedando el medio de comunicación exento de responsabilidad pues del artículo 154 del Código Penal se desprende: “El que viola la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. (...) Si utiliza algún medio de comunicación social, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años y de sesenta a ciento ochenta días-multa.”; siendo la trasmisión de la información que implique la vida íntima de la persona por un medio de comunicación un hecho agravante. Este delito, según el código penal son de persecución privada, es decir el mecanismo legal para sancionar al infractor de la ley penal es la querrela (artículo 459 del C.P.P); sin embargo, del análisis del dispositivo legal, el responsable penalmente siempre sería cualquier persona natural, dejando de lado a la persona jurídica- medio de comunicación- como sujeto de responsabilidad.

En ese sentido la sentencia que comentaremos en ésta sección están orientadas a cómo es que el juez analiza la convivencia de los derechos a la intimidad y libertad de información. Por otro lado comentaremos algunos casos no judicializados que a nuestro criterio

constituyen un claro ejemplo de vulneración del derecho a la intimidad por parte de los medios de comunicación.

a. CASO N° 1: PROSTIVEDETTES – MAGALY MEDINA VS MONICA ADARO.

En año 2005, la conductora Magaly Medina difundió un reportaje sobre la vedette Mónica Adaro, dónde se difundía imágenes de ésta teniendo relaciones sexuales, este video fue utilizado por Magaly Medina para dar por cierto la existencia de las prostivedettes. Muy a su estilo, la conductora expresó comentarios denigrantes que vulneraban el derecho a la intimidad de la vedette, misma que la denunció penalmente por el delito contra la intimidad. A pesar que la conductora se amparaba en el derecho a libertad de prensa e incluso presento un habeas corpus que fue rechazado por el tribunal constitucional, el proceso terminó determinando como culpable, por el delito contra la intimidad, a Magaly Medina y Ney Guerrero a 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo la observancia de las reglas de conducta y el pago fijo de cincuenta mil nuevos soles por reparación civil solidaria.

El Habeas Corpus presentado por la conductora y su productor se encuentra recaído en el Expediente N° 6712-2005-HC/TC.

ANÁLISIS DEL CASO

El caso materia de análisis resulta ser relevante pues en el Exp. N° 06712-2005-HC/TC - Caso Magaly Medina- se determina que existió una clara vulneración del derecho a la vida privada de la vedette Mónica Adaro por parte de la periodista Magaly Medina y otros; en

ese sentido, en ella se fijan los límites al derecho a la libertad de información y expresión, siendo el derecho a la intimidad de las personas. Así lo señala el maestro Morales (1995) quien señala “Los límites de la libertad de información, factor fundamental de desarrollo de la sociedad y de sus componentes, deben ser establecidos para defender los márgenes de privacidad necesarios e indispensables para el hombre” (p. 75).

Como vemos este caso resulta ser relevante sobre todo para determinar la importancia de limitar los derechos fundamentales, en este caso, libertad de información y el derecho a la intimidad, criterio que adoptamos en este trabajo, pues consideramos que el juez, a fin de determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación, debe delimitar el contenido de los derechos mencionados, con la finalidad de determinar si hubo vulneración por parte de un medio de comunicación del derecho a la intimidad de la persona.

Otro fundamento importante, es en cuanto a los personajes públicos, en ella se señala que éstos poseen un marco reducido de protección de su intimidad. Así opina Zavala (2011):

La tutela de la intimidad de personajes notorios, incluidos los funcionarios públicos, transita por un delgado filo de navaja, pues no pueden ser convertidos en res publica o monstreca ante las masas, a raíz de una curiosidad circense que algunos órganos de comunicación fomenta y explota (p. 577).

Además, agrega que la intromisión se podría justificar, siempre y cuando, medie el interés público. Este criterio es señalado por nuestra doctrina, es así que tenemos a Morales (1995):

Habrán circunstancias en que la vida privada de las personas por la naturaleza de los hechos, por la calidad de la persona misma y su trascendencia en la sociedad, y por la importancia que dichos hechos tienen coyunturalmente, puedan ser objeto de información al público, de tal forma que los márgenes de la vida privada disminuirán. Sin embargo, debe tenerse presente que dichos hechos deben ser de interés público en general como parte de la noticia, sin el cual no sería comprensible el acontecimiento. Debe distinguirse de aquellas intromisiones que buscan solamente exaltar la

curiosidad, muchas veces morbosa, de las personas, sin que realmente dichos aspectos de la privacidad tengan importancia para la comprensión de la noticia (pp. 161-162).

Es preciso tener en cuenta que la intromisión legítima en el derecho a la intimidad de estos grupos de personas se justifica siempre y cuando “tenga directa vinculación o incidencia en las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña la persona afectada, así como en el interés público del conocimiento de tales hechos o datos por parte de la comunidad” (Euguiguren, 2004, p. 97).

Por tanto, no sólo basta que sea personaje público sino también— copulativamente— se verifique que la información sobre la intimidad de *la persona pública debe ser de interés público y tener directa vinculación con las funciones, responsabilidad y actividades que desempeña.*

Como lo mencionamos este caso tuvo como consecuencia la culpabilidad de Magaly Medina y Ney Guerrero, por el delito contra la intimidad, a quienes les dieron 4 años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo la observancia de las reglas de conducta y el pago fijo de cincuenta mil nuevos soles por reparación civil solidaria.

En cuanto a la reparación civil, ésta es determinada a discrecionalidad del juez, quién en base a ciertos criterios establece el monto; sin embargo, éstos no son uniformes. Por lo que, si aplicáramos el primer criterio que proponemos en este trabajo, entonces, el monto resarcitorio se determinaría en primer lugar teniendo en cuenta que el programa de Magaly Medina, en aquella época, era uno de los más vistos a nivel nacional, por lo que está dentro

de los programas con rating alto³³ y según nuestro cuadro de tarifas estos programas tienen un costo de publicidad entre s/. 2 000 y s/. 17 500, utilizando un monto medio, sería s/. 9 750 soles, por lo que si sabemos la medida de costo de publicidad o base tarifaria es de 30 segundos entonces sí el programa duró 10 minutos, el resultado sería: s/. 195 000 soles.

3.5.2. CASUÍSTICA INTERNACIONAL:

En el ámbito internacional encontramos diversas sentencias que resuelven casos sobre la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la intromisión ilegítima y difusión de la intimidad de las personas, en especial de personajes públicos. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

A. ARGENTINA

b.1. CASO N° 2: DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA PRODUCCIONES SRL Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS

La Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil rechazó los agravios expresados por la Productora Balvanera Producciones SRL y otro. y, en consecuencia, confirmó la resolución de grado que hizo lugar a la demanda interpuesta por una Zulma Dekleva, conocida como Zulma Lobato, figura mediática, a raíz de un el informe emitido por el programa "70-20-10" conducido por Chiche Gelblung.

³³. Ver acápite 3.4.1. del III Capítulo

Con fecha 10 de julio de 2009, el programa televisivo 70-20-10 emite un informe sobre “la historia secreta y la vida secreta de Zulma Lobato”, exponiendo al público la intimidad de este personaje. Como antesala a la emisión del reportaje el conductor dijo: “... un equipo de 70-20-10 hizo lo que hasta ahora nadie hizo, seguir sus pasos no revelados ni en la televisión”... “... Nos metimos en el corazón de su intimidad...”.

El informe difundido, acompañado de imágenes de la casa de la accionante, está basado en testimonios realizados a los vecinos de la misma, quiénes señalan:

Refiriéndose al lugar donde vive señalan: “no tiene baño, no tiene nada. Hace sus necesidades en un tacho y al tacho lo va a tirar a veces en la placita...”. Con respecto a cómo la accionante se procura el alimento señalan: “En frente de la casa de ella tiene un supermercado adonde a veces tiran la basura, va ella y revisa la basura”. Se continuó indagando acerca de otros aspectos de la accionante como su sexualidad (ejercicio de prostitución), su personalidad violenta, peligrosa y denigrante.

En puridad, la demandada difundió un informe de la accionante en el que se detallan diferentes características, todas y cada una indignas, ultrajantes, con las que llevaría adelante su vida, se la presentó al público de manera descarnada, una vida miserable, absolutamente penosa, abyecta, calificativos extremos que denotan una clara invasión en su vida privada, avanzándose sobre el último reducto de la privacidad.

ANÁLISIS DEL CASO

Este es un caso típico de responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad.

La sentencia resalta que cuando existe la intromisión en la intimidad de las personas se incurre en infracción al “deber genérico de no dañar”, el *neminem laedere*, es decir estamos ante un caso de responsabilidad civil extracontractual.

Además, se discute el derecho a la intimidad de un personaje público, es así que en ella se considera:

Todos tienen derecho a preservar su intimidad, y por tanto la accionante también, aun cuando esta “elija” tener una fuerte exposición pública, y desde luego –en sintonía con lo reclamado por la apelante– corresponde hacer las disquisiciones del caso en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar.

Además, como señala Morales (1995):

Habrán circunstancias en que la vida privada de las personas por la naturaleza de los hechos, por la calidad de la persona misma y su trascendencia en la sociedad, y por la importancia que dichos hechos tienen coyunturalmente, puedan ser objeto de información al público, de tal forma que los márgenes de la vida privada disminuirán. Sin embargo, debe tenerse presente que dichos hechos deben ser de interés público en general como parte de la noticia, sin el cual no sería comprensible el acontecimiento. Debe distinguirse de aquellas intromisiones que buscan solamente exaltar la curiosidad, muchas veces morbosa, de las personas, sin que realmente dichos aspectos de la privacidad tengan importancia para la comprensión de la noticia (pp. 161-162).

En este caso el hecho de mostrar aspectos denigrantes sobre la vida del artista se evidencia una clara intención del medio de comunicación de exaltar la curiosidad morbosa de las personas, por lo que, la información difundida no resultará ser de interés público. En ese sentido, tal como lo veníamos mencionando, el personaje público ve reducida su intimidad; sin considerarse que no la tenga, pues ello resultaría decir que los derechos fundamentales no son para todos sino para aquellos que reúnan ciertas cualidades.

Además de lo expuesto, es importante resaltar que uno de los fundamentos de la productora, para eximirse de responsabilidad, fue que la accionante participó de una segunda emisión del programa, a lo que la corte señaló:

(...) No enerva lo expuesto el hecho que la accionado haya participado personalmente de una segunda emisión del mismo programa, pues además que en esta oportunidad se mostró ofendida –y así lo desliza la demandada a fs. 152– en definitiva no significa aceptación o consentimiento, ni menos aún renuncia a la acción que luego habría de entablar y que fundamenta el caso de autos.

Acertada la decisión de la Corte, pues al participar la accionante de una segunda edición del programa no significa la convalidación o consentimiento de intromisión a su vida privada ya que este acto ya se había dado con anterioridad, y su difusión resultó ser más que un acto agravante.

Lo que llama la atención de la sentencia es el argumento respecto a quantum indemnizatorio por daño moral, pues en ella se menciona que la reparación se determina de acuerdo al criterio del juez:

En cuanto a su cuantía, se encuentra librado al prudente arbitrio judicial siendo menester recordar que no se trata de imponer una sanción ejemplar, sino del esfuerzo de hacer justicia y permitir al damnificado algún goce que contrabalancee el dolor sufrido (...).

Si bien es cierto, ello obedece a pruebas (como un informe psicológico) que se actúan dentro del proceso, es importante resaltar que hablar del prudente arbitrio judicial es un término que necesita de contenido y ello a nuestra consideración lo debe proporcionar la doctrina, ley y la jurisprudencia a través de parámetros mínimos que deberá tener en cuenta el juzgador para establecer el monto indemnizatorio, por lo que, establecer criterios ayudaría a que éste proyecte certeza y confiabilidad en sus decisiones judiciales, lo que nos hace confirmar nuestra tesis, pues establecer criterios crea predictibilidad en las decisiones judiciales.

Si aplicamos el criterio para determinar el monto indemnizatorio en el caso de los medios de comunicación como la televisión, medio en que fue transmitido esta noticia, tendríamos

que tener en cuenta el costo comercial del tiempo al aire por publicidad, con la finalidad de multiplicar el costo por el tiempo en que duró la noticia que transmitió el canal.

Con respecto a la acreditación del daño moral, según la sentencia se efectuó a través de un informe psicológico, a nuestro modo de ver es válida la prueba; sin embargo creemos prudente que el juez, de haber sido imposible la presentación de la prueba, podría aplicar la presunción de la existencia del daño moral una vez comprobada la vulneración del derecho a la intimidad.

b.2. CASO N° 3: SALOMÓN BEATRIZ R. Y OTROS C/RIAL JORGE Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS

El Juzgado Civil 40 del Poder Judicial de la Nación Argentina falló a lugar la demanda por daños y perjuicios incoada por una reconocida vedette, Beatriz Raquel Salomón, contra los codemandados América T.V. S.A., Eyeworks Argentina S.A., y otros, a raíz de la publicación de imágenes de su esposo, Ferriols teniendo trato sexual con un travesti lo que afectó su intimidad, como así también la de sus hijas, toda vez que la emisión de dichas imágenes, puestas en conocimiento de terceras personas (público televidente) solo buscaron obtener un mayor "rating", sin medir si se estaba, con tal exposición, dañando la imagen pública, el honor y/o la intimidad familiar de la actora y de sus hijas.

Con fecha 6 de octubre del 2004, la actora junto a su esposo Ferriols fueron invitados a presenciar el programa "Punto Doc" transmitido por el Canal 2 (América T.V. S.A.); según los avances publicitarios el programa trataría sobre la habilitación del consultorio y la actividad profesional de un cirujano. Cuando llegaron al canal, Rial y Ventura, conductores del programa "Intrusos en la noche", le propusieron ver juntos en la intimidad el programa

“Punto Doc”, para que luego Ferriols pudiera efectuar su descargo en el programa conducido por éstos.

Sin imaginarse como iba a terminar, vieron en vivo las imágenes captadas por una cámara oculta puesta en el consultorio de Ferriols, donde se veía a este último ofreciendo rebaja económica a un travesti a cambio de mantener relaciones sexuales. Este hecho le ocasionó que casi perdiera la adopción de las menores, entre otros daños a su persona y a sus hijas. Durante este hecho los conductores, Rial y Ventura, grabaron la reacción de los invitados mientras veían el programa, imágenes que fueron reproducidas constantemente en el programa acompañado de comentarios que ridiculizaban a la actora.

A lo que la actora señala que este hecho afectó la intimidad familiar de su persona y la de sus hijas, por lo que pretenden el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos ante el entrometimiento arbitrario de la vida ajena alterando su derecho a la intimidad.

En este caso, el juzgado reconoce que el derecho a la intimidad no se limita a la persona sino que comprende a los familiares y amistades. Además señala que es incuestionable el lugar que ocupa la garantía constitucional de la libertad de información en el ordenamiento jurídico argentino; sin embargo, ello no significa que esta garantía sea absoluta pues la prensa tiene el deber de reparar los daños que produjera, si difunde imágenes, noticias falsas o erróneas, o al invadir la privacidad e intimidad de las personas, pues dicha libertad no significa impunidad.

Por otro lado, se analiza la intimidad que poseen los personajes públicos concluyendo que solo se podrá justificar la intromisión a su intimidad siempre y cuando se cumpla con el

estándar relevante, la existencia de un interés público prevaleciente, lo que en el presente caso no se justifica.

En ese sentido el juzgado señala a lugar la demanda interpuesta por la actora:

La difusión del material del modo en que fue expuesto no se encontraba autorizado por la actora. Importó un abuso del derecho a la libertad de prensa; además de constituir la nota en sí, una violación del derecho a la intimidad que importa una intromisión indebida en la vida privada de la actora, con aptitud para perturbar su intimidad, difundiendo hechos de la esfera de los derechos personalísimos, que además afecta a terceros.

Con respecto al resarcimiento, el monto fue de \$ 800.000 por concepto de daño moral, \$ 400.000 por daño psicológico, \$11.793.551 por lucro cesante a favor de la actora y a favor de las menores \$ 800.000 por concepto de daño moral.

ANÁLISIS DEL CASO

Este es un caso típico de responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad familiar. Al igual que el anterior se discute el ámbito de protección de la intimidad de los personajes públicos determinando que sólo se justifica su intromisión si media el interés público.

El derecho a la intimidad no sólo vela por el respeto y la no intromisión en la vida personal íntima de la persona sino también en la vida íntima familiar, así lo señala Eguiguren (2004) quien también haciendo un análisis de la normatividad advierte:

Según esta enumeración, ciertamente no taxativa, conviene advertir (y admitir) que dentro de este derecho se involucran hechos, aspectos, datos e informaciones tanto de tipo estrictamente íntimo (vinculados al ámbito interno de la vida personal o familiar) como otros que sin tener carácter íntimo igualmente son y deben ser objeto de privacidad y reserva para garantizar la calidad de vida y la dignidad de la persona en una sociedad libre, democrática y civilizada (p. 89).

Además, lo que me parece muy acertado, es que la sentencia señala que la libertad de expresión si bien es cierto se encuentra garantizada por el ordenamiento jurídico argentino eso no limita a los medios de comunicación responder por la vulneración de derechos personalísimos en el ejercicio de este derecho.

Más allá de la responsabilidad atribuida a América S.A y otros, es importante señalar algunos criterios que compartimos que realizan los jueces para determinar la existencia del monto indemnizatorio y la existencia del daño.

Con respecto al daño ocasionado el juzgado señala que en el caso de vulneración de derechos personalísimos cabe presumir la existencia del daño moral, criterio que se ha tenido por conveniente proponer en este trabajo. Ante ello, Bermejo (2016) señala que cuando se produce una vulneración del derecho a la intimidad traerá como consecuencia un daño que al menos será de carácter moral y así establece la norma, señalando la presunción del daño moral fundamentándose en la dificultad de su probanza y en la previsibilidad de la producción; es decir, se presume el daño porque es previsible que la intromisión y la difusión de la intimidad de la persona ocasione angustia, pena, nostalgia, etc. en la persona que ha visto el ámbito que reserva para sí afectado producto de una intromisión ilegítima.

Por su parte Atienza (2012) señala:

(...) la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado (p.220).

Es innegable que lo previsible que se dé producto de la vulneración del derecho a la intimidad es la producción del daño moral, pues la vida íntima es un espacio que la persona guarda con mucho recelo, reservándose para sí algo que no quiere que se conozca, y de pasar lo contrario, como consecuencia natural, es que se produzca angustia, vergüenza, tristeza.

Por otro lado, para determinar el monto indemnizatorio por daño moral a las menores de edad el juez tiene ciertas condiciones personales de las menores, como su edad, determinando que están en la etapa de pre adolescencia o en la adolescencia, etapa en donde un menor se encuentra con una alta probabilidad de ser lastimado más aún si son identificadas como “las hijas del cirujano famoso sorprendido con un travesti”. Lo que concordamos.

Es preciso realizar algunas críticas a la sentencia pues considero que no se analiza con profundidad cómo es que la difusión de las imágenes del esposo de la actora haciendo rebajas económicas a un travesti a cambio de favores sexuales, afecta el derecho a la intimidad familiar de la actora. Además no se precisa el análisis de los elementos de la responsabilidad civil, sino se realiza un análisis más general con respecto a determinar la responsabilidad de los medios de comunicación por la noticia difundida. Con respecto a la determinación del monto indemnizatorio podemos evidenciar que es establecido de acuerdo a la discrecionalidad del juez, lo que nos parece errado, pues somos de la tesis que es necesario que el juez se valga de criterios mínimos para el establecimiento, pues creemos que ello crea predictibilidad en los operadores jurídicos.

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia

de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales (Fundamento 7 del EXP. N 03950 2012-PA/TC).

Los criterios uniformizarán las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.

Si aplicamos el criterio para determinar el monto indemnizatorio en el caso de los medios de comunicación como la televisión, medio en que fue transmitido esta noticia, tendríamos que tener en cuenta el costo comercial del tiempo al aire por publicidad, con la finalidad de multiplicar el costo por el tiempo en que duró la noticia que transmitió el canal.

B. ESPAÑA

a. CASO 4: STC 171/1990 Y STC 172/1990

Los periódicos «El País» y «Diario 16» publicaron información sobre un accidente aéreo ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao), que ocasionó el fallecimiento de 148 personas y, entre ellas, el del Comandante de vuelo del avión siniestrado, don José Luis Patiño Arróspide: informaciones que motivaron la interposición, por los hijos de éste, de demanda civil de protección de los derechos al honor y a la intimidad personal de su padre, en la que acumularon dos acciones dirigidas, una, contra el Director y Editor de «El País», y otra, contra el Director y Editores de «Diario 16».

Estimadas las dos acciones con resultado separado para cada uno de los medios de comunicación demandados, se interpusieron, por cada uno de éstos, dos recursos de casación, que fueron desestimados por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988.

Esta Sentencia constituye el objeto de los dos recursos, el 784/88, promovido por el Director y Editor de «El País» (STC 171/1990), y el amparo 803/88, interpuesto por el Director y Editores de «Diario 16» (STC 172/1990). En ambos recursos se solicita amparo del derecho de información y derecho a la tutela judicial y sus fundamentos jurídicos radican en la vulneración del derecho de información por no haberse tenido en cuenta por la jurisdicción la veracidad de la información y haberse declarado una responsabilidad solidaria del Director y Editores que es incompatible con el sistema de libertad de información que consagra la Constitución y la vulneración del derecho a la tutela judicial por acumularse en un único proceso dos acciones que debieron ser resueltas en procesos separados.

En la demanda de amparo interpuesta por el Director y Editor de «El País» que dio lugar a la STC 171/1990 donde se exime de responsabilidad a los accionantes. En esta sentencia se evidencia que no existe relevancia preestablecida del derecho a la información y/o expresión o el derecho a la intimidad y el honor sino que ésta es establecida según las circunstancias que rodean al caso; es así que, en esta sentencia se analiza y se afirma la relevancia pública de la actividad desarrollada por el piloto Patiño:

Resulta innegable la relevancia pública y social del accidente y de sus posibles causas, incluso de si el mismo podía deberse a un eventual fallo humano del piloto. La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el

público que traspasan los límites de la esfera privada. Las condiciones en que se encontraba y la conducta profesional de quien, como piloto, realiza un servicio público y en aquello que a éste atañe ha de considerarse sometida a crítica y escrutinio públicos también por parte de los medios de comunicación, por ser temas de relevancia pública (Fundamento 7).

En ese sentido el Tribunal señala que si bien es cierto existe la posibilidad de que se traspase la esfera privada del piloto, esto no es óbice para que se utilicen alusiones que causen o produzcan el descrédito, desprestigio o descalificación global del afectado.

Desde esa perspectiva el Tribunal Supremo analiza la información difundida por el Diario “El País” y determina:

No eran así irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, ponderándose, como se precisa en la demanda, tanto las innegables cualidades positivas, tratarse de un piloto muy capacitado, experimentado y de los más expertos, su carácter jovial y extrovertido, como también sus defectos, en sí mismos, además, no contrarios a la honra o a la buena fama, como el carácter irascible, o el que estuviese pasando una mala racha personal y hubiese sufrido depresiones. Ello se expone, además, para cuestionar la diligencia de la dirección de la compañía al permitirle volar en esa situación. Se trataba de datos y calificaciones relevantes para la información y, además, presentados dentro de los límites de lo tolerable, al no utilizarse expresiones vejatorias ni suponer un propósito de descalificación o descrédito global de la persona. El órgano judicial debe examinar las expresiones utilizadas dentro del contexto general de la información en que se realizan, y en ese contexto, teniendo en cuenta el interés público de la información efectuada, tales expresiones no pueden considerarse como afirmaciones absolutamente innecesarias ni que utilicen términos reprobables y vejatorios para el afectado.

Tampoco desde la perspectiva del abuso de las formas o expresiones puede considerarse así que la información publicada haya sobrepasado los límites del derecho de comunicación de informaciones y opiniones (Fundamento 10).

En la demanda de amparo interpuesta por el Director y Editor de “Diario 16” que dio lugar a la STC 172/1990 se ratifica la responsabilidad de los accionantes. En esta sentencia el Tribunal Supremo establece los mismos criterios señalados en la anterior sentencia diferenciándose en el análisis que realiza en la forma en que difundió la información el “Diario 16”.

En este caso el Tribunal señaló que la información difundida por el medio de comunicación afectada el derecho a la intimidad y honor y por ningún motivo se vulnera el derecho a la información de los accionantes:

Es indudable que un accidente aéreo, de las trágicas consecuencias que tuvo el ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica, es un hecho de relevancia pública y que su comunicación a la opinión pública autoriza, según la técnica periodística, a incluir en ella consideraciones sobre la personalidad del piloto y sobre las posibles causas del accidente, sin que errores circunstanciales que en la misma puedan haberse cometido conlleven quebrantamiento del deber de veracidad, siempre que no afecten a la esencia de lo informado, y, en tal sentido, puede aceptarse que la declaración de inveracidad parcial que hace la jurisdicción ordinaria en relación con los hechos y circunstancias del enfrentamiento personal que pudo haber tenido, según la información, con un compañero de profesión y con un pasajero no alcanza importancia suficiente para privar a dicha información de protección constitucional.

Pero también es indudable que, aun admitiéndolo así, la información, al margen de su veracidad o falsedad, lesionó de manera ilegítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información (Fundamento 4).

ANÁLISIS DEL CASO

En las sentencias emitidas por el Tribunal Supremo se afirma acertadamente que la prevalencia del derecho de información con respecto al derecho a la intimidad y honor no es absoluto, pues este requiere de matizaciones de diverso orden y ello es demostrado en las sentencias analizadas.

Asimismo, tal como lo hemos desarrollado existen personas que por la función que desempeñan, por las circunstancias del caso, etc. verán disminuida su vida privada, en ese sentido, el Piloto Patiño, por la función que desempeñaba y la relevancia de la actividad

para la sociedad se justifica la intromisión en ciertos aspectos de su vida privada por ser de interés público. Así lo señala Morales (1995) quien hace una clasificación de las personas que vería el ámbito de protección de su intimidad disminuida:

[...] estaría conformado por personas que sin alcanzar las dimensiones públicas [...] desempeñan funciones con trascendencia pública, como sería el caso del funcionario público, el profesional en el ejercicio de su funciones, empresarios, etc. Estas personas no hacen uso de la publicidad, y en muchas ocasiones huyen de ella, pero es evidente que realizan funciones que repercuten en la sociedad (p. 164).

Para las dos sentencias estaría justificada la intromisión en la intimidad del piloto; sin embargo, el Tribunal tiene claro que la información difundida no se transmitió en la misma forma o intención, pues se evidencia que el “Diario 16” emitió la información haciendo alusiones vejatorias e introduciendo información que pertenecen a la intimidad del piloto que no tiene que ver ni con sus cualidades ni mucho menos con sus aptitudes como piloto.

Siguiendo esta misma línea es importante tener en cuenta que la intromisión a la vida íntima de estos personajes no legitima que se efectúe mediante alusiones groseras o mortificantes; es decir, existe una prohibición de agresiones verbales groseras. “Una habitual exposición del sujeto a la publicidad, por razones profesionales o análogas, no legitima intromisiones groseras o mortificantes en aspectos especialmente reservados” (Zavala, 2011, p. 580); es decir, una intromisión legítima en la intimidad no autoriza lesionar el honor, el decoro o la reputación de las personas.

Por otro lado queda claro que en la legislación y jurisprudencia española existe una clara tendencia a responsabilizar solidariamente a los medios de comunicación, directores, editores, etc. por vulneración de los derechos personalísimos al honor, intimidad y la propia imagen. Es así que tenemos la Ley Orgánica 1/1982 – “Ley de protección civil del

derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen” Ley 7/2010 - Ley General de la Comunicación audiovisual y la Ley 14/1966 - Ley de Prensa e Imprenta, normas que sistematizadas posibilitan la existencia de responsabilidad civil de los medios de comunicación.

En este caso, el criterio que se aplicaría para determinar el quantum resarcitorio según nuestra propuesta sería la suma del costo comercial de los diarios vendidos y el valor comercial de la publicidad si en caso la noticia hubiese sido una publicidad.

III. MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

La presente investigación jurídica según la naturaleza o profundidad es de tipo descriptiva, con enfoque cualitativa. La investigación descriptiva está enfocada al estudio de determinados hechos o fenómenos sociales en la actualidad (Sumarriva, 2009), en ese sentido se enfocó nuestra investigación al realizar un estudio sobre la responsabilidad civil que tienen los medios de comunicación por la difusión de información que implique la intromisión en la vida privada y/o íntima de las personas, tema que se concretiza a través de diversos casos que se dan en nuestra realidad, donde medios de comunicación se ven implicados por difundir noticias que en muchas ocasiones afecta la vida íntima personal y familiar de las personas, en especial de personajes públicos.

Asimismo, nos encontramos ante una investigación con un enfoque cualitativo, Hernández, Fernández & Baptista (2014) señala que “el enfoque cualitativo utiliza la recolección y análisis de los datos para afianzar las preguntas de investigación o revelar nuevas interrogantes en el proceso de interpretación” (p. 7); nuestra investigación se enfoca en este sentido, pues los datos recolectados se han sometido a un análisis crítico y concienzudo con la finalidad de describir las partes y rasgos esenciales del fenómeno estudiado, lo que nos ha permitido afianzar la pregunta de la investigación y revelar nuevas disyuntivas.

Además, el tipo de investigación según la aplicabilidad o propósito, es básica, “es un desarrollo de orden teórico o doctrinario. En este tipo de investigación lo que prima es el aporte teórico del investigador al derecho en general o particular” (Arazamendi, 2011, p.

). Se aplicó este tipo de investigación en nuestro trabajo pues nuestra tesis pretende aportar al derecho, poniendo en discusión el tema estudiado, la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad, además, la presente investigación plantea determinar criterios para responsabilidad civilmente a los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad y para establecer el quantum indemnizatorio en favor de las víctimas. Siendo ello conforme a una investigación aplicada, la cual tiene por finalidad formular nuevas teorías, modificar o cuestionar las existentes.

3.2. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN

3.2.1. MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN:

a. MÉTODO CIENTÍFICO

Gonzales (como se citó en Eyssautier, 2006) señala que el método científico “es el procedimiento planeado que sigue en la investigación para descubrir las formas de existencia de los procesos objetivos, para desentrañar sus conexiones internas y externas, para generalizar y profundizar los conocimientos” (p. 97). Mediante este método el investigador ha profundizado en los conocimientos para resolver el problema planteado siguiendo un orden sistematizado en todo el trabajo.

b. MÉTODO DE ANÁLISIS

“Busca las causas de los fenómenos y leyes que las rigen. Los fines del análisis sólo se logran mediante la inducción, por tanto, no basta descomponer y abstraer, sino que hay que comparar luego y concluir con el principio, la causa, la ley y la esencia” (Arazamendi,

2015, p. 118). Mediante este método hemos podido realizar un análisis del tema estudiado; es decir, hemos identificado cada una de las partes que engloban a la realidad que problematizamos en esta tesis para determinar el principio, la causa, la ley y la esencia que engloban los casos de responsabilidad civil de los medios de comunicación por afectación del derecho a la intimidad.

b. MÉTODO INDUCTIVO

“Es una forma de raciocinio o argumentación; en tal consideración, compromete un análisis ordenado, coherente y lógico del problema de investigación, tomando como referencia premisas verdaderas” (Aarazamendi, 2015, p. 118). Este método ha sido utilizado en nuestra investigación pues mediante casos particulares, sobre responsabilidad civil de los medios de comunicación en el derecho comparado y casos reales en nuestro país sobre cómo es que los medios de comunicación afectan la intimidad de las personas hemos llegado a proponer criterios que podrán ser aplicados para la mejor resolución de los casos.

3.2.2. MÉTODOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA:

a. MÉTODO FUNCIONAL

Una tesis funcional parte normalmente de una base empírica. Su objetivo es la realidad social relevante de un comportamiento individual o colectivo (Ramos, 2002). Este método nos sirvió para ahondar en nuestra realidad y ver que los medios de comunicación haciendo uso del ejercicio de libertad de información y expresión ponen el riesgo la vigencia de derechos fundamentales como lo es el derecho a la intimidad; además, nos sirvió para

encontrar aquellos casos en dónde los medios de comunicación son responsables por la vulneración del derecho a la intimidad.

b. MÉTODO DOGMÁTICO

Este método nos permitirá recurrir a la norma jurídica, doctrina nacional y extranjera; derecho comparado y, ocasionalmente a la jurisprudencia para analizar el tema planteado. Una tesis de grado que se inspira en el método dogmático visualizará el problema jurídico sólo a la luz de las fuentes formales (...) La pregunta esencial del método dogmático consiste en averiguar la naturaleza jurídica de una determinada institución. (Ramos, 2002). Este método nos permitió ver que la vulneración de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad de la personas por partes de los medios de comunicación es un problema jurídico muy controvertido, lo que nos ha permitido indagar en la doctrina, jurisprudencia y la norma con la finalidad de establecer el estado de la cuestión.

c. MÉTODO COMPARATIVO

“Permite confrontar los diversos sistemas jurídicos, su uso permite ampliar la visión con el acercamiento a fases diversas (mayor, menor) y la conclusión. Las ciencias generalmente usan los métodos para demostrar la verdad” (Ramírez, 2010, p. 511). Este método fue aplicado en nuestra investigación para indagar en sistemas jurídicos comparados con la finalidad de conocer si existen en sus ordenamientos jurídicos disposiciones sobre responsabilidad civil de los medios de comunicación y si lo hay cómo resuelven esos casos, ello con la finalidad de hacer una comparación con nuestro sistema jurídico.

3.2.3. MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA:

a. MÉTODO DE INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA:

Interpreta e investiga el derecho basado en los siguientes elementos: a) tipificar la institución jurídica a la cual debe ser referida la norma para su análisis e interpretación, y b) Determinar el alcance de la norma interpretada, en función de la institución a la cual pertenece. (Sumarriva, 2009). Este método nos permitió comprender el sentido de la norma en relación al conjunto del sistema jurídico; además, nos ha esclarecido el qué quiere decir la norma, mediante el análisis de principios o conceptos que estén establecidos claramente en el derecho comparado, todo ello con la finalidad de encontrar una solución al problema planteado.

3.3. DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN

a. EL DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN ES DESCRIPTIVO- PROPOSITIVO.

El diseño de investigación descriptiva, nos permitirá “describir las partes y rasgos esenciales del fenómeno fáctico a investigar [...] permite saber ¿quién?, ¿dónde? y ¿cómo? del hecho, objeto y fenómeno jurídico”. (Arazamendi, 2015, p. 80). Mediante este diseño hemos podido determinar los rasgos esenciales que engloban al tema estudiado lo que nos ha permitido determinar, en base a la observación y análisis de la información, que los medios de comunicación pueden responder civilmente por vulnerar el derecho a la intimidad de las personas, además, basándonos en este diseño hemos determinado cómo es que se da ésta responsabilidad, quien la asume y cómo lo asume.

El diseño de investigación propositivo, “es indagar la falta de un enfoque teórico para resolver un problema; asimismo, podremos evidenciar vacíos o lagunas del derecho en relación con el objeto de nuestro estudio y proponer una regulación legal” (Arazamendi, 2015, p. 83). Hemos aplicado este diseño pues nuestro trabajo de investigación se orienta a recomendar una propuesta legislativa que englobe los criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación y los criterios para un adecuado resarcimiento.

b. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN JURIDICO COMPARATIVO

“Se somete a estudio las instituciones jurídicas que pertenecen al mismo género, pero que difieren en la especie. [...] se trata de identificar las similitudes o diferencias normativas y teóricas de dos o más sistemas” (Arazamendi, 2015, p. 79). Este diseño fue aplicado en nuestra investigación pues nos ayudó a indagar en sistemas jurídicos comparados con la finalidad de conocer si existen en sus ordenamientos jurídicos disposiciones sobre responsabilidad civil de los medios de comunicación y si lo hay cómo resuelven esos casos, ello con la finalidad de hacer una comparación con nuestro sistema jurídico.

3.4. POBLACIÓN MUESTRAL

Población muestral es por conveniencia, cuatro sentencias, como objeto directo de análisis, reflexión y crítica; que se ha de contrastar con la doctrina, la legislación y el Derecho de comparado. Los casos son los siguientes:

DERECHO NACIONAL

- CASO N° 1: Expediente N° 6712-2005-HC/TC. PROSTIVEDETTES – MAGALY MEDINA VS MONICA ADARO

DERECHO COMPARADO:

- CASO N° 2: DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA PRODUCCIONES SRL Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS
- CASO N° 3: SALOMÓN BEATRIZ R. Y OTROS C/RIAL JORGE Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS
- CASO N° 4: STC 171/1990 Y STC 172/1990 CASO PATIÑO

3.5. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCION DE DATOS

3.5.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

a. FICHAJE

El fichaje como técnica de recolección de datos permite crear un banco de datos cómodo y manejable; estimula el proceso de abstracción, generalización y síntesis en torno al trabajo investigado (Ramos, 2002). Esta técnica nos sirvió para recolectar información y sistematizarla logrando que la misma se encuentre a nuestra disposición de una manera resumida y manejable.

b. ESTUDIOS DE CASOS

Hernández & Mendoza (Como se citó en Hernández, Fernández & Baptista, 2014) “Son estudios que al utilizar los procesos de investigación cuantitativa, cualitativa o mixta analizan profundamente una unidad holística para responder al planteamiento del problema, probar hipótesis y desarrollar alguna teoría” (p. 164). Esta técnica se aplicó con la finalidad de hacer el análisis de la casuística y situaciones reales que engloba nuestro tema de investigación.

3.5.2. INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

a. FICHAS

“Son unidades de información que se trasladan a tarjetas rayadas, de formato uniforme, en las que se almacenan los datos de una manera organizada” (Ramos, 2002, p. 168). Pueden ser bibliográficas, resumen, textuales, conceptuales y mixtas. En este trabajo se aplicó para recolectar información contenida en los tres capítulos desarrollados.

b. GUIA DE ANÁLISIS DE CASOS O BITÁCORA DE CASOS

Hernández, Fernández & Baptista (2014) señala que éste instrumento “Tiene la función de documentar el procedimiento de análisis y las reacciones del investigador al proceso” (p. 425). Este instrumento de recolección de datos nos sirvió para documentar aspectos importantes de los casos estudiados, así como el análisis inicial para la selección que efectuábamos sobre ellos (población muestral).

3.6. TECNICAS DE PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS

3.6.1. ANÁLISIS DOCUMENTAL O DE CONTENIDO DE PROFUNDIDAD

Courrier (como se citó en Clauso, 1993) considera el análisis documental como la esencia de la función de la documentación, ya que es el análisis el que pone en contacto al documento con el usuario por medio de una serie de operaciones intelectuales complejas cuyo resultado es la representación del documento de una manera condensada y distinta al original. Mediante esta técnica de procesamiento y análisis de datos hemos podido realizar el respectivo análisis a profundidad de la documentación obtenida.

3.6.2. CORTE Y CLASIFICACIÓN

Hernández, Fernández & Baptista (2014) señala “después de revisar, manejar y marcar el texto, el cortar o editar y clasificar, consiste en identificar expresiones, pasajes o segmentos que parecen importantes para el planteamiento y luego juntarlo conceptualmente” (p. 439). Esta técnica no sirvió para vaceado de la información en cada uno de los capítulos de la presente investigación, ellos nos permitió una mejor sistematización

3.7. PROCEDIMIENTO PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

Los lugares en donde se recolectará los datos, mediante fichas bibliográficas, serán: La Biblioteca Central de la Universidad Nacional del Santa, Universidad Privada San Pedro, Universidad los Ángeles de Chimbote (ULADECH CATOLICA), Universidad Cesar Vallejo y la Biblioteca del Colegio de Abogados de la Provincia del Santa.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

RESULTADO N° 1:

LA CAPACIDAD DE EJERCICIO ATRIBUYE A LA PERSONA JURÍDICA APTITUD PARA DAR VIDA A LAS DIVERSAS RELACIONES JURÍDICAS QUE LE AFECTAN.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N°1:

La persona jurídica, es centro de imputación de deberes y derechos; es decir, es sujeto de derecho, poseedora de capacidad de goce y de ejercicio. Es por ésta última que ésta puede realizar diversos actos que resultan ser ejecutados por las personas que lo integran.

La capacidad de ejercicio atribuida a la persona jurídica consiste en la aptitud de ésta para dar vida a las diversas relaciones jurídicas que le afectan. A nuestro modo de ver, ello implica un poder del que es dotada ésta institución — persona jurídica— y cómo todo poder implicar una responsabilidad entonces la persona jurídica puede ser responsable civilmente por los daños que ésta ocasione. “Un criterio que confirma que la persona jurídica tiene capacidad de ejercicio (momento dinámico) per se, es el que la misma es responsable en caso que sus representantes, órganos o dependientes ocasionan daños en el ejercicio (o en ocasión) de sus funciones” (Espinoza, 2013, p. 583).

Es preciso entender que la capacidad de ejercicio se manifiesta en la persona jurídica de manera distinta que la persona natural, pues “son dos sujetos de derecho radicalmente diferentes que, por supuesto, comparten el hecho de pertenecer a la misma categoría [...] la de sujetos de derecho [...]. En este entendido no podemos utilizar las mismas reglas para evaluar su capacidad de obrar [...]” (Pazos, 2005, p. 107).

Por tanto, la persona jurídica será responsable civilmente por los actos ilícitos que cometan sus representantes. Lo dicho, deriva de lo establecido en el artículo 1981 del Código Civil:

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

Como podemos observar, en nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma específica que regule la responsabilidad civil de las personas jurídicas “una aproximación la encontramos a través de la interpretación extensiva del art. 1981 CC.: si el representante ocasiona un daño «en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo», responderá solidariamente con la persona jurídica” (Espinoza, 2013, pp. 586).

De la lectura de la norma se puede colegir que la responsabilidad de la persona jurídica es indirecta; sin embargo, como señala Espinoza (2011) “Si la responsabilidad es extracontractual, aplicándose el art. 1981 cc, se generara (de manera solidaria) la responsabilidad directa del agente y al mismo tiempo, la responsabilidad (mal denominada “indirecta”) de las personas jurídica (que es directa; pero por hecho de tercero) (p. 555).

Con respecto a las normas que regulan la representación de la persona jurídica el artículo 93 que debe analizarse conforme el artículo 160, 161 y 162 del código civil. Además tenemos el artículo 12 de la Ley General de Sociedades - Ley N° 26887, señala:

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Son estos dispositivos legales que analizados sistemáticamente reconocen que la persona jurídica puede ser responsable civilmente.

En ese sentido, teniendo en cuenta que el derecho a la libertad de información incluye el derecho a fundar medios de comunicación; es decir, los particulares tienen la facultad de asociarse con la finalidad de formar y/o fundar medios de comunicación y así preservar el ejercicio “colectivo” del derecho a la libertad de expresión e información es que los particulares tienen el derecho de fundar empresas y organizarse mediante cualquier forma societaria que regule nuestro ordenamiento jurídico prevé.

Nuestro ordenamiento jurídico regula — en el Artículo 76 y ss. del Código Civil— a las personas jurídicas sin fines de lucro y —en la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887)— a las personas jurídicas con fines de lucro; quienes pueden adoptar distintas formas. En el caso de la primera pueden ser asociaciones y en la segunda una sociedad anónima abierta o cerrada, de responsabilidad limitada, etc.

Por lo que, teniendo identificado que los medios de comunicación no son más que personas jurídicas éstos son pasibles de responsabilidad por los hechos ilícitos que comentan sus representantes (responsabilidad directa).

Ello deberá estar en concordancia con el Decreto Supremo N° 013-93-TCC — Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones y en la Ley N° 28278 — Ley de Radio y Televisión, con sus respectivos reglamentos que regulan el funcionamiento, autorización y la prestación de los servicios mencionados estableciendo que estos servicios son prestados por cualquier persona natural o jurídica privada o pública, previa autorización; tal como lo establece el artículo 14³⁴ de

³⁴. Artículo 14 de la Ley de Telecomunicaciones, establece: “Los teleservicios o servicios finales se prestan en régimen de libre competencia, por cualquier persona nacional o extranjera, directamente o en forma asociada”.

la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 3³⁵ de la Ley de Radio y Difusión; en consecuencia, los medios de comunicación no son más que personas jurídicas, privadas o públicas, que se constituyen o adoptan formas asociativas o societarias.

³⁵. Artículo 3 de la Ley de Radio y Difusión, establece: “Los servicios de radiodifusión son servicios privados de interés público, prestados por una persona natural o jurídica, privada o pública, cuyas emisiones se destinan a ser recibidas directamente por el público en general”.

RESULTADO N° 2:

LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA EMISIÓN DE INFORMACIÓN QUE IMPLICA LA VULNERACIÓN DE DERECHO A LA INTIMIDAD SE CONSTITUYE PRINCIPALMENTE EN DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO MORAL

DISCUSIÓN DE RESULTADO N° 2:

La revelación y difusión de la vida privada — intimidad — de la persona se encuentra comprendida dentro de la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo. Espinoza (2011) refiere que el daño extrapatrimonial: “es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial” (p. 189).

Ésta categoría comprende “el **daño a la persona**, entendida como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y al **daño moral**, definida como “el ansia, la angustia, sufrimientos físicos o psíquicos, etc.” padecidos por la víctima” (Espinoza, 2012, p. 714).

El maestro Carlos Fernández Sessarego, es quien desarrolló e introdujo la noción de daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestro Código Civil de 1984, por ello recurriremos a desarrollar su planteamiento:

El autor enseña que el daño a la persona engloba dos categorías de daños, las cuales se sustentan en la realidad si se tiene en cuenta la estructura ontológica del ente susceptible de ser dañado, es decir, el ser humano. El ser humano es una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad entonces solo cabe dañar su unidad psicosomática o la libertad; en ese sentido las dos categorías de daños son: daño psicosomático [daño al soma y psique con reciprocas repercusiones] y daño al proyecto de vida [daño a la libertad fenoménica]. “En resumen el daño a la persona es cualquier daño que lesione al ser humano ya sea en uno o

varios aspectos de su unidad psicosomática o en su proyecto de vida o libertad fenoménica, sin exclusión. Se trata, como se aprecia, de una noción amplia, genérica, comprensiva” (Fernández, s/f, p. 25).

Otros autores han definido el daño a la persona tomando en cuenta al ser humano como el principio y fin del que hacer jurídico, Morales (2007) afirma:

El daño a la persona, es una figura que se perfila, como consecuencia de una corriente jus filosófica humanista que revalorizando al ser humano, lo coloca como el principio y fin del quehacer jurídico. Protege los derechos fundamentales de las personas, cuantos estos son vulnerados, proponiendo a una justa compensación” (p. 68).

Taboada (2015) señala que “entender el significado de daño a la persona es establecer que se produce dicho daño cuando se lesiona la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado” (p. 81).

Con respecto al daño moral Taboada (2015) afirma que el daño moral es la “lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la misma” (p. 75).

Por su parte Osterling (2010) señala que el daño moral “hace sufrir a la persona, molestándola en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes, o hiriéndola en sus afecciones legítimas” (p. 6).

En este contexto, es preciso señalar algunos cuestionamientos que la doctrina ha realizado respecto al daño moral y el |daño a la persona.

Un sector de la doctrina señala que “si bien el daño moral y el daño a la persona son idénticos en cuanto a su contenido extra patrimonial, ambos difieren, puesto que la relación entre el primero y el segundo es de género a especie” (Espinoza, 2011, p. 257). Coincide Morales (2007) afirmando

que el daño a la persona [...], se convierte en el género y el daño moral en especie. De la misma manera lo señala Fernández (s/f):

Debe incluirse la restringida noción de "daño moral" dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de "daño a la persona" en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta. Y es que el "daño moral" no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico (p. 27)

Frente a la posición señalada, Leysser (2016) afirma: "el "daño a la persona" se revela como una categoría inútil, atendiendo a que repite, duplica, redundante en una tutela que ya tenía reconocimiento mediante el daño moral" (p. 67). Recordemos, como se definió en el acápite del daño moral del presente trabajo, el autor enseña que el daño moral debe ser considerado en sentido estricto, padecimiento anímico y temporal y en sentido amplio, la violación de derechos de la personalidad, de ahí en que concluye que fue inútil la incorporación del daño a la persona en el Código Civil de 1984.

Ello también es advertido por Trazegnies (2001) quien señala que la inserción del daño a la persona: "[...] era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una sub-especie del daño moral, como veremos a continuación. En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada" (p. 110).

En síntesis, el criterio para declarar la inutilidad o la falta de necesidad de la inserción del daño a la persona en el código civil de 1984 está basada en que ésta duplica el ámbito protección del daño moral. Cabe recalcar, además, que los autores sustentan su posición en que la doctrina francesa, creadora del "daño moral" (posición trasladada a nuestro ordenamiento jurídico) incluye todo tipo de daño extrapatrimonial; es decir, no sólo supone el *pretium doloris*.

Por su parte, el maestro Fernández (s/f), quien desarrolló e introdujo la noción de daño a la persona en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestro Código Civil de 1984:

La tradicional concepción del daño "moral" se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación psíquica, desequilibrio emocional. Desde nuestra perspectiva -que se sustenta en una concepción del ser humano en cuanto unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad - el daño "moral" es un daño a determinado "aspecto" de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata, en este específico caso, de la lesión a una modalidad del género "daño a la persona". Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de "daño moral" dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de "daño a la persona" en cuanto lesiona un aspecto preponderantemente psíquico de ésta. Y es que el "daño moral" no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico. No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva. (p. 44).

Como vemos ambas posiciones basan sus premisas en el mismo sustento pues para ambas el daño moral o daño a la persona abarcarían dos aspectos: pretium doloris y violaciones a otros derechos personales. Lo que nos llevaría a la conclusión que esto se trata de un debate terminológico y de contenido que se le da al daño moral o daño a la persona.

Espinoza (2011), teniendo en cuenta las posiciones señaladas por los autores citados señala:

¿Podemos prescindir de la voz de “daño a la persona” y subsumirla “en el daño moral”? la respuesta, necesariamente es afirmativa; pero que también podemos mantener la diferencia conceptual, al menos, por dos motivos:

La voz “daño a la persona” no sólo está regulada en el artículo 1985 del CC., también la encontramos (en su momento) en el art. 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en materia de responsabilidad civil por productos defectuosos [...].

No me parece exacto decir que la jurisprudencia desconoce la “voz de daño a la persona” [...] (p.260).

Agrega el mismo autor que el modelo jurídico establecido en el código civil, en el cual se diferencia el “daño a la persona” del “daño moral” circula desde hace más de veintiocho años en

nuestros operadores jurídicos y guste o no, ha calado también en ellos. “Ello revela que no es un problema el nombre que se le dé al daño no patrimonial, sino que los operadores jurídicos internalicen el derecho brindarle una tutela efectiva” (Espinoza, 2011, p. 260).

Si bien es cierto, existe un debate sobre la utilidad del daño a la persona y el daño moral, también es cierto que más allá de ello cada categoría jurídica debe tener un contenido; en ese sentido, el daño moral será definido como todo aquello que lesiona los sentimientos de la víctima mientras que el daño a la persona como todo aquello que lesione al ser humano ya sea en uno o varios aspectos de su unidad psicosomática o en su proyecto de vida o libertad fenoménica.

Por otro lado, Fernández (s/f) señala:

Es diverso el hecho que el daño incida sobre el ente denominado "persona" del tipo o modalidad de las consecuencias que puedan generar los múltiples y específicos daños a dicho ente. Una de dichas consecuencias es el dolor o sufrimiento que originan ciertos tipos de daño. Entre estos cabe señalar el dolor o sufrimiento que se deriva de una lesión a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, el que tradicionalmente se ha identificado con la expresión "moral". Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo que generalmente acontece cuando se trata de indemnizar un daño, no partimos de las "consecuencias" del daño sino de la naturaleza del ente dañado. Y, si se trata del ser humano, interesa precisar, primariamente, qué aspecto o aspectos son los que han sido lesionados (p. 48).

Esta posición nos lleva a lo que Espinoza (2012) denomina: “*daño – evento* (lesión a del interés tutelado y un *daño consecuencia* (daño emergente, lucro cesante y daño moral)” (p. 712).

Desde esa perspectiva el “**daño evento**” será el daño a la persona entendida ésta como aquella que “[...] Protege los derechos fundamentales de las personas, cuantos estos son vulnerados, proponiendo a una justa compensación” (Morales, 2017, p. 68); en este caso el derecho vulnerado es el derecho a la intimidad de las personas al difundirse información que se encuentre enmarcada dentro del contenido de éste derecho.

El “**daño consecuencia**” estaría configurado por el daño emergente, lucro cesante o daño moral. Desde esa perspectiva cabe preguntarnos ¿Cómo se configuraría el daño moral, daño emergente y el lucro cesante en los casos de afectación del derecho a la intimidad?

Consideramos que el **daño moral** se puede ocasionar en la persona que ha visto expuesta al público, aspectos o circunstancias que ha reservado para sí, configurándose un malestar psíquico de dolor, angustia, pena, vergüenza. Ello debe tener en cuenta que los casos que implican la intromisión en la vida privada (intimidad) de las personas muchas veces (por no decir en su mayoría) son de sujetos que pertenecen al ámbito artístico o de espectáculo, así como, al ámbito de la administración pública; quienes ven, este ámbito (intimo) reducido. En esos casos existen vinculaciones con personas comunes que al ser relacionadas con los personajes públicos ven afectado su derecho a la intimidad en mayor proporción. Con ello quiero decir, que existen casos en donde la información que se difundió será sujeta de críticas, análisis, comentarios de los panelistas, conductores, etc. de los medios de comunicación, lo cual nos lleva a determinar que la intensidad del daño moral se debe analizar conforme la repercusión que tuvo la información que se difundió, pues una cosa es difundir la información y otra es utilizarla con la finalidad de crear morbo, haciendo críticas que afecten los sentimientos de la persona y generando una opinión con respecto a ella que en las mayorías de caso son negativas, pues obedecen a burlas, o alusiones verbales groseras que dejan a la persona en estado de vergüenza, angustia, dolor por haberla puesto al escarnio del público.

Cabe resaltar que para efectos de este trabajo de investigación, hemos determinado como criterio que el daño moral se presumirá, esto será desarrollado en el resultado número tres.

Con respecto al **daño emergente y lucro cesante** como categorías que pertenecen al conjunto de daños patrimoniales, se configurará en los casos en que la persona que se desempeña en algún cargo o desarrolle alguna actividad ve que su vida privada (intimidad) fue puesta al descubierto, por lo que ese hecho generó una opinión negativa en su jefe o en sus consumidores o usuarios; ocasionando su despido o la caída de sus ganancias. Un caso claro, puede ser de una modelo que hace contrato con una famosa empresa que se dedica a vender productos para la familia, la cual determina la resolución del contrato pues considera que la modelo no cumple con los estándares de una mujer íntegra, a raíz de la difusión de información que demuestra que la modelo le es infiel a su esposo o pareja.

RESULTADO N° 3:

LOS CRITERIOS INFERIDOS QUE NOS SERVIRÁN COMO INSTRUMENTOS PARA UN ADECUADO RESARCIMIENTO PARA LA VICTIMA POR INTROMISIONES ILEGÍTIMAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD SE DIVIDE EN DOS GRUPOS:

A. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA JURÍDICA POR AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD:

- SE INFIERE LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL UNA VEZ QUE SE HA DEMOSTRADO LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD
- LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEBE SER CONSIDERADA COMO UNA ACTIVIDAD RIESGOSA.
- EL JUEZ DEBERÁ DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.

B. CRITERIOS PARA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS.

- EN LOS CASOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE TELEVISIÓN Y RADIO: EL JUEZ A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM RESARCITORIO DEBERÁ TENER EN CUENTA EL COSTO COMERCIAL POR TIEMPO AL AIRE EN QUE SE TRASMITIÓ LA INFORMACIÓN QUE AFECTÓ EL DERECHO A LA INTIMIDAD.
- EN EL CASO DE LA PRENSA: A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TENER EN CUENTA EL NÚMERO DE TIRAJES VENDIDOS MÁS EL COSTO COMERCIAL DE LA PUBLICIDAD.

- A EFECTO DE INCREMENTAR EL MONTO INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TOMAR EN CUENTA EL RATING DEL PROGRAMA O EL DIARIO EN DÓNDE SE TRASMITIÓ LA NOTICIA Y LA PUBLICACIÓN DE LA NOTICIA EN INTERNET.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS N° 3:

Los criterios establecidos en la presente investigación se dividen en dos grupos, criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad y los criterios para un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas. El primero de ellos se deduce del análisis de los elementos de la responsabilidad civil, consideramos que el juez debe tener como referencia estos criterios al momento de analizar si el medio de comunicación es responsable civilmente por el daño producido. El segundo tiene que ver con la determinación del quantum indemnizatorio, pues consideramos que al tener el juez, así como las partes, los criterios que se aplicarán para cuantificar el daño.

¿Por qué establecer criterios? A nuestro modo de ver los criterios uniformizarán las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.

El principio de predictibilidad y certeza de las decisiones judiciales en cuanto que manifestación del principio de seguridad jurídica implica la exigencia de coherencia de criterio de los órganos judiciales en la interpretación y aplicación salvo justificada y razonable diferenciación. Así, la finalidad de esta exigencia funcional no es otra que la contribución en la fundamentación del orden constitucional y el aseguramiento de la realización de los derechos fundamentales (Fundamento 7 del EXP. N 03950 2012-PA/TC).

En ese sentido, con la predictibilidad se busca seguridad jurídica en las decisiones; mediante la uniformización de criterios que coadyuven a la determinación adecuada del resarcimiento a las víctimas por difusión de información que implica la intromisión de su vida privada; es decir, el quantum resarcitorio se podrá predecir en función a criterios que se ajusten al caso planteado.

Desde esa perspectiva, los criterios descritos en este acápite deberán ser tomados como pautas a tener en cuenta para resolver casos en donde se impute responsabilidad civil a un medio de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad. Es preciso resaltar que estos criterios son pautas mínimas y son el resultado del análisis de la norma, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.

A. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA PERSONA JURÍDICA POR AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

- SE INFIERE LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO MORAL UNA VEZ QUE SE HA DEMOSTRADO LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Según el Diccionario Real Academia Española (RAE) señala que la presunción es el “hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado”; entendemos que el hecho no probado es aquel que se deriva de un hecho que sí debe ser probado (hecho base).

Por su parte, el artículo 277 del Código Procesal Civil, establece que presunción “es el razonamiento lógico-crítico que a partir de uno o más hechos indicadores lleva al Juez a la certeza del hecho investigado. La presunción es legal³⁶ o judicial³⁷”

Josserand (citado por Hernández, 1985) define a la presunciones como “las consecuencias que la ley o el magistrado extraen de un hecho conocido para llegar a un hecho desconocido, agregando que son operaciones de la inteligencia o inducciones efectuadas por el juez o el legislador” (p.32).

Donaires (2008) afirma que “es el razonamiento que sobre la base de un hecho conocido se conoce otro desconocido (presumido). Así, sus elementos son: 1) Hecho investigado (desconocido); 2) Hecho indicador (conocido); 3) Razonamiento lógico crítico (juicio o inferencia); y, 4) Certeza del hecho investigado (conclusión)” (p. 118).

Por su parte Zavala (1994) establece a diferencia que Donaires (2008) tres elementos que tiene la presunción, como son: la afirmación base (hecho conocido), afirmación resultado (afirmación presumida) y el enlace. Se entiende por el primer elemento al hecho que debe estar plenamente probado; es decir, el juez debe tener plena convicción de que el hecho se encuentra acreditado para que pueda formar la presunción. Por el segundo se entiende que es el resultado de acreditación de la afirmación base, la característica principal de la afirmación presumida es su diversidad respecto de la afirmación base, la afirmación

³⁶. Artículo 280 del Código Procesal Civil.- En caso de duda sobre la naturaleza de una presunción legal, el Juez ha de considerarla como presunción relativa.

³⁷. Artículo 281 del Código Procesal Civil.- El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

presumida no sólo tiene que ser distinta de la afirmación base, sino que además no debe estar comprendida en las notas de la primera. El tercer elemento, enlace, permite el paso de la afirmación derivada de los medios de prueba (afirmación base), a la afirmación presumida relevante para el juicio de hecho de la sentencia.

Por otro lado el artículo 278 y 279 del Código Procesal Civil establecen dos clases de presunciones, la absoluta³⁸ y la relativa³⁹, también llamadas: *iure et de iure* e *iuris tantum*, respectivamente.

La presunción absoluta es entendida como aquella que no admite prueba en contrario; es decir, una vez acreditado la afirmación base (hecho conocido) el juez debe dar por cierto la afirmación presumida sin admitir prueba en contrario. Un ejemplo de ello se encuentra establecido en el artículo 2012 del Código Civil: “se presume, **sin admitir prueba en contrario**, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”.

La presunción relativa “admite prueba en contrario (*iuris tantum*); esto es, por mandato de la ley se presume o se tiene por cierto un determinado hecho una vez que se haya acreditado el antecedente o elemento indicador, sin embargo, la ley admite prueba en contrario” (Donaire, 2008, p. 119). Un ejemplo, lo encontramos en el artículo 361 del Código Civil: “El hijo nacido durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución tiene por padre al marido”

³⁸. Artículo 278.- Cuando la ley califica una presunción con carácter absoluto no cabe prueba en contrario. El beneficiario de tal presunción sólo ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de base.

³⁹. Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.

Asimismo, tenemos las siguientes presunciones: “presunción legal de domicilio”, a la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre (artículo 41 del Código Civil); “presunción de conmorienca”, si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay transmisión de derechos hereditarios (artículo 62 del Código Civil); "presunción de filiación matrimonial", el hijo se presume matrimonial aunque la madre declare que no es de su marido" (artículo 362 del Código Civil); "presunción de la propiedad”, quien posee un bien, se le presume propietario del mismo (artículo 912 del Código Civil); “presunción de igualdad de cuotas", según la cual las cuotas de los propietarios se presumen iguales (artículo 970 del Código Civil); “presunción de culpa del deudor”, se presume la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya (artículo 1139 del Código Civil); “presunción de culpa leve del deudor”, se presume la inejecución de la obligación, o su incumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor (artículo 1329 del Código Civil) “presunción de contrato a plazo indeterminado”, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (Artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico abundan las presunciones legales; es decir, no somos ajenos a la regulación y aplicación de presunciones. En ese sentido, teniendo en cuenta ello, es que hemos visto la necesidad de regular, en los casos de responsabilidad civil de los medios de comunicación por afectación del derecho a la intimidad, la presunción “se infiere la presunción del daño moral una vez demostrado la vulneración del

derecho a la intimidad”, el daño a la persona a nuestro entender sería la afirmación base, lo cual se demostraría acreditando la existencia de vulneración al derecho a la intimidad.

¿En qué se sustenta ésta presunción?, consideramos que el derecho a la intimidad tiene como consecuencia natural la producción de malestar, tristeza, pena, etc. en la persona, quién ve ese ámbito que ha guardado para sí, conocido o divulgado por los demás. Así lo podemos inferir de García (2013), quién señala:

“la intimidad es percibida como aquel reducto de reserva y aislamiento que por propia decisión deviene en inimpugnable e inmune a la curiosidad o conocimiento de los otros; so pena de causa recelo, turbación moral, afectar el pudor o el fomento de la depreciación social” (p. 32).

Por otro lado, muchos autores coinciden que la acreditación del daño moral es muy difícil, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, sin que ello signifique que no sientan angustia, pena o tristeza.

La presunción del daño moral, es un criterio tomado por la legislación española, específicamente por el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 (España), el cual establece que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima. Atienza (2012) señala:

(...) la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado (p.220).

En relación con la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho a la intimidad puede afirmarse que sin daño no hay responsabilidad. Si bien la Ley Orgánica Española, en su art. 9.3 señala que "la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima" Cuando se produce una vulneración del derecho a la

intimidad implicará un daño que al menos será de carácter moral; es decir se presumirá lo que llega a ser, no solo, elocuente por la dificultad de su probanza sino también por la previsibilidad de su producción (Bermejo, 2016); es decir, se presume el daño porque es previsible que la intromisión y la difusión de la intimidad de la persona ocasione angustia, pena, nostalgia, etc. en la persona que ha visto el ámbito que reserva para sí afectado producto de una intromisión ilegítima.

Nuestro sistema jurídico no es ajeno a la aplicación de la presunción del daño moral, es así que tenemos: La Casación N° 2084-2015 – Lima, en el fundamento sexto, establece la aplicación del supuesto de presunción de daño moral:

(...) ante la dificultad para probar el **daño moral**, esta Sala Suprema ha optado por presumir, en casos puntuales, la existencia del mismo. (...) . Nótese que en autos se encuentra acreditado que el demandante tuvo que acudir ante el Poder Judicial, mediante el proceso de amparo, a fin de conseguir que la entidad demandada cumpliera con otorgarle una nueva pensión, acorde con la Ley número 23908. Ante ello, resulta comprensible que el accionante haya podido sufrir **daño moral** (lesión a su sentimiento), debido a que se vio obligado a seguir el itinerario judicial en mención, ante la negativa (ilegítima) de la entidad demandada de reajustar la pensión que percibía, en consecuencia, devendrían en irrelevantes los argumentos esgrimidos por el Colegiado Superior tendientes a establecer una pretendida falta de acreditación del **daño moral**.

Más allá de la discusión de sí en este caso cabe presumir el daño moral, es evidente que nuestros jueces son de la opinión que el daño puede ser presumible en ciertos casos, es así que el principal fundamento para aplicar este criterio se encuentra en el fundamento sexto de la casación mencionada:

El daño moral (artículo 1984 del Código Civil) es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto, no recayendo sobre cosas materiales, sino afectando sentimientos y valores. Esta categoría del daño es particularmente difícil de acreditar, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, siendo, inclusive, fácil para algunas personas simular sufrimientos o lesiones sin que existan

en la realidad. Además, en algunos casos, ocurre que los sufrimientos severos son resistidos con fortaleza sin ninguna alteración en la salud o aspecto físico del sujeto.

Del mismo modo, tenemos la Casación N° 4844-2013 – Lambayeque, en su fundamento primero señala: “El daño moral se presume, surge de los hechos, de las circunstancias del caso, cuya prueba es innecesaria cuando se pretende un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa (...)”.

Como vemos nuestra jurisprudencia se ha inclinado a aplicar la presunción del daño moral, en ciertos casos en dónde es difícil probar su existencia; es decir, esto tiene vinculación con la carga de la prueba (quién debe probar el daño moral). En ese sentido como señalan Cárdenas & Gonzales (2007):

(...) partiendo del análisis de nuestra jurisprudencia se puede establecer que a efectos de distribución de la carga de la prueba, se puede hablar de dos “tipos” de daños morales: por un lado, aquellos cuya existencia puede presumirse; y por otro, aquellos cuya existencia debe ser acreditada (...). En general, la doctrina no cuestiona la utilización de este medio de prueba respecto a la acreditación del daño moral, lo que nos parece acertado ya que su uso es perfectamente lícito siempre y cuando se cumplan los respectivos requisitos legales, las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños debidamente acreditados en el proceso, y en todo caso, se admite la prueba en contrario (p.225)

Por lo que, la presunción del daño moral se configuraría en los casos en que se acredite plenamente la vulneración del derecho a la intimidad de las personas (daño a la persona), admitiéndose prueba en contrario; es decir, el demandado tiene la posibilidad de acreditar la no producción del daño moral.

- LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DEBE SER CONSIDERADA COMO UNA ACTIVIDAD RIESGOSA.

Según Taboada (2015) señala que el riesgo creado supone la realización de un daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa, donde el autor del daño no necesariamente es

culpable sino se le responsabiliza por el riesgo (adicional) que creó por ejercer determinada actividad o utilizar determinado bien; es decir el factor de atribución, culpa, se ausenta de modo tal que la culpa no sea intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad extracontractual, debiendo acreditarse además de la relación causal, la calidad del bien o actividad como riesgosa.

Por su parte, el maestro Bustamante (1997) quien refiriéndose a las cosas riesgosas señala:

Un esfuerzo de sistematización nos permite ubicar en un sector de las cosas que normalmente no son peligrosas, y en otro sector aquellas que normalmente son peligrosas. Las primeras carecen de autonomía de dañar: solo son peligrosas como instrumentos del hombre [...] (p. 414).

A pari, la actividad de informar carece de autonomía de dañar: solo es riesgosa como instrumento de los Medios de Comunicación⁴⁰. Es decir, la libertad de información no constituye de por sí una actividad riesgosa, sólo adquiere esta calidad por el manejo que le brindan los Medios de Comunicación (persona jurídica). Desde nuestro punto de vista ese manejo está orientado a crear morbo en la audiencia a través de la difusión de información que implique la vida privada (intimidad) de las personas y ello obedece a una serie de hechos que explicaremos a continuación.

Los medios de comunicación promueven la conciencia social a través de la amplia fuente de información y conocimiento que poseen y transmiten en cuestión de segundos. La opinión pública se forma o deforma por la información que se trasmite a través de los

⁴⁰ Desde esa perspectiva, consideramos que la actividad que desempeñan los medios de comunicación se constituye en riesgosa pero no por el simple hecho de informar sino por el manejo que hagan de ésta, pudiendo deformarla a su libre albedrío.

medios de comunicación, ahí radica su importancia, lo cual se centra en la influencia que tienen en el comportamiento y opinión de las personas.

Los medios de comunicación forman parte de la estructura social, si hablamos de ellos como empresa podríamos decir que en la actualidad poseen un gran poder de persuasión y control regidos por reglas que impone el mercado, la economía, lo político, entre otros. Es decir, la industria informativa está guiada por intereses y grupos de poder que manejan la información según los objetivos que desean lograr. Ello, ha sido confirmado a través de la historia lo cual nos permite ver la relación que existe entre los medios de comunicación y los grandes grupos de poder que gobernaban o gobiernan, dirigen o dirigían nuestro Estado.

Por su parte, Gargurevich (1972) señala:

Durante muchos años las empresas editoras ocultaron cuidadosamente el origen de sus capitales. El lector común y corriente conocía solo el nombre del Director, quien generalmente era a su vez conocido solo por sus presuntas virtudes y posición política. Fuera de los más altos círculos políticos y económicos nadie sabía a ciencia cierta quien o quienes eran los propietarios de los diarios (p. 49).

Agrega el mismo autor, haciendo referencia a los grupos de poder que estaban detrás del manejo de los medios de comunicación:

Ese grupo de poder es que dominaba todo el “mass media” peruano y especialmente los diarios de capital al 3 de octubre de 1968. Todo este grupo se encontraba siempre integrado por los “lobbies” o entidades gremiales (a excepción de los jefes militares) y que no eran otra cosa que verdaderos parachoques. Todos los accionistas de los periódicos de Lima – hay rarísimas excepciones- pertenecían a alguna de estas instituciones: Sociedad Nacional Agraria, Sociedad Nacional de industrias, Sociedad Nacional de Pesquería, Sociedad Nacional de Minería y Petróleo, Cámara de Comercio, Confederación Nacional de Comerciantes, Asociación Nacional de Bancos y Federación de Aseguradores.

Estas organizaciones consideraron a los diarios como su medio de comunicación por excelencia: participaban en su capital accionario a través de sus miembros; influían

directamente en la política editorial; los sostenían económicamente a través de la publicidad. En fin, una telaraña de la cual era muy difícil desasirse (pp. 55 – 56).

Un claro ejemplo de ello, es Banchemo Rossi a quién se le consideró un magnate de la prensa. Él formó la Empresa Periodística Nacional – EPN, de la cual era el accionista principal, controlaba seis diarios y una revista en el Perú. Todo el directorio estaba formado por integrantes de la Sociedad Nacional de Pesquería, entidad que llegó a controlar el ochenta por ciento de la producción nacional de harina de pescado.

El principal movimiento de esa partida consistía en difundir a través de los diarios – y por supuesto con mayor vehemencia en el Correo- la especie de que el sector pesquero atravesaba serias crisis y que los intereses y económica del país se verían seriamente afectados si descendía la producción de harina de pescado, la principal proveedora de divisas. La táctica había rendido frutos un par de veces. Primero la campaña a modo de colchón, luego la acción de los parlamentarios manejada a través de un auténtico “lobby” y finalmente la obtención de una ley que concedía ventajas tributarias (Gargurevich, 1972, p. 35).

Por su parte, Jiménez & Ramos (2013) siguiendo la misma línea, señalan:

En la sociedad actual encontramos una “Fusión de poderes” o concentración en pocas manos (personas o familias) del poder económico, político y de la información. [...] en nuestro país, tenemos varios ejemplos. La familia Miro Quesada es dueña del grupo El Comercio que maneja varios diarios de circulación nacional, además de tener control de canales de televisión abierta y otro por cable. Estos casos de concentración del poder de información en pocas manos, también los encontramos en las ciudades del interior del país donde los propietarios de empresas periodísticas incursionan en prensa escrita, radio y televisión, al mismo tiempo, buscando incrementar su cobertura, influencias y ganancias. Así, la concentración de poder en pocas manos constituye una clara amenaza a la libertad de prensa y a la democracia de todo el país (Jiménez, M & Ramos, 2013, pp. 55 - 56).

Detrás de los medios de comunicación siempre hubo interés económicos de por medio pero también intereses políticos. Entre los años 1990 y 2000, la prensa fue utilizada para desacreditar, difamar y atacar a los enemigos políticos de Alberto Fujimori.

Fue así como durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990 - 2000), se utilizó a un grupo de diarios chicha para levantar la imagen y favorecer las obras del entonces presidente, creando caos y confusión entre la opinión pública. Como se comprobaría posteriormente, Fujimori y su ex asesor Vladimiro Montesinos subvencionaron y

pagaron grandes cifras de dinero a los dueños de estos diarios con el fin de difamar en las primeras planas a todo aquel que representara la oposición. Las noticias que aparecían a diario eran nada menos que un show circus. [...] . De la misma manera, algunos canales de televisión se unieron a las maniobras sucias del Gobierno exaltando una actitud favorable y condescendiente frente a la ex dictadura (Cappellini, 2004, p. 35).

Este caso fue judicializado penalmente; es así que, en la sentencia sobre el caso de los “Diarios Chicha” (Expediente N° 63 – 2009/ Cuarta Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima) se condena por el delito de peculado doloso a ocho años de cárcel a Alberto Fujimori, quién en su condición de Presidente de la República ordenó, entre los años de 1998 – 200, sin ningún sustento legal, desvió fondos de la Fuerza Aérea del Perú y el Ejército Peruano al Servicio de Inteligencia (SIN) por un monto de s/. 122 000,000.00 (ciento veintidós millones de soles), bajo la denominación de “Gastos reservados”, fondos que fueron utilizados para comprar titulares de los denominados “Diarios Chicha” para su campaña de reelección presidencial para el periodo 2000 – 2005, con los que se manipuló a la opinión pública, denostando a los adversarios políticos. Los Diarios Chicha que se compraron fueron: “El Mañanero”, “La Chuchi”, “Mas”, “El Chato”, “Conclusión”, “El Tío”, “El Chino”, “La Yuca”, “El Men”, “Referendum” y “Asi es”.

Cabe resaltar que tras un fallo muy cuestionado, La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema (R.N. N° 615 – 2015/ Lima) declaró la nulidad de la condena que pesaba sobre el expresidente de la República, Alberto Fujimori, por el caso Diarios Chicha

El mismo modus operandi fue utilizado por el ex Presidente Regional de Ancash, Cesar Álvarez. Así lo demuestra el escandaloso caso conocido como “La Centralita”, donde esta autoridad dirigió una red corrupta y criminal de sobornos a propietarios de pequeños

medios de comunicación, televisoras locales ubicadas en Chimbote, Casma y Huaraz. Algunos medios o programas creados por él; donde los temas editoriales eran elegidos y determinado por éste; metían y sacaban a periodistas, pagándoles a con la finalidad de desacreditar y/o desprestigiar a sus opositores, quiénes no aceptaban ser sobornados (Chimbote en Línea, 2017).

Por este caso, el Ministerio Público, a través del fiscal Elmer Chirre, ha solicitado 30 años de cárcel para el expresidente regional Cesar Álvarez y otros imputados, por los delitos de colusión, peculado, asociación ilícita para delinquir, violencia y resistencia a la autoridad y lavado de activos.

Estos escasos pero ilustrativos casos nos demuestran que los medios de comunicación siempre han seguido la línea que los grandes grupos de poder les han impuesto, pues han encontrado en ellos una manera de legitimar sus actos ante la sociedad. Los medios de comunicación “muchas veces no pueden entregar a la sociedad informaciones “pura”, “objetiva” e “imparcial”. Esto sucede generalmente por la influencia e injerencia de los grupos de poder sobre ellos (político y económico)” (Jiménez, M & Ramos, 2013, p. 56).

Existe una instrumentalización o manipulación de los medios de comunicación lo cual ha generado todo un libertinaje informativo.

Los mensajes difundidos por los medios impresos, radiofónicos, audiovisuales o interactivos actúan como la dinamita, que sirve para destruir pero también para excavar los cimientos de nuevas construcciones. El buen criterio de los directivos es clave para la homeostasis de la comunicación pública: al respetar los derechos de las personas y de las comunidades, los contenidos no generan residuos contaminantes que deterioren los sistemas sociales. Por el contrario, cuando se actúa con perspectivas reduccionistas se producen desequilibrios peligrosos: adquiere protagonismo excesivo el afán del lucro de los propietarios, o las demandas de los anunciantes, o las

injerencias del poder político, o los intereses de los grupos de presión (Pérez, 2012, p. 22).

Jiménez & Ramos (2013) señala que “El interés de todas las empresas periodísticas en propaganda y publicidad para obtener mayores ganancias, provoca que estas queden sometidas a intereses de diversos grupos de poder” (p.57), quienes establecen y ponen en agenda la información que se deberá difundir. Es decir, la libertad de información se encuentra sometida por la libertad de empresa, en muchos casos.

Por otro lado, es importante señalar que aunado a lo manifestado, tal como lo saca a relucir Jiménez & Ramos (2013) “La propia estructura de la empresa periodística es la que otorga las facultades para que esto sea así, pues el director mantiene una la directriz general y editorial del medio, quien ya previamente habría tenido una serie de reuniones con los propietarios de la organización y tiene bien claro cuál es la línea periodística que habrán de seguir los periodistas (p. 59). Es decir, esto ya no se trata del periodista que redactó la noticia, de quién la comentó, del que la presentó en la televisión, etc. si no se trata del aparato organizativo empresarial, medios de comunicación, que orienta sus fines y objetivos a hacer de la información un arma riesgosa. Por lo que confirmamos nuestra teoría, los medios de comunicación realizan una actividad riesgosa, entendiéndose ésta, como el uso o manipulación que hacen de la información llegándola a distorsionar con fines económicos.

Si bien es cierto, el buen criterio al momento de difundir la información debería primar; sin embargo, ello no es así, los medios de comunicación haciendo uso del gran poder que poseen difunden información indiscriminadamente sin evaluarse si realmente resulta ser relevante. Actualmente las noticias, programas, etc. que se difunden a través de los medios

de comunicación resaltan el escándalo, el chisme, lo indiscreto, íntimo, etc. con la única finalidad de obtener audiencia y así obtener mayores beneficios económicos.

Es innegable que esta actividad “informar” es un recurso económico muy provechoso para la industria de la comunicación, lo que ha conllevado a que se creen nuevas formas de transmitir la noticia con la finalidad de tener mayor audiencia. El sensacionalismo, una herramienta para lograr estos fines, según Marín (citado por Castillo, 2013) “contamina el discurso informativo para elevar la audiencia hacia el producto periodístico” y también diría televisivo, radial, u otro medio de comunicación.

El sensacionalismo es un fenómeno que privilegia el morbo con el fin de llamar la atención del público, con respecto a ello, Nivea (1994) señala:

“Es una actividad de identificación y exacerbación del carácter singular de los acontecimientos a través del énfasis, incremento o sustracción de elementos lingüísticos, visuales (sonoros) e ideológicos, por medio de repetición de temáticas que contienen conceptos y valores que se refieren a la violencia, la muerte y la desigualdad social” (p. 146).

En pocas palabras, este fenómeno privilegia el espectáculo, el libertinaje informativo y la invasión en la intimidad de las personas.

En este contexto, como señala Redondo (2013) “el sensacionalismo informativo se desarrolla en la actualidad al amparo de la flexibilidad de un marco legal que salvaguarda, de forma general, la libertad de prensa” (p. 594) o como diríamos la libertad de información y expresión, ello es el denominador común de todos los medios de comunicación quienes se escudan bajo el derecho a la libertad de información y expresión para esculcar en la vida de las personas difundiendo aquello que se considera íntimo o parte de la vida privada.

Es un fenómeno que se ha impregnado en nuestra “mass media” sensacionalismo o amarillismo, formas de transmitir el mensaje que han sido utilizados a través de la historia.

Siendo el inventor de la prensa amarilla o sensacionalista, William Randolph Hearst, quién “logró que sus periódicos alcanzaran circulación jamás vista en la historia del periodismo universal. Dejo como lección el amarillaje, una manera de hacer periodismo basado en mentiras, exageraciones, verdades de medias, titulares desproporcionados, todo un modelo que muchos seguirían y en todo el mundo” (Garguverich, 2002, p. 78).

En todo el mundo se siguió esta forma de hacer periodismo en mayor o menor nivel. Esta práctica sobre todo se ha evidenciado en el periodismo de entretenimiento (que en la actualidad ha alcanzado a ser parte de los principales medios de comunicación: televisión, radio, internet, etc.), como señala Vagas (como se citó en Patiño, s/f): “Y es un periodismo de entretenimiento, no de información que explota — y con mucho talento — los peores instintos, la maledicencia, la curiosidad por la vida privada, algo que por desgracia prende en todos los sectores y contra lo que no están vacunados los ciudadanos cultos o educados”(p. 5).

Pérez (2012) señala con mucho acierto que “los mensajes de información o entretenimiento hacen que los ciudadanos estén mejor informados, sean más solidarios y respeten a los demás o, por el contrario, les convierten en seres incultos, y les impulsan a ser egoístas y tratar de aprovecharse de los más débiles” (p. 34).

Mendoza (2013) haciendo un análisis de lo que sucedió en el Perú entre los años 1990 y 2000 señala que en ésta época:

[...] se practicó también el peor periodismo del que se haga referencia en la historia del país: un “antiperiodismo” o la negación extrema de los new values que sustentan la prensa moderna, responsable e independiente. Los periódicos chichas o populares resucitaron los estilos sensacionalistas y amarillistas que a fines del siglo XIX impusieron entre otros Joseph Pulitzer y William Radolph Hearst, sino que colaboraron “con el enrarecimiento del clima democrático” (p. 267).

“De los tradicionales diarios amarillistas, la prensa “chicha” copio la mentira, la invención y la fabricación de acontecimientos, pero a extremos nunca antes vistos en el país, en agravio de las personas, su intimidad, honor y buen nombre” (Mendoza, 2013, p. 276). Por otro lado, la misma autora señala que no sólo los periódicos chichas o populares fueron que resucitaron ese estilo de hacer periodismo sino que ello también se trasladó a la televisión, la reina de los medios de comunicación. Y no solo por los beneficios publicitarios y las dadas gubernamentales que recibió del gobierno de Alberto Fujimori sino porque estos aparatos eran accesibles para la población, convirtiéndose en el medio por excelencia preferido por la dictadura de ese tiempo.

Investigaciones posteriores demostrarían que la aparición de nuevos títulos, y principalmente de los tabloides sensacionalistas, no sólo se debió a la iniciativa de los periodistas por desarrollar proyectos editoriales creativos e innovadores o a la proclividad de empresarios peruanos de la comunicación para fundar periódicos casi frenéticamente, sino a condiciones de naturaleza política, económica y cultural que contribuyeron a la expansión del mercado de los diarios (Mendoza, 2013, p. 276).

Esta es la herencia que ha recibido nuestro país, el libertinaje informativo y ello nos ha traído consecuencias abismales que se ven reflejado en la vulneración de derechos fundamentales. Como señala Jiménez & Ramos (2013): “Son varios aspectos a los que podríamos referirnos a consecuencia de un irresponsable libertinaje periodístico, como- por ejemplo- el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, las responsabilidades de la prensa, interés preponderante entre la libertad de información e intimidad, etc.” (p. 86).

En conclusión, los Medios de Comunicación, en su mayoría, no son imparciales ni mucho menos objetivos, se agencian de fenómenos periodísticos que ponen en riesgos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, pues el sensacionalismo o amarillaje, tal como lo diferencia Mendoza (2013): “el sensacionalismo exagera, golpea las retinas, espectaculariza o, como se dice en el argot del periodístico, “infla”. El amarillismo hace todo eso y más: difama, injuria, calumnia” (p. 276).

Los medios de comunicación a través de diversos programas influyen negativamente en la sociedad pues haciendo uso del ejercicio de libertad de expresión e información difunden información que contamina a la sociedad y la somete a un estilo de comportamiento aislado de valores y principios. Ello se evidencia en la emisión de programas o noticias que muestran un alto contenido de violencia, sexualidad, perversión que afecta a la familia y a la sociedad en su conjunto, pues crea, en muchos casos, modelos de conducta a seguir, tendencias, construyen la agenda sobre temas que discutimos a diario y hasta han cambiado las formas de gobernar y hacer política.

Si bien, el artículo 4 de la Ley de Radio y Televisión señala que “los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”, esto no es así, pues la actuación de los medios de comunicación deja mucho que desear; pues programas como “Combate”, “Esto es Guerra”, “El valor de la verdad”, “Amor, amor, amor”, entre otros, no contribuyen con el respeto de

deberes y derechos fundamentales ni con la promoción de valores humanos ni mucho menos con la promoción de la identidad nacional.

Por otro lado no se respeta el horario de protección al menor, establecido en el artículo 40 de la Ley de Radio y Televisión, pues en horarios que median entre las seis de la mañana y diez de la noche se transmiten programas que no son educativos para los menores sino más bien proporcionan contenidos violento, obsceno o de otra índole similar, que afecta los valores inherentes a la familia, los niños y adolescentes.

Los medios de comunicación tienen una enorme influencia la cual si no es manejada con responsabilidad puede traer graves consecuencias a la cultura, identidad, educación y valores de la sociedad, por ello es indispensable que se planteen medidas legislativas que regulen la actividad informativa de todos los medios de comunicación, impresos y audiovisuales, estableciéndose sanciones razonables aquellos medios que no cumplan con esta función; en ese sentido, es indispensable la emisión de una ley de comunicación que equilibre el ejercicio pleno de la libertad de información y expresión y la salvaguarda de los derechos de la persona.

- **EL JUEZ DEBERÁ DELIMITAR EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD.**

El conflicto — aparente — del derecho a la intimidad y a la información ha sido un problema para nuestros operadores jurídicos, desde un principio nuestra jurisprudencia pareció adoptar una posición preferente por el derecho a la libertad de información en detrimento al derecho a la intimidad.

[...] debe precisarse que esta posición preferente de la libertad de expresión e información sobre los derechos de la personalidad se manifiesta fundamentalmente cuando se refiere a asuntos de índole política o de interés público, más no necesariamente cuando tiene relación con temas propios de la intimidad personal y la privacidad, que también son valores especialmente protegidos por la jurisprudencia (Eguiguren, 2004, p. 132).

Con esta cuestión nos referimos a lo que Montoya (2014), ha tratado de resolverse mediante la aplicación de dos formas clásicas, el conflicto y colisión de los derechos fundamentales, lo que no comparte, pues considera que esta situación debe solucionarse determinando los límites internos y externos de cada derecho.

Bajo ese criterio, no existen conflicto entre los derechos fundamentales, pues solo cabe la convivencia armónica de éstos, lo que se logra delimitando el contenido de los derechos.

Por lo que siguiendo esta afirmación y en coherencia con el teniendo en cuenta que en el primer capítulo del presente trabajo, definimos los conceptos de libertad de información y expresión, y el derecho a la vida privada (intimidad); en ese sentido, es preciso señalar que la vida privada —intimidad— “solamente puede afectarse a través de hechos reales. Así, tan sólo la información podrá ser límite suyo, y no la expresión” (Montoya, 2014, p. 424). Existe una imposibilidad material para realizar una determinación de los contenidos entre estos derechos, puesto que no existe un punto común de confluencia entre los mismos. El primero está referido a hechos fácticos; el segundo es una mera elucidación de ideas, sugerencias o reflexiones; es inmaterial. Nunca una opinión podrá inmiscuirse en -o afectar- la realidad (Montoya, 2014).

Aclarado este punto, pasaremos a delimitar ambos derechos con la finalidad de verificar si la conducta que se pretende atribuir responsabilidad cae dentro o fuera del contenido del derecho que se invoca, libertad de información; para ello, debemos tener en cuenta que en

el ejercicio de la libertad de información siempre existe la posibilidad de lesionar— aparentemente— el derecho a la intimidad, lo inverso no es admisible, no se puede decir que el derecho a la intimidad ha lesionado el derecho de información pero si se puede decir que constituye un límite a su ejercicio.

Es innegable que el derecho a la intimidad constituye un límite al ejercicio del derecho a la libertad de información, una primera impresión sería ello, pues se considera que el derecho a la libertad de información debe ejercerse asegurando el respeto de otros derechos (honor, intimidad, etc.), entonces sino se respeta el derecho a la intimidad se podría decir que investigar y difundir información de la vida privada—intimidad— no es parte del contenido del derecho a la información. “Los límites de la libertad de información, factor fundamental de desarrollo de la sociedad y de sus componentes, deben ser establecidos para defender los márgenes de privacidad necesarios e indispensables para el hombre” (Morales, 1995, p. 75).

La pregunta que cabe ahora es ¿Por qué el derecho a la intimidad constituye un límite del derecho a la información? Ello, nos lleva a delimitar el contenido del derecho a la información, Castillo (2006) establece criterios a tener en cuenta para delimitar el derecho a la libertad de información, los cuales los clasifica en criterios normativos y extra normativos. Dentro del primer criterio señala que se deberá:

[...] partir del concreto dispositivo constitucional que recoge el derecho cuyo contenido intenta ser determinado para concluir qué facultades de acción puede deparar el derecho a su titular (interpretación literal). [...] Así, se deberá acudir a los demás dispositivos constitucionales relacionados con el derecho cuyo contenido se intenta delimitar, por así exigirlo el principio de unidad y sistematicidad de la Constitución (interpretación sistemática). De igual manera, se ha de acudir a lo que lo dispuesto en los textos internacionales sobre derechos humanos vinculantes para el Perú y, consecuentemente, a lo que los tribunales internacionales hayan interpretado

sobre estos textos constitucionales, en el convencimiento que en el ámbito internacional existe una mayor vocación de protección plena a la vigencia efectiva de los derechos humanos (interpretación supra nacional) (p. 28).

Dentro del segundo criterio señala dos elementos que se deberán tener en cuenta:

El primero de ellos es la finalidad del derecho cuyo contenido se intenta definir, sólo atendiendo al fin, se podrá concluir adecuadamente el contenido que conforma un derecho fundamental (interpretación teleológica). Y el segundo es las concretas circunstancias del caso dentro de las cuales se presenta una cuestión ius fundamental; son esas circunstancias las que definen finalmente el contenido constitucional del derecho fundamental, y las que a su vez permiten definir una vigencia conjunta y armonizadora de todos los derechos fundamentales (interpretación de armonización práctica) (p. 29).

Es así que, teniendo en cuenta estos criterios en primer lugar podemos decir que de la interpretación sistemática de la Constitución (segundo criterio normativo) el derecho a la intimidad constituye un límite del derecho a la libertad de información; pues, el contenido del derecho a la libertad de información⁴¹ no garantiza la intromisión en la vida privada — intimidad— de la persona; mientras que, el contenido esencial del derecho a la intimidad (personal y familiar)⁴² sí garantiza la prohibición de intromisión en la vida íntima de las personas.

⁴¹. Las dimensiones de la libertad de información son: a) el derecho de buscar o acceder a la información, que no sólo protege el derecho subjetivo de ser informado o de acceder a las fuentes de información, sino, al mismo tiempo, garantiza el derecho colectivo de ser informados, en forma veraz e imparcial, protegiéndose de ese modo el proceso de formación de la opinión pública y, en consecuencia, no sólo al informante, sino también a todo el proceso de elaboración, búsqueda, selección y confección de la información. b) la garantía de que el sujeto portador de los hechos noticiosos pueda difundirla libremente. La titularidad del derecho corresponde a todas las personas y, de manera especial, a los profesionales de la comunicación. El objeto protegido, en tal caso, es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones. Por ello, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimas por quienes tienen la condición de sujetos informantes, forjadores de la opinión pública (Fundamento 11 del EXP. N.º 0905-2001-AA/TC).

⁴². Se ha dispuesto en el artículo 11 de la Convención Americana: 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.

Así opina Castillo (2006) al señalar que el derecho a la intimidad aparece como límite de la libertad de información. Esto significa que no podrá formar parte del contenido constitucional de esta libertad fundamental aquellas pretensiones de mensajes comunicativos que vulneren la intimidad respecto de las cuales se ha difundido los hechos y juicios de valor. En ese sentido opina Morales (1995) señalando que los “límites a la libertad de información, el factor fundamental de desarrollo de la sociedad y de sus componentes, deben ser establecidos para defender los márgenes de privacidad necesarios e indispensables para el hombre” (p. 75).

Pues bien, como es sabido, no en todos los supuestos en donde existan conflictos entre las pretensiones que obedezcan a garantizar el ejercicio de la libertad de información y el derecho a la vida privada —intimidad— se resuelven constitucionalmente de la misma manera, ya que aun cuando la Constitución reconoce la libertad de información y el derecho a la intimidad, **el interés público** (relevancia de la información difundida), **su veracidad**⁴³, **consentimiento de la víctima y la condición pública o privada de la persona afectada**, serán las circunstancias que determinen la solución al conflicto de pretensiones que se siga de la correspondiente ponderación constitucional (Criterio extra normativo: circunstancia que definen al caso).

⁴³. El Tribunal Constitucional considera que el objeto de esta libertad no puede ser otro que la información veraz. Desde luego que, desde una perspectiva constitucional, la veracidad de la información no es sinónimo de exactitud en la difusión del hecho noticioso. Exige solamente que los hechos difundidos por el comunicador se adecuen a la verdad en sus aspectos más relevantes. "La verdad, en cuanto lugar común de la información, puede entenderse como la adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje difundido, la manifestación de lo que las cosas son. Se trata, pues, de la misma sustancia de la noticia, de su constitutivo. (Fundamento 10 del EXP. N.º 0905-2001-AA/TC)

La ponderación será un método utilizado no para determinar qué derecho prima sobre el otro, pues estaríamos ante la tesis conflictivista; sino, nos servirá para determinar en un caso concreto, que pretensión que defienden las partes (las cuales llevan la defensa del derecho a la libertad de información e intimidad) es la que se debe garantizar por nuestro ordenamiento jurídico; es decir lo que se deberá ponderar serán los intereses opuestos.

B. CRITERIOS PARA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMA.

- **EN LOS CASOS DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN DE TELEVISIÓN Y RADIO: EL JUEZ A AFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM RESARCITORIO DEBERÁ TENER EN CUENTA EL COSTO COMERCIAL POR TIEMPO AL AIRE EN QUE SE TRASMITIÓ LA INFORMACIÓN QUE AFECTÓ EL DERECHO A LA INTIMIDAD.**

La publicidad podría ser definida como una estrategia que es utilizada por las empresas para hacer conocida una marca, producto, idea, etc.; la cual, utiliza como instrumento principal los medios de comunicación para lograr este fin.

Según Thompstones (2005), la publicidad es:

[...] es una forma de comunicación impersonal y de largo alcance que es pagada por un patrocinador identificado (empresa lucrativa, organización no gubernamental, institución del estado o persona individual) para informar, persuadir o recordar a un grupo objetivo acerca de los productos, servicios, ideas u otros que promueve, con la finalidad de atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, seguidores u otros (s/n).

Por su parte Parra, C (1989) define a la publicidad como:

(...) un mensaje de persuasión; utiliza medios verbales, escritos o pictóricos con el objetivo de inducir al lector u oyente a que adquiera un producto. La información publicitaria es muy importante porque sirve de orientación tanto para la compra como para la venta de un producto (pp. 89-90).

El medio publicitario en el Perú es, a primera vista, la principal fuente de financiación de los canales de televisión y las estaciones de radio, agrego también, para las empresas periodísticas. La publicidad financia y condiciona a los medios masivos, y en este sentido una primera función es subsidiar a estos medios de difusión del sistema (Cáceres, 1989).

Para las empresas es muy importante hacer conocida su marca o producto, es por ello, que hacen uso de canales de televisión, emisoras de radio o empresa periodísticas que tengan una gran aceptación por el público; es decir, tengan un mayor número de televidentes, oyentes o lectores, respectivamente, pues esto garantizará que la marca o el producto sea conocida por más personas. Para que esto suceda los medios de comunicación utilizan infinidad de estrategias para llamar la atención del público, es así que, en la actualidad existen nuevos programas, en diferentes horarios, que se enfocan a captar cierto tipo de público (niños, jóvenes y adultos). Según al público que va orientado el producto y/o servicio las empresas contratan los espacios publicitarios. Ello se reduce a lo siguiente:

>Audiencia (rating) > Publicidad > Ganancias

A mayor audiencia (rating), las empresas contratarán con los medios de comunicación para publicitar sus productos, servicios y/o marcas, por lo que la publicidad se incrementará y dará mayores ganancias a los medios de comunicación.

En ese sentido, la publicidad según Zannoni (1993):

La publicidad — fuente primordial de financiación — tiende a concentrarse en los medios de mayor público y, de este modo, cada cual trata de seleccionar la información y los mensajes según estereotipos que respondan a lo que considera que espera el público masivo. La información, la noticia, es, al cabo un producto económico — aun cuando su sustrato, su contenido, tiene un valor inmaterial y espiritual — que se sujeta a las leyes del mercado (pp. 35-36).

La publicidad genera ganancias cuantiosas, ello, evidencia la competencia existente entre los medios de comunicación; “quienes se ven enfrentados, como empresa, a optimizar su rentabilidad y, como de captar público o audiencia se trata — para poder vender publicidad [...] seleccionan un tipo de información que se adecue con la percepción pública más obvia de lo que se considera importante” (Zannoni, 1993, p. 37).

Con respecto al costo de la publicidad podemos decir que está en función al tiempo que ésta se encuentra al aire. Mi empresa propia (2016), una escuela de emprendedores, con respecto al tarifario de televisión en el Perú señala:

La medida de costo de publicidad o base tarifaria, es 30 segundos. Sin embargo, pueden realizarse publicidades más cortas, mínimo de 10 segundos y máximo de 60 segundos. América TV, Latina, Panamericana tienen una base tarifaria (30 segundos) que van desde los 3,000 soles hasta más de 20,000 soles. La variación depende del horario y el programa en donde se pondrá la publicidad. Sin embargo, en filiales (provincias) el costo de publicidad es menor, estando entre 200 y 600 soles.

Por su parte portal PQS.pe (2018), una página web elaborada por elaborado por Fundación Romero con información útil para nuevos empresarios y emprendedores, señala: “En Perú, los costos por anunciar en televisión dependen del canal y de la hora, por lo que varían tremendamente”. En ese sentido, PQS.pe (2018), después de comunicarse con distintos canales elaboró un tarifario:

Horario	Anuncio de 30 segundos
Programas con rating alto	Entre S/.2,000 y S/.17,500
Programas con rating medio alto	Entre S/.1,500 y S/.14,000
Programas con rating medio	Entre S/.1,000 y S/.10,500
Programas con rating medio bajo	Entre S/.800 y S/.7,000
Programas con rating bajo	Entre S/.600 y S/.3,500

Fuente: Datos obtenidos de la página web Portal POS.pe

Agrega, la misma empresa que “algunos canales cuentan, también, con los denominados telefectivos, anuncios de 10 segundos que se transmiten entre 01:00 a.m. y 06:00 a.m., y que cuestan entre S/.60 y S/.200”.

De la investigación realizada pudimos obtener el tarifario de América Televisión filiales **Chimbote, Cajamarca, Cusco, Ica, Iquitos, Pucallpa, Tacna y Tarapoto, los cuáles son:**

<u>AVISOS ROTATIVOS</u>	
De 07:00 a.m. a 18:30 p.m. compra mínima (03 avisos diarios)	
01 Aviso de 07:00 a 12:00 p.m. 01 Aviso de 12:00 a 16:00 p.m. 01 Aviso de 16:00 a 18:30 p.m.	
COSTO POR AVISO DE 10” (segundos)	S/. 43.33
COSTO POR AVISO DE 15” (segundos)	S/. 65.00
COSTO POR AVISO DE 20” (segundos)	S/. 86.67
COSTO POR AVISO DE 30” (segundos)	S/. 130.00

Fuente: América Tv. Filial Chimbote

AVISOS FIJO**De 06:00 a 06:40 a.m. y 19:00 a 23:50 p.m.**

COSTO POR AVISO DE 10” (segundos)	S/. 130.00
COSTO POR AVISO DE 15” (segundos)	S/. 195.00
COSTO POR AVISO DE 20” (segundos)	S/. 260.00
COSTO POR AVISO DE 30” (segundos)	S/. 390.00

Fuente: América Tv. Filial Chimbote

Esto quiere decir que el juez, en primer lugar, deberá tener en cuenta cuánto tiempo es que duró la noticia que se transmitió, la cual se considera que afectó la intimidad de la persona.

En segundo lugar, se deberá tener en cuenta el costo comercial por tiempo al aire, es decir el tiempo en que la publicidad es transmitida por la radio y/o televisión. El producto de esto nos dará como resultado el monto indemnizatorio.

Veamos, mediante un caso, como aplicaríamos este criterio:

El programa Beto a Saber el día 01 de setiembre del 2017, programa que se transmite en ATV, transmitió una noticia bajo la denominación “La relación de amor y odio de Michael Urtecho con su asesora”, esta noticia que se da tras la denuncia de Miluska Urtecho busca demostrar que la ex asesora Evelyn Goicochea trataba de conquistar amorosamente al ex Michael Urtecho parlamentario y luego traicionarlo denunciándolo por maltrato laboral y así éste fuera destituido de su cargo, en consecuencias, beneficiar a su accesitaria la señora Rosa Nuñez.

Para demostrar estos hechos- relación amorosa- el programa se valió de una serie de imágenes que mostraba a la ex asesora Evelyn Goicochea muy seductora mostrando partes de su cuerpo y haciendo poses “sensuales”.

Tras la difusión de cada una de las imágenes, el programa repetía “Esta es una historia que linda con lo sórdido, con lo miserable, con lo pornográfico, donde la insinuación y el guiño se dan en el primer poder del estado dentro de un despacho del congreso, los protagonistas un parlamentario casado y su asesora [...]”

Esta noticia estuvo al aire alrededor de 13 min y 11 segundos, si nosotros aplicamos el criterio se vería reflejado de la siguiente manera:

La medida de costo de publicidad, también conocida como base tarifaria, es de 30 segundos, si señalamos que el costo es de 1000 soles, entonces:

¿Cuántos segundos tiene 13 minutos? Esto lo hallamos haciendo la conversión de minutos a segundos para lo cual se deberá multiplicar 60 x13 (sesenta representa el valor de un minuto convertido en segundos). El resulta es 780 segundos. A esto se le deberá sumar 11 segundos.

Luego se deberá dividir 791 segundos entre 30 segundos con la finalidad de determinar cuántas fracciones de 30 segundos existen en 791 segundos. El resultado, redondeándolo, es de: 26.

Para hallar el monto indemnizatorio se deberá multiplicar los 26 por los 1000 soles que es el costo de la publicidad. El resultado sería 26 000 soles.

Este monto de 26 000 soles será un monto mínimo que se incrementará o disminuirá según se evidencien otras circunstancias.

- **EN EL CASO DE LA PRENSA: A EFECTO DE DETERMINAR EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TENER EN CUENTA EL NÚMERO DE TIRAJES VENDIDOS MÁS EL COSTO COMERCIAL DE LA PUBLICIDAD.**

“El periódico es un medio impreso también conocido como diario o prensa escrita, su función primordial es difundir noticias, se clasifica en función de su periodicidad, la cual suele ser diaria (lo que le da el nombre de diario), semanal, e incluso mensual” (Domínguez, 2012, p. 24).

El periódico como medio impreso es un generador de rentabilidad; es decir por cada periódico vendido el medio de comunicación obtiene ganancias, pero no sólo por ello obtiene ganancias sino también por el costo publicitario.

En ese sentido, teniendo en cuenta las dos formas que usualmente un medio de comunicación se beneficia económicamente es preciso atribuir un monto indemnizatorio bajo esos criterios.

Por ejemplo: si el medio de comunicación editó 10 000 ejemplares entonces se multiplicaría por el costo comercial, pongamos como costo s/. 0.50, lo que nos daría como resultado s/. 5 000.

Por ejemplo: si el medio de comunicación editó 10 000 ejemplares entonces se multiplicaría por el costo comercial, pongamos como costo s/. 0.50, lo que nos daría como resultado s/. 5 000.

Aunado a esto, creemos conveniente que el juez debe tomar en cuenta el costo comercial que genera el colocar una publicidad en el lugar de la noticia que afectó el derecho a la intimidad.

CUERPO NOTICIOSO			
Avisos comerciales	MEDIDAS (Modulo / Columna)	PRECIO DE LISTA	PRECIO POR PAGO ANTICIPADO
1 Página	10x6	S/ 15,470.00	S/ 12,852.00
Roba plus	8x6	12,375.00	10,272.00
Roba página	8x5	8,320.00	7,000.00
Mini robaplus	7x3	2,698.00	2,268.00
1/2 Pág. Plus	6x6	7,488.00	6,300.00
1/2 Pág.	5x6	5,220.00	4,380.00
1/4 Pág.	5x3	1,928.00	1,620.00
1/4 Pág. Plus	4x4	2,056.00	1,728.00
Faldón	3x6	2,313.00	1,944.00
1/8 Pág.	3x2	624.00	524.00
1/8 Pág. Plus	2x4	832.00	699.00
Recargos			
Comunicados	25%	1 color adicional	30%
Publirreportajes	30%	2 colores adicionales	50%
5ª Página	30%	Todo color	70%
Página específica	20%	Contracarátula	80%

Fuente: Empresa Peruana de Servicios Editoriales

Para este caso, se deberá tomar en cuenta el tarifario de publicidad que el medio de comunicación ofrece, como podemos ver en la imagen precedente dependiendo del tamaño de la información que se desea publicar dependerá el precio que se pagará haciéndose recargos al precio por color adicional, color, etc. Por ello, el juez, en primer lugar verificará la ubicación, tamaño y colores de la noticia que se publicó y afectó el derecho a la intimidad para luego a través de cálculos matemáticos determine el monto resarcitorio.

- **A EFECTO DE INCREMENTAR EL MONTO INDEMNIZATORIO EL JUEZ DEBERÁ TOMAR EN CUENTA EL RATING DEL PROGRAMA O EL DIARIO EN DÓNDE SE TRASMITIÓ LA NOTICIA Y LA PUBLICACIÓN DE LA NOTICIA EN INTERNET.**

La Real Academia Española (RAE), “rating” es el Índice de audiencia de un programa de televisión o radio. Por su parte, Velásquez (2011):

Rating es la estimación del tamaño de una audiencia de televisión con relación al universo o muestra total, expresado como porcentaje. Es decir, que es el porcentaje estimado de todos los hogares o las personas en sintonía con un canal o una estación específica.

En el Diario La República escribe Álvarez (2004) sobre el rating en el Perú y señala:

(...) el rating, permite identificar aquellos programas en los que es más rentable anunciar; y con ello quedan al descubierto los verdaderos intereses de los anunciantes, pieza clave en el engranaje del negocio televisivo. "Cuanto más rating tiene un programa, más vale (...) aunque su contenido sea malo, poco edificante o embrutecedor. Del mismo modo, los programas con bajo rating deberían ser desechados, aunque aporten cultura, sano entretenimiento o valores. Esto se entiende cuando se tiene en cuenta que el anunciante compra un espacio que lo ayude a vender, y siendo así su búsqueda de rating no es inmoral, sino eficientemente comercial.

El rating en nuestro país, el rating es medido por la empresa Kantar IBOPE Media, que brinda, en el caso de medición de audiencias, dos servicios: el servicio TAM y el servicio de medición de audiencia de medios impresos. Según la página web de esta empresa, estos servicios consisten en: El servicio TAM (Television Audience Measurement) provee información confiable y oportuna sobre la audiencia en televisión en base a la medición electrónica con People Meters, y el servicio de Audiencias de Medios Impresos permite conocer el hábito de consumo de Diarios y Revistas de las personas en Lima y las 6 principales ciudades del interior (Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Cusco y Arequipa).

Además, existe el CPI, Compañía peruana de estudios de mercado y opinión pública, también realiza este trabajo, pero lo hace con mayor frecuencia para analizar la audiencia de emisoras de radio y para la lectoría de diarios en el país.

En ese sentido, el rating resulta de vital importancia para tener referencia del tamaño de la audiencia que ve determinado medio de comunicación o programa, por ello, se ha considerado que el juez a efecto aumentar el monto indemnizatorio tomará en cuenta el rating el rating que obtuvo el programa el día en qué se transmitió la noticia.

Por otro lado, en cuanto al criterio de la publicación en internet, debemos mencionar que el internet es de suma importancia para los miembros de la sociedad, pues es una herramienta que nos ha permitido acelerar la comunicación, pues se puede recibir noticias y estar al tanto de los acontecimientos en el mundo de manera rápida e instantánea; además, internet cumple un papel relevante en el mundo empresarial y publicitario, pues las empresas pueden proyectar su imagen al público, o anunciarse en diferentes páginas para obtener más clientes y así más ventas.

Actualmente existen revistas por internet o revistas on-line, que realizan publicaciones, ya emitidas por medios de comunicación, para reforzar el mensaje de la edición impresa, o para complementarla; sin embargo, existen muchas revistas que sólo son on-line, reduciendo costos de impresión y ampliando las ganancias por publicidad

Muchos de los medios de comunicación, como la radio, la televisión y la prensa, tienen páginas web o redes sociales donde complementan o refuerzan la información que dieron a conocer; es decir, publican la información que se transmitió o publicó en la radio, televisión o periódico en internet. En ese sentido, la información se inicia en las páginas web de estos

medios (fuente de información) la cuál es compartida en las redes sociales para tener mayor alcance. Teniendo en cuenta ello, a fin de incrementar el monto indemnizatorio cuándo la información es subida en internet, en primer lugar se deberá tener en cuenta el costo comercial de publicidad que el medio de comunicación ofrece a los particulares para promocionar bienes y/o servicios en su página web (fuente de información).

Adicional a ello, si la información es compartida a través de las redes sociales se tendrá en cuenta el costo comercial de publicidad que estos medios de ofrecen.

El juez deberá solicitar al medio de comunicación el informe de cuántas personas vieron la noticia, así como el número de veces que fue compartida y comentada en internet, para tener una referencia de la magnitud de la difusión de la noticia.

V. CONCLUSIONES

1. Para efecto de este trabajo de investigación consideramos que el derecho a la libertad de expresión e información tiene una misma raíz y sustento ideológico pero contenidos diferentes. En ese sentido, el contenido de la libertad de expresión se basa en la libre comunicación de ideas, pensamientos y opiniones; mientras que, la libertad de información consiste en el derecho de dar y recibir informaciones y comunicaciones de cualquier tipo, dentro de los márgenes de la ley, garantiza un completo haz de libertades conforme lo establece el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
2. El ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las cuales deben estar expresamente señaladas por la ley. En virtud de esta, el medio de comunicación está obligado a asumir las consecuencias que puede contraer por vulneración de derechos a terceros. Puede ser administrativa, civil y/o penal. La primera se encuentra regulada por la Ley de Telecomunicaciones, y la Ley de Radio y televisión, la segunda por las disposiciones contenidas en el artículo 1969 y ss. del Código Civil y la tercera en el artículo 132 y ss. del Código Penal.
3. La imposición de estas medidas tiene como fundamento la protección de otros derechos como el derecho a la intimidad; sin embargo, bajo ningún motivo deben ser desproporcionales, abusivas y restrictivas, es decir, que protegiendo un derecho termine por vulnerar otros, como en el caso de las sanciones penales que en muchas ocasiones resulta ser desproporcionales y pueden tener un efecto silenciador incompatible con una

sociedad democrática, por lo que su aplicación será meramente excepcional. En ese sentido, lo establece la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en sus Informes anuales 200, 2002 y 2011, recomienda la necesidad de adecuar las normas en materia civil para regular las consecuencias que se deriven del ejercicio de la libertad de expresión e información.

4. La responsabilidad civil constituye un mecanismo idóneo para resarcir a las víctimas por la vulneración de su derecho a la intimidad, pues por un lado se compensa a la víctima por el daño ocasionado por la intromisión y difusión de su intimidad por parte de un medio de comunicación y por el otro constituye una medida proporcional que evita el abuso de sanciones que pueden tener un efecto silenciador incompatible con los principios democráticos.
5. Cabe resaltar que el delito en contra de la intimidad es de persecución privada; es decir el mecanismo legal para sancionar al infractor de la ley penal es la querrela. Estos procesos por lo general, cuando se encuentran responsable al autor, terminan con penas suspendidas y con una reparación que impone el juez según su criterio. Sin embargo, a nuestro modo de ver no es suficiente, sobre todo con respecto a la reparación, pues como lo manifestamos el ámbito civil - responsabilidad civil - su objetivo primordial se basa en resarcir o reparar los daños ocasionados a la víctima mientras que el ámbito penal el objetivo es castigar al autor del delito haya daño o no.
6. La responsabilidad ulterior, en el presente estudio, de los medios de comunicación recae dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la cual nace del deber jurídico genérico: "no causar daño a otro" [alterum non ladere], es decir no afectar

derechos fundamentales de la persona [intimidad]. cuya contravención genera del autor [Medio de Comunicación] la obligación de resarcir el daño ocasionado.

7. Uno de los derechos que garantiza la libertad de expresión e información es la de fundar medios de comunicación, lo cual está íntimamente ligada a la libertad de empresa; por lo que, los particulares tienen derecho a fundar una empresa y organizarse mediante cualquier forma societaria que regule nuestro ordenamiento jurídico prevé. En ese sentido los medios de comunicación son personas jurídicas.
8. Reconocer a la persona jurídica con capacidad de ejercicio es reconocer la aptitud que tiene para dar vida a diferentes relaciones jurídicas que le afecten y responder por ellas de ser el caso; es decir, en el reconocimiento de esta capacidad es dónde encontramos su responsabilidad. La responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica, se sustenta en la responsabilidad por hecho de tercero (artículo 1981 del Código Civil), que siguiendo la posición de Espinoza constituye una responsabilidad directa; pues la persona jurídica no tiene otra manera de manifestarse que a través de un tercero que vendrían a ser los miembros que la integran. Ello debe ser analizado conforme el artículo 12 de la Ley General de Sociedades.
9. El rol de los medios de comunicación (radio y televisión) se ha desviado, convirtiéndose en un medio con el designio único de entretener mediante la chismografía, rompiendo el límite entre lo que debería ser público y privado de la información, pues la información sobre la vida íntima de las personas es divulgada sin censura alguna, convirtiéndose en un medio de afectación a la dignidad de la persona, a la imagen y honor, mediante la intromisión de su vida íntima o privada.

10. Los daños ocasionados por los medios de comunicación por la emisión de información que implica la vulneración de derecho a la intimidad se constituye principalmente en daño a la persona y daño moral.
11. Los criterios propuestos nos servirán para uniformizar las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por afectación al derecho a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.
12. En ese sentido, con la predictibilidad se busca seguridad jurídica en las decisiones; mediante la uniformización de criterios que coadyuven a la determinación adecuada del resarcimiento a las víctimas; es decir, el quantum resarcitorio se podrá predecir en función a criterios. Desde esa perspectiva, es preciso resaltar que estos criterios son pautas mínimas y son el resultado del análisis de la norma, doctrina y jurisprudencia nacional y comparada.
13. Los medios de comunicación responden por el factor de atribución objetivo, la actividad que desempeñan constituye en riesgosa pero no por el simple hecho de informar sino por el manejo que hagan de ésta, pudiendo deformarla a su libre albedrío. Ese manejo está orientado a crear morbo en la audiencia a través de información que implique la vida privada (intimidad) de las personas y ello obedece a seguir los principios que se fundan en el sensacionalismo y el periodismo amarillo. Todo ello como consecuencia de que los medios de comunicación son actualmente una industria informativa la cual está guiada por intereses y grupos de poder que manejan la información a su antojo, convirtiéndose este medio en todo un libertinaje informativo.

14. Es innegable que el derecho a la intimidad constituye un límite al ejercicio del derecho a la libertad de información, una primera impresión sería ello, pues se considera que el derecho a la libertad de información debe ejercerse asegurando el respeto de otros derechos (honor, intimidad, etc.), entonces sino se respeta el derecho a la intimidad se podría decir que investigar y difundir información de la vida privada—intimidad— no es parte del contenido del derecho a la información.
15. El derecho a la intimidad constituye un límite del derecho a la libertad de información; pues, el contenido del derecho a la libertad de información no garantiza la intromisión en la vida privada — intimidad— de la persona; mientras que, el contenido esencial del derecho a la intimidad (personal y familiar) sí garantiza la prohibición de intromisión en la vida íntima de las personas.
16. Se ha considerado que el derecho a la intimidad tiene como consecuencia natural la producción de malestar, tristeza, pena, etc. en la persona, quién ve ese ámbito que ha guardado para sí, conocido o divulgado por los demás, por lo que, muchos autores coinciden que la acreditación del daño moral es muy difícil, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, sin que ello signifique que no sientan angustia, pena o tristeza; es decir, se presume el daño porque es previsible que la intromisión y la difusión de la intimidad de la persona ocasione angustia, pena, nostalgia, etc. en la persona que ha visto el ámbito que reserva para sí afectado producto de una intromisión ilegítima. Por lo que, en los casos de responsabilidad civil por la afectación del derecho a la intimidad se presumirá el daño moral una vez que se haya demostrado el daño a la persona (intromisión en la intimidad o vulneración del derecho a la intimidad).

17. Un personaje público o notorio por la función que desempeña dentro de la sociedad encuentra la protección de su derecho a la intimidad reducida, pues se considera que la vida de estas personas resulta ser importante para el conocimiento público; sin embargo eso no es óbice para dejar en indefensión a aquellas personas que revisten tal calidad, es por eso que para que se considere legítimo la intromisión es preciso tener en cuenta si la información difundida, en primer término ha sido consentida por la persona que reclama su derecho a la intimidad, si hubo consentimiento entonces no existe daño, si lo hubo, el juez deberá evaluar en qué términos o circunstancias se prestó el consentimiento. Otro de los aspectos que deberá tener el juez es la relevancia pública de la información, es decir si la información es de interés público. Además, la directa vinculación de lo difundido con la actividad o función que desempeña el personaje.
18. Con respecto a los criterios para determinar el quantum resarcitorio se ha determinado que el costo comercial por tiempo al aire en que se transmitió la información que afectó el derecho será determinante para resarcir a la víctimas, cuando la información se transmitió por medios de comunicación electrónico como la radio y televisión.
19. En el caso de medios impresos, como la prensa, se tendrá en cuenta el número de tirajes vendidos más el costo comercial de la publicidad, ello nos permitirá determinar el quantum resarcitorio en este tipo de medio de comunicación.
20. Los criterios que podrá tomar el juez a efecto de aumentar el monto indemnizatorio será el rating del programa o el diario en dónde se transmitió la noticia y la publicación de la noticia en internet; pues se considera que la persona sufre en mayor medida cuando ve su vida íntima expuesta a un número masivo de personas.

VI. RECOMENDACIONES

- 6.1. Se recomienda la creación del Proyecto de Ley que regula la responsabilidad civil de los medios de comunicación por afectación al derecho a la intimidad.

PROYECTO DE LEY N° ...

SUMILLA: Ley que regula la responsabilidad civil de los medios de comunicación por afectación al

La ciudadana del Estado Peruano que suscribe, Priscilla Yasmin Mendoza Zavaleta, ejerciendo su derecho de iniciativa que le confiere el Artículo 107° de la Constitución Política del Perú y la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos propone el siguiente Proyecto de Ley.

El Congreso de la Republica ha dado la Ley siguiente:

“LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR AFECTACIÓN AL DERECHO A LA INTIMIDAD”

CAPITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1: Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación por injerencias o intromisiones ilegítimas al derecho a la intimidad de las personas.

Artículo 2: Ámbito subjetivo de aplicación

Se considera medios de comunicación, a toda persona natural o jurídica constituida en mérito a la Ley N° 28278 – Ley de Radio y Televisión; así como, a todo medio periodístico que ejerce el pleno derecho de la libertad de expresión e información.

Artículo 3: Derecho a la intimidad

3.1. El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar garantizada en el inc. 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, será protegido civilmente frente a todo género de injerencia o intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley.

3.2. El derecho a la intimidad personal y familiar es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo siete de esta ley.

3.3. La protección civil de la intimidad quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

CAPITULO II

ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR INTROMISIONES ILEGÍTIMAS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Artículo 4: Responsabilidad civil de los medios de comunicación

Los medios de comunicación a que hace referencia el artículo 2 de la presente ley son responsables civilmente por la intromisión ilegítima y difusión de la vida íntima de las personas, cuándo lo hubiere cometido en su nombre o por cuenta de ellos y en su beneficio, por:

4.1. Los directores, administradores, gerentes, productores y editores de los medios de comunicación, siempre actúen bajo los lineamientos establecidos por la empresa.

4.2. Las personas naturales y/o jurídicas que prestan cualquier tipo de servicio a los medios de comunicación, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los directivos, administradores, gerentes, mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.

Artículo 5: Responsabilidad objetiva de los medios de comunicación

La responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación causada por las injerencias y/o intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad es objetiva. Las personas establecidas en el artículo 4.1. y 4.2 son responsables solidarios.

Artículo 6: Intromisión ilegítima del derecho a la intimidad personal y familiar

Se considera intromisión ilegítima todo acto orientado a menoscabar, exponer, revelar y/o descubrir la vida íntima de las personas.

Se considerarán como supuestos de injerencias o intromisiones ilegítimas, los siguientes:

5.1. Observar, escuchar o registrar un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones.

5.2. La divulgación y/o publicación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que además de afectar su derecho a la intimidad personal y familiar afecta su reputación, imagen y buen nombre.

5.3. 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, salvo los casos previstos en el artículo 6.

Artículo 7: Causas de justificación

7.1. No se considerará injerencia o intromisión ilegítima al derecho a la intimidad familiar y personal cuando esté expresamente en la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado consentimiento expreso.

7.2. Además del consentimiento, cuando se trate de un personaje público se deberá tener en cuenta la relevancia pública de la información y la directa vinculación de lo difundido con la actividad o función que desempeña el personaje.

Artículo 8: Presunción del daño

La existencia del daño moral se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima; es decir, la afectación del derecho a la intimidad. La indemnización se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Artículo 8: Ejercicio de la acción

8.1. El ejercicio de la acción de daños y perjuicios le corresponde a la víctima de injerencias o intromisiones ilegítimas a su derecho a la intimidad personal o familiar.

8.2. En el caso de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. No existiendo designación estarán legitimados el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

CAPÍTULO III

OBLIGACIÓN DE RESARCIR DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 9: Obligación de resarcir

Acreditada la intromisión ilegítima del derecho a la intimidad el medio de comunicación estará obligado a resarcir a las víctimas que por este hecho hayan sido afectadas.

Artículo 10: Criterios para determinar el monto indemnizatorio

El monto de la indemnización lo determina el juez tomando en cuenta el grado de responsabilidad, la publicidad o difusión del evento dañoso, la audiencia, las cualidades de la víctima; los derechos lesionados, en atención al artículo 5.2. de la presente ley; así como, las demás circunstancias del caso. Además, se deberá tener en cuenta:

10.1. Cuando se trate de medios impresos, el monto de la indemnización se calculará en base a la suma del costo comercial del número ejemplares editados y el costo comercial de la publicidad.

El costo comercial de la publicidad está determinado por la ganancia que generaría al medio de comunicación si en lugar de la noticia que afectó el derecho a la intimidad se hubiera colocado un anuncio publicitario. Para ello, el juez deberá verificar la ubicación, tamaño y colores de la noticia que se publicó.

10.2. En el caso de daños difundidos o publicitados a través de la radio y televisión o por cualquier medio electrónico, el monto de la indemnización se determinará teniendo en

cuenta el costo comercial por tiempo al aire que haya ocupado la noticia que afectó el derecho a la intimidad.

10.3. El juez deberá tener en cuenta el rating del programa radial o televisivo, así como la publicación de la información en medios informáticos, a afecto de incrementar el monto indemnizatorio.

I. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

Los avances científicos y tecnológicos han puesto al alcance de las personas, bienes y servicios que les proporcionan una mejor calidad de vida, siendo uno de ellos los medios de comunicación, quienes hoy en día constituyen el cuarto poder del Estado, ya que juegan un rol importante dentro de la sociedad por la influencia que tienen en la opinión pública, en la trasmisión y el acceso a la información, convirtiéndose en multiplicadora de sucesos y opiniones que se generan a través de la información que se dio a conocer. Sin embargo, escándalos, chismes, ampays, etc, de personas (artistas, funcionarios y servidores públicos) se han convertido en la “noticia” que difunden y ofrecen los medios de comunicación con la única finalidad de entretener, captar la atención de la audiencia y así asegurar el rating. Este mal uso del poder puede revertirse y crear un efecto contrario, ocasionando daños y perjuicios, que en un marco legalmente establecido, exigirán del responsable su reparación.

En este contexto, el rol de los medios de comunicación (radio y televisión) se ha desviado, convirtiéndose en un medio con el designio único de entretener mediante la chismografía, rompiendo el límite entre lo que debería ser público y privado de la información, pues la información sobre la vida íntima de las personas es divulgada sin censura alguna,

convirtiéndose en un medio de afectación a la dignidad de la persona, a la imagen y honor, mediante la intromisión de su vida íntima o privada.

Por otro lado, los medios de comunicación forman parte de la estructura social, si hablamos de ellos como empresa podríamos decir que en la actualidad poseen un gran poder de persuasión y control regidos por reglas que impone el mercado, la economía, lo político, entre otros. Es decir, la industria informativa está guiada por intereses y grupos de poder que manejan la información según los objetivos que desean lograr. Así lo señala Gargurevich (1972):

Durante muchos años las empresas editoras ocultaron cuidadosamente el origen de sus capitales. El lector común y corriente conocía solo el nombre del Director, quien generalmente era a su vez conocido solo por sus presuntas virtudes y posición política. Fuera de los más altos círculos políticos y económicos nadie sabía a ciencia cierta quien o quienes eran los propietarios de los diarios (p. 49).

Agrega el mismo autor, haciendo referencia a los grupos de poder que estaban detrás del manejo de los medios de comunicación:

Ese grupo de poder es que dominaba todo el “mass media” peruano y especialmente los diarios de capital al 3 de octubre de 1968. Todo este grupo se encontraba siempre integrado por los “lobbies” o entidades gremiales (a excepción de los jefes militares) y que no eran otra cosa que verdaderos parachoques. Todos los accionistas de los periódicos de Lima – hay rarísimas excepciones- pertenecían a alguna de estas instituciones: Sociedad Nacional Agraria, Sociedad Nacional de industrias, Sociedad Nacional de Pesquería, Sociedad Nacional de Minería y Petróleo, Cámara de Comercio, Confederación Nacional de Comerciantes, Asociación Nacional de Bancos y Federación de Aseguradores.

Estas organizaciones consideraron a los diarios como su medio de comunicación por excelencia: participaban en su capital accionario a través de sus miembros; influían directamente en la política editorial; los sostenían económicamente a través de la publicidad. En fin, una telaraña de la cual era muy difícil desasirse (pp. 55 – 56).

Por su parte, Jiménez & Ramos (2013) siguiendo la misma línea, señalan:

En la sociedad actual encontramos una “Fusión de poderes” o concentración en pocas manos (personas o familias) del poder económico, político y de la

información. [...] en nuestro país, tenemos varios ejemplos. La familia Miro Quesada es dueña del grupo El Comercio que maneja varios diarios de circulación nacional, además de tener control de canales de televisión abierta y otro por cable. Estos casos de concentración del poder de información en pocas manos, también los encontramos en las ciudades del interior del país donde los propietarios de empresas periodísticas incursionan en prensa escrita, radio y televisión, al mismo tiempo, buscando incrementar su cobertura, influencias y ganancias. Así, la concentración de poder en pocas manos constituye una clara amenaza a la libertad de prensa y a la democracia de todo el país (Jiménez, M & Ramos, 2013, pp. 55 - 56).

Detrás de los medios de comunicación siempre hubo interés económicos de por medio pero también intereses políticos. Entre los años 1990 y 2000, la prensa fue utilizada para desacreditar, difamar y atacar a los enemigos políticos de Alberto Fujimori.

Fue así como durante el gobierno de Alberto Fujimori (1990 - 2000), se utilizó a un grupo de diarios chicha para levantar la imagen y favorecer las obras del entonces presidente, creando caos y confusión entre la opinión pública. Como se comprobaría posteriormente, Fujimori y su ex asesor Vladimiro Montesinos subvencionaron y pagaron grandes cifras de dinero a los dueños de estos diarios con el fin de difamar en las primeras planas a todo aquel que representara la oposición. Las noticias que aparecían a diario eran nada menos que un show circus. [...] . De la misma manera, algunos canales de televisión se unieron a las maniobras sucias del Gobierno exaltando una actitud favorable y condescendiente frente a la ex dictadura (Cappellini, 2004, p. 35).

Detrás del manejo de los Medios de Comunicación existen grupos de poder quienes según los intereses que persiguen manipulan los medios radiales, televisivos, prensa, etc. Así lo manifiesta Jiménez & Ramos (2013) quién señala que “El interés de todas las empresas periodísticas en propaganda y publicidad para obtener mayores ganancias, provoca que estas queden sometidas a intereses de diversos grupos de poder (Jiménez & Ramos (p.57), quienes establecen y ponen en agenda la información que se deberá difundir. Es decir, la libertad de información se encuentra sometida por la libertad de empresa, en muchos casos.

Los medios de comunicación “muchas veces no pueden entregar a la sociedad informaciones “pura”, “objetiva” e “imparcial”. Esto sucede generalmente por la influencia

e injerencia de los grupos de poder sobre ellos (político y económico)” (Jiménez, M & Ramos, 2013, p. 56).

Esta instrumentalización o manipulación de los medios de comunicación ha generado todo un libertinaje informativo.

Los mensajes difundidos por los medios impresos, radiofónicos, audiovisuales o interactivos actúan como la dinamita, que sirve para destruir pero también para excavar los cimientos de nuevas construcciones. El buen criterio de los directivos es clave para la homeostasis de la comunicación pública: al respetar los derechos de las personas y de las comunidades, los contenidos no generan residuos contaminantes que deterioren los sistemas sociales. Por el contrario, cuando se actúa con perspectivas reduccionistas se producen desequilibrios peligrosos: adquiere protagonismo excesivo el afán del lucro de los propietarios, o las demandas de los anunciantes, o las injerencias del poder político, o los intereses de los grupos de presión (Pérez, 2012, p. 22).

El buen criterio al momento de difundir la información debería primar; sin embargo, ello no es así, los medios de comunicación haciendo uso del gran poder que poseen difunden información indiscriminadamente sin evaluarse si realmente resulta ser relevante. Actualmente las noticias, programas, etc. que se difunden a través de los medios de comunicación resaltan el escándalo, el chisme, lo indiscreto, íntimo, etc. con la única finalidad de obtener audiencia y así obtener mayores beneficios económicos.

Es así que se ha creado nuevas formas de transmitir la noticia con la finalidad de tener mayor audiencia. El sensacionalismo, una herramienta para lograr estos fines, según Marín (citado por Castillo, 2013) “contamina el discurso informativo para elevar la audiencia hacia el producto periodístico” y también diría televisivo, radial, u otro medio de comunicación.

Esta práctica sobre todo se ha evidenciado en el periodismo de entretenimiento (que en la actualidad ha alcanzado a ser parte de los principales medios de comunicación: televisión,

radio, internet, etc.), como señala Mario Vagas Llosa en una entrevista realizada por Mazzone (1998): Y es un periodismo de entretenimiento, no de información que explota — y con mucho talento — los peores instintos, la maledicencia, la curiosidad por la vida privada, algo que por desgracia prende en todos los sectores y contra lo que no están vacunados los ciudadanos cultos o educados.

Pérez (2012) señala con mucho acierto que “los mensajes de información o entretenimiento hacen que los ciudadanos estén mejor informados, sean más solidarios y respeten a los demás o, por el contrario, les convierten en seres incultos, y les impulsan a ser egoístas y tratar de aprovecharse de los más débiles (p. 34).

Esta es la herencia que ha recibido nuestro país, el libertinaje informativo y ello nos ha traído consecuencias abismales que se ven reflejado en la vulneración de derechos fundamentales. Como señala Jiménez & Ramos (2013): “Son varios aspectos a los que podríamos referirnos a consecuencia de un irresponsable libertinaje periodístico, como- por ejemplo- el derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, las responsabilidades de la prensa, interés preponderante entre la libertad de información e intimidad, etc. (p. 86).

En conclusión, los Medios de Comunicación, en su mayoría, no son imparciales ni mucho menos objetivos, se agencian de fenómenos periodísticos que ponen en riesgos derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, pues el sensacionalismo o amarillaje, tal como lo diferencia Mendoza (2013): “el sensacionalismo exagera, golpea las retinas, espectaculariza o, como se dice en el argot del periodístico, “infla”. El amarillismo hace todo eso y más: difama, injuria, calumnia” (p. 276). En ese sentido, queda establecido que los derechos personalísimos, como el derecho a la intimidad, se encuentran en riesgo de ser

vulnerados por el ejercicio indebido de la libertad de información que hacen los medios de comunicación.

Además, los medios de comunicación a través de diversos programas influyen negativamente en la sociedad pues haciendo uso del ejercicio de libertad de expresión e información difunden información que contamina a la sociedad y la somete a un estilo de comportamiento aislado de valores y principios. Ello se evidencia en la emisión de programas o noticias que muestran un alto contenido de violencia, sexualidad, perversión que afecta a la familia y a la sociedad en su conjunto, pues crea, en muchos casos, modelos de conducta a seguir, tendencias, construyen la agenda sobre temas que discutimos a diario y hasta han cambiado las formas de gobernar y hacer política.

Si bien, el artículo 4 de la Ley de Radio y Televisión señala que “los servicios de radiodifusión tienen por finalidad satisfacer las necesidades de las personas en el campo de la información, el conocimiento, la cultura, la educación y el entretenimiento, en un marco de respeto de los deberes y derechos fundamentales, así como de promoción de los valores humanos y de la identidad nacional”, esto no es así, pues la actuación de los medios de comunicación deja mucho que desear; pues programas como “Combate”, “Esto es Guerra”, “El valor de la verdad”, “Amor, amor, amor”, entre otros, no contribuyen con el respeto de deberes y derechos fundamentales ni con la promoción de valores humanos ni mucho menos con la promoción de la identidad nacional.

Los medios de comunicación tienen una enorme influencia la cual si no es manejada con responsabilidad puede traer graves consecuencias a la cultura, identidad, educación y valores de la sociedad, por ello es indispensable que se planteen medidas legislativas que

regulen la actividad informativa de todos los medios de comunicación, impresos y audiovisuales, estableciéndose sanciones razonables aquellos medios que no cumplan con esta función; en ese sentido, es indispensable la emisión de una ley de comunicación que equilibre el ejercicio pleno de la libertad de información y expresión y la salvaguarda de los derechos de la persona.

Por ello, tomando en cuenta el riesgo y vulnerabilidad en que se encuentran los derechos personales que protegen la dignidad humana- especialmente el derecho a la intimidad- frente al uso irracional de las libertades de información y expresión ejercida por los medios de comunicación; es necesario revisar y actualizar nuestro ordenamiento jurídico, en forma particular nuestra ley civil, para que regule supuestos normativos de provocar daños y por ende la responsabilidad civil que tienen los medios de comunicación, para ello, se recogerán criterios mínimos para determinar la responsabilidad de los medios de comunicación por afectación al derecho a la intimidad y para determinar el quantum resarcitorio y así las víctimas por estos casos obtengan satisfacción a través del sistema de responsabilidad civil.

Esto sustentado, en lo establecido por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en sus Informes anuales 200, 2002 y 2011, donde recomienda la necesidad de adecuar las normas en materia civil para regular las consecuencias que se deriven del ejercicio de la libertad de expresión e información y el artículo 39⁴⁴ de la Ley N° 28278 – Ley de Radio y

⁴⁴. Artículo 39.- Responsabilidad legal y fuero común: La responsabilidad legal por violaciones a la dignidad, el honor, la intimidad, la imagen y la voz de las personas y en general a los derechos reconocidos legalmente a las personas e instituciones, se rigen por las disposiciones establecidas en el Código Civil y el Código Penal y las leyes especiales vigentes sobre la materia. Las responsabilidades que se deriven de estas violaciones se juzgan en el fuero común, siendo incompetente cualquier jurisdicción distinta, sin excepción alguna

Televisión, se ha tenido a bien proponer el presente proyecto de ley con la finalidad la responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad, estableciendo criterios mínimos para determinar la responsabilidad de los medios de comunicación, así como criterios para determinar el monto indemnizatorio, lo que nos permitirá la uniformización de las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por intromisiones ilegítimas a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.

II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN

NACIONAL:

La aprobación de esta norma no es adversa a la Constitución Política del Estado, por el contrario, el efecto que va a tener es incorporar en la legislación nacional una nueva Ley que, regule la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad; la misma que se encuentra, además, en total concordancia con Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en sus Informes anuales 200, 2002 y 2011, donde recomienda la necesidad de adecuar las normas en materia civil para regular las consecuencias que se deriven del ejercicio de la libertad de expresión e información, a la Ley N° 28278 – Ley de Radio y Televisión y al Código Civil.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO:

La aprobación de esta norma no va a implicar gasto adicional al erario nacional; Por el contrario, esta ley será beneficiosa para el país ya que:

Para los operadores de justicia:

- Se determinará los criterios (reglas) a seguir para resarcir adecuadamente a las víctimas por la difusión de información que implique la intromisión en su vida íntima.

Para las víctimas:

- Se garantizará la seguridad jurídica mediante una adecuada reparación, para ello se ha establecido los criterios que el juez deberá tener en cuenta para responsabilizar civilmente al medio de comunicación que atente contra el derecho a la intimidad; ello contribuirá a equilibrar responsabilidades entre el sujeto activo y pasivo (víctima), otorgándole a la víctima la certidumbre que la indemnización que recibirá será la más justa y equivalente al daño que sufrió.
- Un sistema de responsabilidad civil tiene una función preventiva y reparadora del daño, ello contribuirá a que las sentencias emitidas a favor de las víctimas creen un precedente para que los medios de comunicación tengan mayor celo al emitir la información.

Para los medios de comunicación:

- Impulsará a la observancia adecuada de la información que emitirán, con la finalidad de garantizar el respeto del derecho a la intimidad.
- Se establecerá las reglas claras para definir cuándo son pasibles de responsabilidad civil por la afectación del derecho a la intimidad.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS Y VIRTUALES

7.1. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Jurista Editores: Lima.

Amado, A. (2003). *Prensa y Comunicación: personas y empresas frente a los medios*. 2 ed. Macchi Grupo Editor S.A: Buenos Aires.

Arazamendi, L. (2011). *Fundamentos Epistemológicos de la investigación básica y aplicada al derecho*. Editora Jurídica Griley: Lima.

Arazamendi, L. (2015). *Instructivo Teórico – Práctico del Diseño y Redacción de la Tesis en Derecho*. 2ª ed. Lima: Editora y Librería Grijley EIRL.

Beltrán, J. (2010). *Eclipse: Cuando se confunde el Derecho Laboral con el Derecho Civil. Dialogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica: Lima.

Bullard, A. (2010). *Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores S.A.C.: Lima.

Bustos, J. & Rodríguez, A. (2012). *Introducción al derecho civil*. 2 ed. Editorial Dykinson: Madrid.

Caceres, B. (1989). *Perú: Comunicación o violencia*. Desco: Lima.

Carhuatocto, H. (2010). *La responsabilidad civil de los hospitales*. Juristas Editores E.I.R.L: Lima.

Carrasco, A. (2012). *Derecho Civil*. 4 ed. Editorial Tecnos: Madrid

Corral, H. (2003). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Editorial Juridica de Chile: Santiago de Chile.

Chanamé, R. (2011). *La Constitución Comentada*. 6ª ed. Arequipa, Peru: Editorial Adrus.

De Angel, R. (1995). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Universidad de Deusto, Civitas: Madrid

D' Adamo, O; Garcia, V. & Freidenberg, F. (2007). *Medios de comunicación y opinión publica*. Mc Graw- Hill/Interamericana de España, S.A.U. : Madrid.

De Trazegnies, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. T. I. 6° ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial: Lima

Espinoza, J. (2005). *Derecho de Responsabilidad Civil*. 3° ed. Gaceta Jurídica: Lima.

Espinoza, J. (2011). *Derecho de Responsabilidad Civil*. 6° ed. Editorial Rodhas SAC: Lima.

Espinoza, J. (2012). *Derecho de las Personas. Concebidos y personas naturales*. 6° ed. Editora y Librería Jurídica Grijle E.I.R.L.: Lima.

Espinoza, J. (2013). *Derecho de Responsabilidad Civil*. 7° ed. Editorial Rodhas SAC: Lima.

Eyssautier, M. (2006). *Metodología de la investigación*. 5° ed. Thomson Editores: Ciudad de México.

Gargurevich, J. (1972) *Mito y verdad de los diarios de Lima*. Editorial Grafica Labor: Lima

- Garguverich, J. (2002). *La prensa sensacionalista en el Perú*. Pontificie Universidad Catolica del Peru: Lima
- Hernandez, R., Fernandez, C. & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación*. Interamericana Editores S.A. de C.V.: México.
- Jimenez, M & Ramos, P. (2013). *Periodismo: problemas en su ejercicio y la repercusión en su valoración*. Proverdad E.I.R.L.: Lima
- Koteich, M. (2012). *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona: del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- Le Tourneau (2008). *Responsabilidad Civil*. Legis Editores S.A.: Lima.
- Lopez, M. & Daniel, J. (2010). *Antijuricidad y causas de justificación: contribución a su estudio desde la óptica civil y penal*. Euros Editorial S.R.L.: Buenos Aires
- Llambias, J.J (2012). *Tratado de Derecho Civil: Obligaciones*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. T.1 (7)
- Medina, J. (2014). *Derecho Civil, aproximación al derecho de las personas*. 4 ed. Editorial Universidad del Rosario: Bogotá.
- Mendoza, M. (2007). *Conflictos entre derechos fundamentales, expresión, información y honor*. Palestra Editores: Lima.

Mendoza, M. (2013). 100 años de periodismo en el Perú, 1949 -2000. T. I. Fondo Editorial Universidad de Lima: Lima.

Morales, J. (1995). *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*. Glijley: Lima

Morales, R. (2006). *Estudios sobre la teoría general del contrato*. Editora Jurídica Grijley: Lima.

Morera, E. (2010). *Responsabilidad. Concepto jurídico y sus singularidades*. Editorial Planeta S.A.: Barcelona

Parra, C. (1989). Los medios de comunicación colectiva y la cultura de masas. Ediciones Ama LLulla: Lima.

Peña, A. (2009). “*Los delitos contra el honor. Conflictos con el derecho a la información y la libertad de expresión*”. Jurista Editores: Lima

Perez, F. (2012). Innovacion en los medios, La ruta del cambio. Ediciones Universidad de Navarra: Navarra.

Rivera, J. (1993). Instituciones de derecho civil. T. II. Abeledo- Perrot: Buenos Aires.

Sánchez, M. (2014). *Derecho Administrativo: Parte General*. 10° ed. Editorial Tecnos: Madrid.

Suarez, R. (2010). *Teoría General de la persona jurídica*. Editorial Themis S.A.: Bogotá

Sumarriva, V. (2009). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Fondo Editorial Universidad Inca Garcilaso de la Vega: Lima.

Taboada, L. (2015). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Grijley: Lima.

Torres, A. (2002). *Código Civil*. 6° ed. Idemsa: Lima.

Torres (2012). *Teoría general del contrato*. T. II. Pacifico Editores: Lima

Ojeda, L. (2009). *La responsabilidad precontractual en el código civil peruano*. Motivensa SRL: Lima.

Valencia, A & Ortiz, A. (2011). *Derecho Civil*. T. I. Temis S.A.: Bogotá

Velásquez, O. (2015). *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Themis S.A.: Bogotá.

Zannoni, E & Bísvaro, B. (1993). *Responsabilidad de los medios de prensa*. Editorial Astrea: Buenos Aires.

Zavala, M. (2011). *Tratado de daños a las personas, daños a la dignidad*. T.2. Astrea: Buenos Aires.

Zavala, M. (2011). *Tratado de daños a las personas, daños a la dignidad*. T.I. Astrea: Buenos Aires.

Zimmermann, R. (2012). *Derecho de obligaciones*. Ediciones Legales E.I.R.L.: Lima.

7.2. REFERENCIAS VIRTUALES

Alexy (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*. (11), pp. 3-14. Recuperado de: www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf

Almansa, A. (febrero, 2011). La visión multidisciplinar de Luhmann sobre los mass media. *Razón y palabra*. Recuperado de: http://www.razonypalabra.org.mx/N/N75/monotemático_75/03_Almansa_M75.pdf

Atienza, L. (2012). *Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (15), 216-233. Recuperado de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100013&lng=es&tlng=es.

Alvarez, J. (2004, 12 de junio). ¡Así es el rating! *La República*. Recuperado de: <https://larepublica.pe/archivo/361761-asi-es-el-rating>

Beltrán, J. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/460>

Beltrán, J. (2004). Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil. *Revista Sociedad y Derecho*. (23), pp. 260-266. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/16891/17198>

- Bermejo, A. (2015). La dificultad probatoria del daño moral: una aproximación jurisprudencial. Recuperado de: https://biblioteca.unirioja.es/tfe_e/TFE001421.pdf
- Bustamante, H. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Recuperado de: <https://es.scribd.com/doc/129435034/TEORIA-GENERAL-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-HUGO-BUSTAMANTE-ALSINA-pdf>
- Campos, H. (2012, diciembre). El juicio de resarcibilidad en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Ius Et Veritas*, (45) pp. 210-227. Recuperado de: revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11999
- Castillo, M. (2006). El defectuoso anteproyecto de reforma del código civil en relación a las personas jurídicas. *Revista Ius Et Veritas*, (5), 68-78. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18406/18646>
- Castillo, L. (2005). *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?*. Recuperado de: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/1911>
- Castillo, L. (2006). *Criterios de delimitación del contenido constitucional del derecho a la libertad de expresión e información*. Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1946/Criterios_delimitacion_contenido_constitucional_derecho_libertad_expresion_informacion.pdf?sequence=1
- Capeillini, M. (2004). *La prensa chicha en el Perú*. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/160/16008806.pdf>

Cianciardo, J. (s/f). *Los límites de los derechos fundamentales*. Recuperado de:
<http://jeanclaude.mx/wpcontent/uploads/2007/08/Los%20limites%20de%20los%20derechos%20fundamentales%20Cianciardo.pdf>

Clauso, A. (1993). Análisis Documental: Análisis Formal. *Revista General de Información y Documentación*. 3 (1). 11-19. Recuperado de:
<https://revistas.ucm.es/index.php/RGID/article/viewFile/RGID9393120011A/11739>

Dominguez, E. (2012). *Medios de Comunicación Masiva*. Recuperado de:
http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/comunicacion/Medios_de_comunicacion_masiva.pdf

Donaire, P. (2008). *Los sucedáneos de los medios probatorios*. Recuperado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/be5cd10046ed35679057f8199c310be6/T3-Derecho+procesal.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=be5cd10046ed35679057f8199c310be6>

Fernandez, C. (s/f). *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*. Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18280/18525>

Gismondi, M. (2017, 15 de abril). Corrupción en Ancash: el cáncer que se diseminó en todos los estamentos de la sociedad. *Chimbote en Línea*. Recuperado de:
<http://www.chimbotenlinea.com/anticorrupcion/15/04/2017/corrupcion-en-ancash-el-cancer-que-se-disemino-en-todos-los-estamentos-de>

Hernandez, L. (1985). *Presunciones legales en el sistema tributario peruano*. Recuperado de:

<http://www.ipdt.org/publicaciones/detalle/34>

Ibañez & Alexy (2017). *Jueces y ponderación argumentativa*. Recuperado de:

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2196-jueces-y-ponderacion-argumentativa>.

Leysser, L. (2003). *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*. Recuperado de

http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF

Leysser, L. (2016). *Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*. Recuperado de:

<http://repositorio.amag.edu.pe/handle/123456789/452>

Mendoza, L. (2014). *La acción civil del daño moral*. Recuperado de:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3636/10.pdf>

Mi empresa propia (2016). *Publicidad en el Perú*. Perú: mi empresa propia. Recuperado de:

<https://mep.pe/publicidad-en-el-peru/>

Milkes, S. (2015). *De la función preventiva de la responsabilidad civil y la distribución del riesgo en la sociedad moderna*. Recuperado de: [http://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2016/10/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-](http://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2016/10/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf)

[RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf](http://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2016/10/DE-LA-FUNCION-PREVENTIVA-DE-LA-RESPONSABILIDAD-CIVIL-Y-LA-DISTRIBUCION-DEL-RIESGO-EN-LA-SOCIEDAD-MODERNA.pdf)

Morales, J. (2007). *El daño a la persona en la jurisprudencia nacional e internacional*.

Recuperado de:

[http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10310/9](http://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/derecho/article/download/10310/9041)

041

Nahabetián, L. (2016). Normas de derechos humanos: colisión y complementariedad. *Revista*

de derecho. (14), 65-110. Recuperado de:

[http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-](http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2393-61932016000200002)

61932016000200002

Nivea, R. (1994). Elementos para una teoría del periodismo sensacionalista. *Comunicación y*

Sociedad. (21), pp. 139-157. Recuperado de:

www.publicaciones.cucsh.udg.mx/ppperiod/comsoc/pdf/21_1994/139-157.pdf

Nogueira, H. (2003). Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. Recuperado de:

[https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1094-teoria-y-dogmatica-de-los-](https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1094-teoria-y-dogmatica-de-los-derechos-fundamentales)

derechos-fundamentales.

Nogueira, H. (2005). Aspectos de una Teoría de los Derechos Fundamentales: La

Delimitación, Regulación, Garantías y Limitaciones de los Derechos Fundamentales.

Revista Ius et Praxi. (2) 11, pp. 15 – 64. Recuperado de:

http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122005000200002

Osterling, F. (2010). *Indemnización del Daño Moral*. Recuperado de:

[http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf)

[20Da%C3%B1o%20Moral.pdf](http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Indemnizaci%C3%B3n%20por%20Da%C3%B1o%20Moral.pdf)

Patiño, C. (s/f). *Prensa y manipulación en la “Guerra del fin del mundo”*. Recuperado de:
<http://nexus.univalle.edu.co/index.php/nexus/article/download/4787/6939/>

Pazos, J. (2005). *Capacidad de la persona jurídica*. *Revista Ius Et Veritas*, (31), 102-112.
Recuperado de:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15225/15693>.

Portal PQS.pe (2018). Anunciar en televisión: ventajas, recomendaciones y costos. Perú:
Fundación Romero. Recuperado de: <http://www.pqs.pe/actualidad/noticias/anunciar-en-television-ventajas-recomendaciones-y-costos>

Redondo, M. (2013). El sensacionalismo y su penetración en la prensa española de calidad. El
“caso McCann” en El País, El Mundo y ABC. *Estudios sobre el mensaje periodístico*.
(1) 19, 235 – 253. Recuperado de:
revistas.ucm.es/index.php/ESMP/article/view/42519

Restrepo, T. (2008). El remedio preventivo en la responsabilidad civil. *Revista de derecho
privado*. (14). 219-238. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3252359.pdf>

Rodríguez, P. (2007). *El daño resarcible en la responsabilidad del abogado*. Recuperado de:
<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/83/el-dano-resarcible-en-la-responsabilidad-del-abogado.pdf>

Taboada, L. (1999). La noción de riesgo empresa y la necesidad de construir un régimen
jurídico de la responsabilidad civil de la empresa. Recuperado de:

<http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/309/la-nocion-riesgo-empresa-necesidad-construir.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Tenera, L. & Tenera, F. (2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 99-112. Recuperado de: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302008000100005&lang=pt.

Thompson, I. (2005). *Definición de publicidad*. Recuperado de: <http://brd.unid.edu.mx/recursos/PUBLICIDAD/BLOQUE1/Lecturas/1.3%20Puyblidadad.%20Sus%20definiciones.pdf>

Velasco, M. (2016). *Conflictos entre derechos y ponderación. Por qué los jueces no deberían abandonar la perspectiva deontológica*. Recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/60167/6/Doxa_39_16.pdf

Zavala, S. (1994). Las presunciones en el derecho civil. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6715/6830%7D>

7.3. TESIS:

Ascencio, M. (2004). La responsabilidad civil de los medios de comunicación al afectar la vida privada (Tesis de pregrado). Universidad Autónoma de México, México.

Castillo, R. (2013). *Criterios que rigen a producción de noticias sobre los fichajes de futbolistas profesionales en el Perú: el caso del diario Depor* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

- Eguiguren, F. (2004). *Libertades de expresión e información, intimidad personal y autodeterminación informativa: contenido, alcances y conflictos* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Espinel, A. (2008). *La responsabilidad civil de los medios de comunicación social por la vulneración de los derechos de la personalidad en el ejercicio del derecho de libertad de expresión* (tesis de pregrado). Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.
- Millalipe, E. (2016). *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación por informaciones inexactas o agraviantes* (tesis de pregrado). Universidad Siglo 21, Buenos Aires, Argentina.
- Montoya, V. (2015). *Comunicación del discurso (información y expresión) y respeto propio (honor y vida privada): determinación de sus contenidos desde la teoría de los derechos fundamentales* (tesis de pregrado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Orellana, A. (2015). *La responsabilidad civil en la difamación ¿Cuáles son los límites para los medios de comunicación?* (tesis de pregrado). Universidad San Francisco de Quito, Quito, Ecuador.
- Salas, P. (2016). *Acaparamiento de los medios de prensa escrita: Análisis del caso Erensa* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.

7.4. JURISPRUDENCIA

7.4.1. SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

STC 333-2004-AA/TC-LIMA.

EXP. N° 0905 – 2001-AA/TC.

EXP. N° 6712-2005-HC/TC.

EXP. N° 0090-2004-AA/TC.

EXP. N° 0009-2014-PI/TC.

7.4.2. SENTENCIAS PENALES:

EXP. N° 63-2009.

RN N° 615- 2015/ LIMA.

7.5. TRATADOS

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

Convención Americana sobre los Derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

7.6. CONSTITUCIÓN

Constitución Política del Perú

7.7. LEGISLACIÓN

7.7.1. LEGISLACION NACIONAL

Código Civil

Ley General de Sociedades

Ley N° 28278, Ley de Radio y televisión

Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo N° 020-98- MTC, Los lineamientos de política de apertura al mercado de telecomunicaciones en el Perú.

Decreto Supremo N° 066-2001-PCM, Lineamientos de políticas generadas para promover la masificación del acceso de internet en el Perú.

Decreto Supremo N° 027-2010-MTC, Plan Maestro para la implementación de la televisión digital en el Perú.

7.5.2. LEGISLACIÓN COMPARADA

a. ARGENTINA

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley N° 27.078, Ley de las tecnologías de la información y comunicación.

Ley N° 26.522, Ley de servicios de comunicación audiovisual.

b. MÉXICO

Código Civil Federal

c. BOLIVIA

Decreto Ley N° 12760, Código Civil Boliviano

d. PARAGUAY

Ley N° 1183/85, Código Civil de Paraguay

e. ECUADOR

Ley Orgánica de Comunicación

f. ESPAÑA:

Ley N° 14/1966, Ley de Prensa e Imprenta.

Ley Orgánica N° 1/1982, Ley de protección civil al honor, intimidad y a la propia imagen.

Ley 7/2010, Ley General de la Comunicación Audiovisual

TABLA DE MATRIZ DE CONSISTENCIA

CUADRO 1: CRITERIOS PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN POR LA AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD QUE PERMITA UN ADECUADO RESARCIMIENTO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS.

ENUNCIADO DEL PROBLEMA	HIPOTESIS	OBJETIVOS
<p>¿Por qué es necesaria la regulación de criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad?.</p>	<p>Es necesario la regulación de criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación por la afectación del derecho a la intimidad porque permite un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas.</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p>
		<p>Proponer criterios para determinar la responsabilidad civil de los medios de comunicación para una adecuada reparación de la persona por la afectación del derecho a la intimidad.</p>
		<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p>
		<p>Analizar la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica (medios de comunicación) por afectación al derecho a la intimidad.</p>
		<p>Identificar qué daños causan los medios de comunicación a la persona por la emisión de información que implica la intromisión de su vida privada y/o íntima.</p>
<p>Inferir que criterios han de servir como instrumentos para un adecuado resarcimiento de las víctimas.</p>		

RESULTADOS

La capacidad de ejercicio atribuye a la persona jurídica aptitud para dar vida a las diversas relaciones jurídicas que le afectan.

Los daños ocasionados por los medios de comunicación por la emisión de información que implica la vulneración de derecho a la intimidad se constituye principalmente en daño a la persona y daño moral

Los criterios inferidos que nos servirán como instrumentos para un adecuado resarcimiento para la víctima por intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad se divide en dos grupos:

A. Criterios para determinar la responsabilidad civil de la persona jurídica por afectación del derecho a la intimidad:

- Se infiere la presunción del daño moral una vez que se ha demostrado la vulneración del derecho a la intimidad
- La actividad que realizan los medios de comunicación debe ser considerada como una actividad riesgosa.
- El juez deberá delimitar el contenido esencial del derecho a la información y el derecho a la intimidad.

B. Criterios para un adecuado resarcimiento a favor de las víctimas.

- En los casos de los medios de comunicación de televisión y radio: el juez a efecto de determinar el quantum resarcitorio deberá tener en cuenta el costo comercial por tiempo al aire en que se transmitió la información que afectó el derecho a la intimidad.
- En el caso de la prensa: a efecto de determinar el quantum indemnizatorio el juez deberá tener en cuenta el número de tirajes vendidos más el costo comercial de la publicidad.
- A efecto de incrementar el monto indemnizatorio el juez deberá tomar en cuenta el rating del programa o el diario en dónde se transmitió la noticia y la publicación de la noticia en internet.

CONCLUSIONES

1. Reconocer a la persona jurídica con capacidad de ejercicio es reconocer la aptitud que tiene para dar vida a diferentes relaciones jurídicas que le afecten y responder por ellas de ser el caso; es decir, en el reconocimiento de esta capacidad es dónde encontramos su responsabilidad. La responsabilidad civil extracontractual de la persona jurídica, se sustenta en la responsabilidad por hecho de tercero (artículo 1981 del Código Civil), que siguiendo la posición de Espinoza constituye una responsabilidad directa; pues la persona jurídica no tiene otra manera de manifestarse que a través de un tercero que vendrían a ser los miembros que la integran. Ello debe ser analizado conforme el artículo 12 de la Ley General de Sociedades.
2. Los criterios propuestos nos servirán para uniformizar las decisiones de los jueces en los casos de daños y perjuicios por afectación al derecho a la intimidad de la persona realizadas por un medio de comunicación, creando certeza o predictibilidad en la ciudadanía de cuál será el resultado final del caso planteado ante el sistema de justicia.
3. Los medios de comunicación responden por el factor de atribución objetivo, la actividad que desempeñan constituye en riesgosa pero no por el simple hecho de informar sino por el manejo que hagan de ésta, pudiendo deformarla a su libre albedrío. Ese manejo está orientado a crear morbo en la audiencia a través de información que implique la vida privada (intimidad) de las personas y ello obedece a seguir los principios que se fundan en el sensacionalismo y el periodismo amarillo.
4. Es innegable que el derecho a la intimidad constituye un límite al ejercicio del derecho a la libertad de información, una primera impresión sería ello, pues se considera que el derecho a la libertad de información debe ejercerse asegurando el respeto de otros derechos (honor, intimidad, etc.), entonces sino se respeta el derecho a la intimidad se podría decir que investigar y difundir información de la vida privada—intimidad— no es parte del contenido del derecho a la información.
- 5 Se ha considerado que el derecho a la intimidad tiene como consecuencia natural la producción de malestar, tristeza, pena, etc. en la persona, quién ve ese ámbito que ha guardado para sí, conocido o divulgado por los demás, por lo que, muchos autores coinciden que la acreditación del daño moral es muy difícil, debido a que las personas no expresan sus sentimientos o emociones del mismo modo, sin que ello signifique que no sientan angustia, pena o tristeza; es decir, se presume el daño porque es previsible que la intromisión y la difusión de la intimidad de la persona ocasione angustia, pena, nostalgia, etc. en la persona que ha visto el ámbito que reserva para sí afectado producto de una intromisión ilegítima. Por lo que, en los casos de responsabilidad civil por la afectación del derecho a la intimidad se presumirá el daño moral una vez que se haya demostrado el daño a la persona (intromisión en la intimidad o vulneración del derecho a la intimidad).
6. Con respecto a los criterios para determinar el quantum resarcitorio se ha determinado que el costo comercial por tiempo al aire en que se transmitió la información que afectó el derecho será determinante para resarcir a la víctimas, cuando la información se transmitió por medios de comunicación electrónico como la radio y televisión.
7. En el caso de medios impresos, como la prensa, se tendrá en cuenta el número de tirajes vendidos más el costo comercial de la publicidad, ello nos permitirá determinar el quantum resarcitorio en este tipo de medio de comunicación.

VIII. ANEXOS

ANEXO 1: DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA PRODUCCIONES SRL Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS

Poder Judicial de la Nación CAMARA CIVIL - SALA J

**EXPTE. N° 57.840/2.010, “DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA
PRODUCCIONES SRL Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS” JUZG. N° 14**

Buenos nos Aires, a los 18 días del mes de agosto de 2016, reunidas las Señoras Jueces de la Sala “J” de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a fin de pronunciarse en los autos caratulados: “DEKLEVA ZULMA NELIDA c/ BALVANERA PRODUCCIONES SRL Y OTRO s/DAÑOS Y PERJUICIOS”

La Dra. Beatriz A. Verón dijo:

1.- Contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 446/456 se alzan las partes y expresan agravios las demandadas a fs. 482/484 y fs. 485/489, contestando únicamente la actora a fs. 491/493 vta. y fs. 494/496. La sociedad demandada –Balvanera– ataca la atribución de responsabilidad por considerar que no se entrometió en la vida privada ni invadió la intimidad de la actora, luego critica la procedencia y quantum fijado por daño moral, para finalmente reclamar que los intereses se devenguen a partir que la sentencia quede firme. La restante accionada –“Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”– , limita su cuestionamiento al monto por el que prospera la reparación del daño moral.

2.- Con carácter previo a todo análisis, cabe señalar por lo pronto que el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por ley 26.994, contempla de manera expresa lo tocante a la “temporalidad” de la ley. Es menester interpretar coherentemente lo dispuesto por su art. 7° sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Por ello, corresponde ponderar que en el caso sub examine se trata de una relación o situación jurídica que ha quedado constituida conforme a la ley anterior, y también las consecuencias que emanan de ella, por lo que al haber nacido al amparo de tal legislación, es en definitiva la que se aplica.

3. La cuestión de fondo

3.1.- Por razones de método comenzaré por el análisis de esta queja sustantiva. La sociedad accionada, sin desconocer el contenido a partir del cual el juez de grado formó su convicción para acoger la demanda, reclama el rechazo de lo reclamado pues niega haber violado la intimidad y mancillado el honor de la accionante. Al respecto, en grado de adelanto y por las razones que comienzo a desarrollar, propiciaré la confirmación del fallo en crisis.

3.2.- En efecto, no me caben dudas que la demandada ha incurrido en infracción al “deber genérico de no dañar”, el *neminem laedere*, principio cardinal para los romanos y que es también hoy día principio angular del Derecho de daños, proyectando en la especie la consecuente responsabilidad. No escapa a la suscripta la delicada y compleja tarea que supone el análisis y decisión de un caso de esta naturaleza, más aún al considerar que la libertad de prensa entra en tensión con otros derechos constitucionales, tópico éste que ha sido objeto de antigua y permanente reflexión por parte de nuestra CSJN (ver entre otros Fallos 315:1943; 310:508, 319:3085, 324:4433). El juez de la anterior instancia ya ha efectuado un adecuado encuadre jurídico del caso sub examine, análisis que ha partido de consideraciones de corte constitucional y civil, y de allí que opte por formular solamente algunas precisiones con la finalidad de delimitar completamente los confines dentro de los cuales debe analizarse la pretensión que aquí se intenta.

3.3.- Sin perjuicio que no esté discutido en la especie el carácter “mediático” que le cabe a la accionante, lo cierto es que la intimidad nunca puede ser considerada como algo superfluo, no resulta patrimonio de alguna clase social en particular, ni es reducto de egoísmo o individualismo extremo que contradigan un sano espíritu comunitario. El reconocimiento y respeto de la intimidad que encierra la lucha contra intromisiones, abusos e indiscreciones, supone la madurez y plenitud de la persona humana. Todos tienen derecho a preservar su intimidad, y por tanto la accionante también, aún cuando esta “elijer” tener una fuerte exposición pública, y desde luego –en sintonía con lo reclamado por la apelante– corresponde hacer las disquisiciones del caso en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar, sabias coordinadas enunciadas por el art. 512 CC. El derecho a la intimidad no tiende a prevenir o a remediar hechos extraordinarios, y su reconocimiento significa acordarle “juridicidad” pues corresponde al campo del derecho y no solamente al de las relaciones sociales o morales, revelando la madurez del ordenamiento jurídico que denota un estadio de evolución muy avanzado (Mosset Iturraspe, Jorge, “La intimidad frente al derecho. Su problemática (consideración reiterada a lo largo de 25 años)”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, 2006-2, “Honor, imagen e intimidad”, págs. 9/13).

3.4.- Pues bien, sentado lo expuesto, sin perjuicio –insisto– de la fuerte exposición pública de la accionante, de su presencia en medios televisivos (extremo no cuestionado), desde la propia presentación del programa se vislumbra la antijuridicidad que fundamenta la presente acción, me refiero a su particular naturaleza “invasiva” que revelan su ilicitud. En efecto, así encuentro que en la emergencia el conductor televisivo anticipó que en el informe cuya protagonista es la accionante (cito textualmente): “... un equipo de 70-20-10 hizo lo que hasta ahora nadie hizo, seguir sus pasos no revelados ni en la televisión... Esta es la historia secreta y la vida secreta de Zulma Lobato...”, para sostener más adelante “... Nos metimos en el corazón de su intimidad...”. Refiriéndose al lugar donde vive, se dio cuenta que “no tiene baño, no tiene nada. Hace sus necesidades en un tacho y al tacho lo va a tirar a veces en la placita...”. Luego se avanza hacia la manera en la que la accionante se procura el alimento: “En frente de la casa de ella tiene un supermercado adonde a veces tiran la basura, va ella y revisa la basura”, y ante la pregunta del periodista respecto a si efectivamente come de la basura, el entrevistado responde afirmativamente... Advertido que el producto televisivo emitido objeto de cuestionado, se realizó en base a testimonios de personas que no fueron identificadas con precisión, eran “vecinos”, fuente vaga o genérica de la información que se suministraba. Se continuó indagando acerca de otros aspectos del accionante como su sexualidad, su personalidad violenta, peligrosa, etc...

3.5.- Todo ello ha sido citado en extenso en el fallo ahora en crisis.

Sentado lo expuesto, considero que la demandada ha difundido un informe de la accionante en el que se detallan diferentes características, todas y cada una indignas, ultrajantes, con las que llevaría adelante su vida, se la presentó al público de manera descarnada, una vida miserable, absolutamente penosa, abyecta, calificativos extremos que denotan una clara invasión en su vida privada, avanzándose sobre el último reducto de la privacidad, sin duda el más sensible y que por tanto merece la protección que aquí se procura. Cabe razonar que, aún en el mejor de los casos para la accionada, en la hipótesis de resultar veraz lo atestiguado por los “vecinos”, lo cierto es que –en sentido contrario a lo afirmado a fs. 150– se trata de hechos que no eran conocidos por los integrantes de su comunidad, ni por la sociedad toda.

3.6.- El caso encuadra en la previsión normativa contenida en el art. 1071 bis del CC, pues lejos de haberse ejercido el derecho de informar como afirma la sociedad demandada, se han diezmando los aspectos más íntimos de la personalidad. No enerva lo expuesto el hecho que la accionada haya participado personalmente de una segunda emisión del mismo programa, pues además que en esta oportunidad se mostró ofendida –y así lo desliza la demandada a fs. 152– en definitiva no significa aceptación o consentimiento, ni menos aún renuncia a la acción que luego habría de entablar y que fundamenta el caso de autos. Considero demostrada la ilicitud basamento de la pretensión indemnizatoria intentada, más aún si se considera –como enseña el maestro Jorge Mosset Iturraspe– que en casos como el

de autos la responsabilidad nace del hecho objetivo del “entrometimiento”, en él radica la antijuridicidad pues se prescinde de factores subjetivos, de un obrar doloso o culposo, resultando basamento adecuado el “riesgo creado” (ob. cit., pág. 19). Recuerdo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) en su art. 11 inc. 1 dispone: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, en tanto que en el mismo art. 11 incs. 2° y 3° afirma que ninguna persona puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación y recalca su derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Por lo demás y a mayor abundamiento, refuerza la solución que propicio que el CCyCom. de manera expresa ha determinado la inviolabilidad de la persona humana, y establece que en cualquier circunstancia ésta tiene derecho al reconocimiento y al respeto de su dignidad (arts. 51/3).

3.6.- En suma, a la luz de lo desarrollado, circunstancias de hecho relatadas y razones de derecho desarrolladas, el rechazo de la queja de fondo formulada es la solución que se impone.

Daño moral

4.1.- Por lo pronto cabe señalar que esta sala participo del criterio que aprehende con amplitud el daño moral, al considerar que se trata de un perjuicio que no queda reducido al clásico *pretium doloris* (sufrimiento, dolor, desesperanza, aflicción, etc.) sino que, además, apunta a toda lesión e intereses (jurídicos) del espíritu cuyo trasunto sean unas alteraciones desfavorables en las capacidades del individuo de sentir *lato sensu*, de querer y de entender (Bueres, Alberto J., "El daño moral y su conexión con las lesiones a la estética, a la sique, a la vida de relación y a la persona en general", en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Rubinzal-Culzoni, N° 1, págs. 237/259). El daño moral importa una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial, o con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, lo que se traduce en un modo de estar diferente de aquél en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro, Ramón D., Vallespinos, Carlos, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, t. 2, pág. 641; ver mis votos in re “Luciani, Nelly c/ Herszague, León y otros c/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 21.920/2006, del 13/8/2010; “Peralta, Daniel Oscar c/ Transportes Metropolitanos General San Martín y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 33.299/2005, del 10/5/2010; “Burcez, Elizabeth Graciela c/ Aguas Argentinas S.A s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 115.335/2005, del 22/4/2010, entre muchos otros) Existe daño moral indemnizable cuando se produce una lesión o agravio a un interés jurídico no patrimonial, es decir, un menoscabo a bienes extrapatrimoniales. El derecho no resarce cualquier dolor, humillación, padecimiento, sino aquello que sea consecuencia de

la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido tenía un interés reconocido jurídicamente (Zannoni, Eduardo “El daño en la responsabilidad Civil”, pág. 234/235; Brebbia, Roberto H., “Daño Moral”, pág. 57).

4.2.- He ponderado ya el carácter agravante e invasivo de la intimidad o privacidad de la accionante del programa cuestionado. Sin hesitación, se ha causado un daño moral indemnizable, la lesión a la dignidad de una persona importa una transgresión que repercute en sus intereses espirituales y afecciones legítimas por avasallamiento de la personalidad (conf. CNCiv. Sala “L”, expte. n°51.477/06. “Costich, Olga c/América TV SA s/daños y perjuicios” del 11/10/2011, voto preopinante del Dr. Galmarini; ver también Llambías, Jorge, Código Civil Anotado, Abeledo Perrot, T. II-B, pág. 329). En cuanto a su cuantía, se encuentra librado al prudente arbitrio judicial siendo menester recordar que no se trata de imponer una sanción ejemplar, sino del esfuerzo de hacer justicia y permitir al damnificado algún goce que contrabalancee el dolor sufrido, a cuyo efecto es idónea la indemnización dineraria, que admite la aplicación del principio de equidad para la fijación de su monto, por tratarse de un principio general del Derecho que subyace en la totalidad de nuestro ordenamiento jurídico (cfr. esta Sala, con voto de la Dra. Marta del Rosario Mattera, in re “Prandi, Julieta Laura c/ Promotora de Comunicaciones Colonia SA y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 103.578/01, del 21/10/2008; idem, con mi voto, en autos “Cubero, Fabian Alebrto c/ Editorial Atlántida S.A. y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 3.601/2.008, acumulado con “Unterubacher, Nicole c/ Editorial Atlántida S.A. y otro s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 59.266/2.007, del 30/12/2.011; ídem Sala “M” “I., R.A. c/P., R.H. s/ Ds. y Ps.” del 13/4/2010, pub. en elDial.com-AA6158 del 30/07/2010). 4.3.- En su mérito, considero que las ponderaciones efectuadas por el juez de grado y la estimación pecuniaria fijada en su consecuencia se adecua al resultado de las pruebas, así verbigracia lo informado por el psicólogo en el dictamen anejado a fs. 258/275 (ver fs. 273/4), razón por la cual propicio rechazar las quejas formuladas.

Intereses 5.1.- Sobre este rubro de la cuenta indemnizatoria, la demandada reclama que se devenguen recién a partir que la sentencia quede firme, alegando que de lo contrario el actor se enriquecería sin causa. No coincido con tal interpretación. 5.2.- En efecto, ello obedece a que la causa eficiente de los réditos reside en la “mora” del deudor (Pizarro, Ramón Daniel, Vallespinos, Carlos Gustavo, Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones, Hammurabi, t. 2, pág. 506), que en la especie se constituyó automáticamente (doct. art. 509 CC) pues la obligación se ha originado en la directa violación del alterum non laedere. Por lo demás, según inveterada doctrina de este Tribunal (oportunamente por aplicación del art. 303 del CPCCN en torno al Plenario “Gómez, Esteban c/ Empresa Nacional de Transporte”, LL 93-667), los intereses se liquidan “desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación” (ver entre otros “Barrionuevo, Raúl c/ Echegaray, Pedro y otros s/ Ds. y Ps.”, Expte. N° 67.685/2.010, del 29/5/2.014).

6.- En suma, por las consideraciones efectuadas, doy mi voto para: a) Rechazar las críticas vertidas; b) A tenor de la naturaleza de las mismas y el resultado obtenido, imponer las costas íntegramente a la demandada (art. 68 CPCCN).

Las Dras. Zulema Wilde y Marta del Rosario Mattera adhieren al voto precedente. Con lo que terminó el acto, firmando las Señoras Vocales por ante mí que doy fe.

ANEXO 2: SALOMÓN BEATRIZ R. Y OTROS C/RIAL JORGE Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS

Poder Judicial de la Nación JUZGADO CIVIL 40

71831/2006

SALOMON BEATRIZ RAQUEL Y OTROS c/ RIAL JORGE Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS

Buenos Aires, de diciembre de 2016.- VISTAS Y VISTOS: Estos autos caratulados “SALOMÓN BEATRIZ RAQUEL C/ RIAL JORGE S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”– Expte. N° 71.831/2.006 para dictar sentencia, conforme a derecho, y de conformidad con lo determinado por los artículos 163 y 483 del Código Procesal, de los que, RESULTA: 1) A fs. 22/121 se presenta BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN por sí y en representación de sus hijas menores de edad NOELIA y BETTINA FERRIOLS Y SALOMÓN, promoviendo demanda por el cobro de pesos cuatro millones setecientos diecisiete mil doscientos (\$ 4.717.200) con más sus intereses, contra JORGE RIAL, AMÉRICA TV S.A., CUATRO CABEZAS S.A., MIRIAM LEWIN, DANIEL TOGNETTI, LUÍS VENTURA y ALBERTO FERRIOLS. Manifiesta que el 14 de abril de 1999 se casó con el demandado FERRIOLS y pasado algún tiempo adoptaron a sus hijas NOELIA y BETTINA, constituyendo así una familia. A fines de septiembre de 2004 su esposo le refirió que se habían presentado en su consultorio médico varios periodistas del programa “Punto Doc” que se transmitía por Canal 2 de propiedad de AMÉRICA TV S.A. Ante ese hecho FERRIOLS le comentó que temía, dado que en ese programa de televisión se efectuaban investigaciones periodísticas de variada naturaleza, que se hablara mal de su persona.

Dado que conocía a uno de los conductores del canal, el codemandado RIAL, es que se contactó con el mismo para averiguar el tenor de la investigación. En esa oportunidad RIAL negó conocer el tema sobre el que iba a versar el programa. Posteriormente los codemandados RIAL y VENTURA la llamaron con insistencia para que concurriera junto con FERRIOLS al canal para ver el programa “Punto Doc” que se transmitiría el 6 de octubre de 2004 a las 22 horas. Según los avances publicitarios el programa “Punto Doc” iba a tratar sobre la habilitación del consultorio y la actividad profesional de un cirujano, a esa fecha su esposo FERRIOLS, por lo que decidió concurrir al canal acompañando a su esposo para aclarar las cuestiones relativas a la habilitación del consultorio. Llegados al canal RIAL y VENTURA le propusieron ver juntos y en la intimidad el programa “Punto Doc”, para que luego FERRIOLS pudiera efectuar su descargo en el programa siguiente conducido por ellos y denominado “Intrusos en la Noche” que salía al aire en el horario de 23 a 24 horas. Al comenzar el programa, que vio en presencia de los codemandados RIAL,

VENTURA y FERRIOLS, observó imágenes de éste último aunque con su rostro desdibujado pero exhibiéndose cuadros en las paredes en que figuraba su imagen, pese a que el tenor de la investigación no se refería a su persona. El programa se desarrollaba sobre operaciones ilegalmente realizadas dentro de un consultorio mostrando su imagen. De pronto el contenido del programa mudó pudiéndose ver a una travesti y a FERRIOLS teniendo trato sexual, imágenes que fueron tomadas por medio de una cámara oculta. Mientras ocurría ese episodio “sin su conocimiento y ni consentimiento”, VENTURA y RIAL estaban registrando su reacción.

Es decir que la producción del programa “Intrusos en la Noche” filmaba ilícitamente con otra cámara oculta su imagen, su reacción, sus gestos. Tras ese programa fue invitado FERRIOLS a ejercer su derecho a replica en el programa “Intrusos en la Noche”. Al comienzo del programa le pidió a los conductores RIAL y VENTURA que no siguieran con la entrevista en esos términos por que afectaba su imagen y perjudicaba a sus hijas, pero esa petición fue ridiculizada por RIAL. Al día siguiente, 7 de octubre de 2004, en el programa “Intrusos en la Noche” se reiteraron las imágenes emitidas en el programa “Punto Doc” y se exhibieron las captadas en el living de “Intrusos en la Noche” del día anterior como así también su reacción, efectuando en esa oportunidad RIAL comentarios sobre el tenor de las imágenes de ambos programas. La actitud de los codemandados afectaron su intimidad, como la de sus hijas, es decir la intimidad familiar, lo que les ha ocasionado diversos daños por lo que pretenden su reparación indemnizatoria, lo que constituye el objeto de este proceso.

2) A fs. 276 asume la representación promiscua de las menores BETTINA FERRIOLS SALOMÓN y NOELIA FERRIOLS SALOMÓN en los términos de los arts. 59, 494 y cc del Código Civil y 54 de la ley 24.946, la Defensoría Pública de Menores e Incapaces.

3) A fs. 290/290 bis se dispone la acumulación de estos autos que tramitaban por ante el Juzgado N° 17 del Fuero al proceso caratulado “Ferriols Alberto Manuel c/ AMÉRICA T.V. S/ Daños Y Perjuicios” (Expte. N° 104.612/2004) con trámite por ante este Juzgado, pleito éste que concluyera por acuerdo de partes.

4) A fs. 304 no dándose los requisitos del art. 87 del Código Procesal, no se admite la demanda dirigida contra ALBERTO FERRIOLS.

5) A fs. 446/471 se presenta por letrado apoderado AMÉRICA TV SOCIEDAD ANÓNIMA contestando demanda, negando todos los hechos y rechazando las peticiones expuestas en la demanda.

6) A fs. 477/495 se presentan por letrado apoderado CUATRO CABEZAS S.A. y MIRIAM LEWIN contestando demanda, negando todos los hechos y rechazando las peticiones expuestas en la demanda.

7) A fs. 572/282 se presenta LUÍS VENTURA contestando demanda, negando todos los hechos y rechazando las peticiones expuestas en la demanda. 8) A fs. 593/604 se presenta por letrado apoderado DANIEL CARLOS TOGNETTI contestando demanda, negando todos los hechos y rechazando las peticiones expuestas en la demanda. 9) A fs. 614/621 se presenta por letrado apoderado JORGE RICARDO RIAL contestando demanda, negando todos los hechos y rechazando las peticiones expuestas en la demanda. 10) A fs. 685 se abre la causa a prueba, en los términos de los artículos 359 y 360 del Código Procesal en lo Civil y Comercial produciéndose los medios probatorios que da cuenta el certificado pertinente. 11) A fs. 697 se endereza la demanda contra LUÍS VENTURA y/o LUÍS ANTONIO VENTURA. 12) A fs. 2767 se informa la modificación de la denominación de CUATRO CABEZAS S.A. por EYEWORKS ARGENTINA S.A. 13) A fs. 2928 clausurado el período probatorio, (artículo 482 del Código Procesal), se llama autos para dictar sentencia. Y CONSIDERANDO: I) La acción pretende el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la parte actora ante el entrometimiento arbitrario en la vida ajena alterando su derecho a la intimidad (art. 1071 bis del Código Civil). A los efectos de resolver la cuestión planteada, cabe analizar si corresponde aplicar el Código Civil y Comercial, aprobado por la ley 26.994 -con vigencia a partir del 01 de agosto de 2015 (ley 27077) -o por el contrario, el texto anterior.- El art. 7 del nuevo ordenamiento legal establece: “Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”. La normativa del Código Civil era similar a la actual. Así se establecía la aplicabilidad inmediata de la ley para todas las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas preexistentes y se les negaba efecto retroactivo, salvo disposición en contrario, dejando a resguardo que las leyes retroactivas no podían afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Finalmente exceptuaba la aplicación de normas supletorias a los contratos en curso de ejecución.- El Código Civil y Comercial de la Nación conserva el texto del art. 3° del Cód. Civil con términos prácticamente idénticos, con lo cual la jurisprudencia y doctrina imperante entonces conservan plena validez. La única diferencia que se incluyó en el nuevo texto es que se consagra una excepción a la inaplicabilidad de las nuevas normas supletorias a los contratos en curso de ejecución. Así, las nuevas normas supletorias de los contratos de consumo serán aplicables a los contratos de dicha naturaleza que se encuentren en curso de ejecución (Conf. Alberto J. Bueres Cód. Civ. y Com de la Nación , analizado, comparado y concordado T. 1 pág.71). En igual sentido, Julio César Rivera-Graciela Medina en su Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, ed. La Ley, Tomo I pag, 77 sostiene que el régimen actualmente vigente conserva como regla general el sistema adoptado por el anterior Código Civil después de la ley 17.711

consistente en la aplicación inmediata de la nueva ley, tanto a las relaciones y situaciones jurídicas que nazcan con posterioridad a ella como a las consecuencias de aquellas existentes al tiempo de entrada en vigor del nuevo texto.- Las excepciones a la aplicación del efecto inmediato son dos: a) la nueva ley puede tener efecto retroactivo si ella lo establece y puede darse un fenómeno de supervivencias de la ley antigua a los contratos en curso de ejecución –art. 7º in fine.-y b) se consagra el principio de la irretroactividad de la ley, salvo disposición en contrario, considerándose como excepción que las normas serán retroactivas cuando se pretende su aplicación la constitución o extinción de una situación jurídica constituida o extinguida bajo el amparo del anterior Código Civil; o a efectos de una situación jurídica que se ha producido también bajo la vigencia de la ley sustituida. Tal como surge de la norma, el límite de la retroactividad está dado por los derechos amparados por la Constitución y la inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ella, con la excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.- Doctrinariamente se ha entendido en forma concordante que conforme nuestro régimen constitucional los principios básicos que se refieren a las leyes en cuanto al tiempo son tres: a) en principio las leyes rigen para el futuro, o lo que es lo mismo, no tienen efecto retroactivo; b) el Congreso puede, sin embargo dictar leyes con tal efecto, mediante declaración expresa; c) en este último caso, no obstante la retroactividad no puede vulnerar los derechos amparados por la Constitución.- En este sentido se ha dicho jurisprudencialmente que la facultad de legislar sobre hechos pasados no es ilimitada ya que la ley nueva no puede modificar o alterar derechos incorporados al patrimonio al amparo de una legislación anterior sin menoscabar el derecho de propiedad consagrado en el art. 17 de la Constitución Nacional (CSJN 12/7/1993m Fallos: 305:899; 12/9/1996 Fallos 319:1815).- También se ha dicho que la proyección de un nuevo ordenamiento normativo hacia el pasado no resulta posible si por esta vía se altera el alcance jurídico de las consecuencias de los hechos realizados en su momento bajo un determinado dispositivo legal, con grave afectación de los derechos adquiridos bajo el régimen que regía cuando los trabajos fueron realizados (CDJN 28/25/1991, Fallos 314:481).- Frente a lo expuesto se ha de aplicar al caso de autos las normas del Código Civil (ley 340 texto según ley 17.711). II) Expresó BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN que en los programas televisivos “Punto Doc” emitido el 6 de octubre de 2004 entre las 22 y 23 horas e “Intrusos en la Noche” emitidos los días 6 y 7 de octubre de 2004 entre las 23 y 24 horas se violó su derecho a la intimidad, como así también el de sus hijas menores de edad, imputando por ese proceder a los conductores de esos programas JORGE RICARDO RIAL, LUÍS VENTURA y/o LUÍS ANTONIO VENTURA, MIRIAM LEWIN, DANIEL CARLOS TOGNETTI, la productora CUATRO CABEZAS S.A. –hoy EYEWORX ARGENTINA S.A.- y el canal de televisión AMÉRICA T.V. S.A.

El principio dispositivo ritual pone en cabeza de los litigantes el deber de probar los presupuestos que se invocan como fundamento de su pretensión o defensa y tal imposición no depende exclusivamente de su condición de actor o demandado sino de la situación en que cada litigante se coloque dentro del proceso, por tanto al actor le corresponde acreditar los hechos constitutivos de su pretensión (onus probandi in cumbit actoris), en tanto a la parte demandada le incumbe probar los hechos extintivos, impeditivos o modificatorios (reus in excipiendo fit actor), es decir que el "onus probandi" incumbe a quien afirma y no a quien niega (CSJN Fallo 314:1505; Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala III). La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales. Esta noción procesal indica como debe el juez valorar la prueba para resolver cuando no se encuentran las pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundar su decisión. Todo ello sin perjuicio de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que coloca en cabeza de quien posee mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas la carga de rendirla (CNCiv. Sala J, LL 2000-E-888; Cám. Apel. Concepción del Uruguay, Sala Civ. y Com. LL Litoral 2002-67). A lo expuesto debe añadirse que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todos sus argumentos y alegaciones como tampoco lo están a ponderar una por una y exhaustivamente todas las probanzas pues basta que lo hagan respecto de las que estiman concordantes y decisivas para resolver el caso. Así pueden preferir algunas de las pruebas producidas y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes o no esenciales (CN Civ. Sala H. JA 1994-II -246), por ello los jueces tienen únicamente el deber de expresar en sus sentencias la valoración de aquellas pruebas que entiendan ser esenciales y decisivas (CS, JA- II-222). Respecto de la prueba cabe hacer algunas salvedades.

El artículo 377 del Código Procesal impone a los litigantes el deber de probar los presupuestos que invocan como fundamento de su defensa. Tal imposición no depende de la calidad de actor o demandado, sino de la situación en que se coloquen dentro del proceso. La carga de la prueba es una noción procesal que indica al Juez como valorarla para resolver cuando no encuentra pruebas que le den certezas sobre los hechos que deben fundar su decisión e indirectamente, establece a cuál de las partes interesa acreditar tales hechos para evitarse consecuencias desfavorables (CN Com, Sala A, LL 1997-F-964; idem, Sala C LL 1997-C-645; idem, Sala A LL 1999-A-356). Por último debe analizarse los elementos probatorios arrojados al proceso con sustento en el principio o regla de la sana crítica.

Esta emana del correcto entendimiento humano: contingente y variable con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia (Couture Eduardo J; JA-71-80) tal principio debe, además, adecuarse con las circunstancias de hecho y del derecho del caso y con lo máximo de la experiencia que al decir Kishc, es el conocimiento que tiene el Juez de la vida y de las personas ("Elementos de Derecho Procesal Civil traducción de L.Prieto Castro, pág.189, ed.Madrid).- La parte actora acompañó como

prueba documental (art. 333 del Código Procesal) tres videos, los que exhibidos a las contrapartes estas guardaron silencio respecto de los mismos, por lo que cabe concluir que han aceptado su autenticidad. Dichos videos se encuentran referidos a los programas “Punto Doc” del 6 de octubre de 2004 (anexo 1) e “Intrusos en la Noche” del 6 y 7 de octubre de 2004 (anexos 2 y 3).

Examinados los videos se comprobó que el programa “Punto Doc” (anexo 1) se inició anunciando su conductor TOGNETTI que se había efectuado una investigación referida a operaciones estéticas clandestinas que se le realizaban a menores de edad, sin exámenes ni confección de historias clínicas, operaciones que tampoco se concretaban en un quirófano; adjudicando ese obrar a un cirujano conocido mediáticamente casado con una vedette de los ‘80. Tras cartón la codemandada LEWIN realizó la investigación del informe entrevistando a una persona travestida quien manifestó que se había realizado una cirugía estética a cambio de sexo con el cirujano. Tiempo después y a través de una cámara oculta se ve a Ferriols manteniendo trato sexual con otra persona, más precisamente con una travestida. Del video (anexo 2) del programa “Intrusos en la Noche” del mismo día se visualiza a los conductores y codemandados RIAL y VENTURA junto a SALOMÓN y a su ex esposo viendo el contenido del programa anterior. Tras concluir la exhibición, la actora le manifestó a los conductores que: “Primero tengo que aclarar que el hombre que yo elegí para formar una familia, es el Dr. Alberto Ferriols, si él tiene un problema de sexualidad, o no, es mi problema, no de la audiencia, ni de Puntodoc, ni de nadie. Lo elegí y yo he formado una familia. Y estoy bien así, me hago cargo... mmm. No se metan con el pan de mis hijas” para aclarar después ante una pregunta del codemandado RIAL si tenía confianza en Ferriols que: “Mirá, es el hombre que elegí para formar una familia... y voy a ser la primera en salir a defender lo mío, entendés, y si hay algún problema lo voy a discutir en nuestro cuarto, no así públicamente”. En el programa “Intrusos en la Noche” del 7 de octubre de 2004 (anexo 3) se volvió a exhibir el video de “Punto Doc” como así también las escenas detrás de cámara que demostraban el comportamiento de la codemandante y del ahora ex esposo efectuándose, además, por parte de los conductores comentarios irónicos, hirientes como ser entre otros la sorpresa de la defensa de SALOMÓN respecto de Ferriols o que este último había cambiado sexualmente a su mujer por un hombre. Con la prueba analizada se han probado los hechos invocados en la demanda. III) A modo de introito cabe señalar que es incuestionable el lugar que ocupa la garantía constitucional de la libertad de expresión en nuestro ordenamiento jurídico, siendo uno de los derechos que cuenta con mayor entidad y con la máxima tutela jurisdiccional, no sólo reconocido por el art. 14 de la Constitución Nacional, sino también por los tratados y convenciones internacionales incorporados a partir de la reforma constitucional de 1.994 (conf. Convención Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto de San José de Costa Rica, etc.). Pero ello no significa que el periodismo quede eximido del deber de reparar los daños que en consecuencia causare, ya sea al difundir imágenes, noticias falsas

o erróneas, o al invadir la privacidad e intimidad, pues dicha libertad no significa impunidad, debiéndose responder por los daños que pudieran provocarse en el ejercicio de aquella libertad. Además, al igual que los demás derechos, aquél no es absoluto (CSJN, Fallos: 257:275; 258:267; 262:205). Si bien es cierto que la Convención Americana de los Derechos Humanos al reconocer el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y expresión, declara como comprensiva de aquélla la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole -y en igual sentido se desprende la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. IV), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 19 inc. 1 y 2)- también lo es que la Corte Interamericana de Derechos Humanos -cuya jurisprudencia puede servir de guía en la interpretación de preceptos Constitucionales (Fallos: 318:514; 330:3640)- ha reafirmado la protección a la libertad de expresión cuando las opiniones o informaciones versan sobre asuntos en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada, o de conocer sobre el funcionamiento del Estado o afecta derechos e intereses generales o le acarrea consecuencias importantes (caso “Tristán Donoso vs. Argentina del 29/11/2011); pero no en casos como el de autos, en que no hay relación con asuntos institucionales o de interés público, siendo que el derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen se encuentra fundado en el art. 19 de la Constitución Nacional, también protegido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 11) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17) (ver dictamen del Procurador en causa “Barreyro, H. G. c. América T.V. S.A. y otro s/ recurso de hecho”, SC, B 1372, L XLIII del 26/06/2012). El derecho a la intimidad se encuentra recepcionado por las convenciones internacionales incorporadas luego de 1994 en el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución, tiene así jerarquía constitucional y se refiere a él la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por ley 23.054; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por ley 23.313; además del mentado art. 1071 bis del Cód. Civil, y el art. 19 de la Constitución Nacional. El derecho a la privacidad ha sido normado por el art. 1071 bis del Cód. Civil que dice: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”. La Corte Suprema ha sostenido a su respecto que el art. 19 de la Constitución Nacional protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las

acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. El derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una de ellas ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello; sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892). Se ha dicho que no resulta necesario acreditar el comportamiento doloso o culposo de los accionados, cuando, sin justificación alguna, se invadió la esfera de estricta privacidad de la víctima. Si falta el fin legitimante, la ilegitimidad del acto basta para que sea resarcible el daño injusto, innecesario e inmerecidamente producido por la información difundida (conf. CNCiv, Sala D, “R., P. A. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S. A. y otros”, publicado en el diario LA LEY del 4 de agosto de 2008, pág. 11). Con respecto al derecho a la privacidad e intimidad, la Corte Federal ha encuadrado su fundamento constitucional en el art. 19 de la Ley Fundamental. En relación directa con la libertad individual, aquel derecho protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos y datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (conf. Fallos: 306:1892, considerando 8°). El derecho a la intimidad aparece también tutelado en los tratados de derechos humanos incorporados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, en cuanto prescriben que nadie puede ser objeto de ataques abusivos o injerencias arbitrarias a su vida privada o familiar; y disponen que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques (art. V de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá 1948; art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de diciembre de 1948; art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054; art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de la O.N.U. el 16 de diciembre de 1966, aprobado por ley 23.313; conf. Fallos: 324:2895). A lo expuesto cabe añadir que la privacidad o intimidad no está limitada a la propia persona, sino que comprende también a los familiares y amistades. (Confrontar Rivera, Julio César, en LA LEY, 1985-B, 120,

comentario a fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.: Derechos personalísimos: Derecho a la intimidad. Libertad de prensa. Conflicto. Límites a la libertad de prensa. Abuso del derecho a informar. Ver también LA LEY, 1985-B, 1149). El reconocimiento de los derechos personalísimos en toda comunidad organizada se constituye en el medio jurídico más eficaz para la defensa de la persona en su dignidad, su vida, su libertad, su identidad, su salud, su honor, porque son derechos que encierran valores que prevalecen sobre cualquier otro de contenido patrimonial. Se los ha caracterizado como "derechos del hombre sobre sí mismo". Son derechos subjetivos privados que nos garantizan el goce de nosotros mismos; a través de ellos ejercemos un señorío sobre nuestras propias personas. Nacen con el hombre y terminan con él, no puede sostenerse la existencia de la persona sin su reconocimiento, ni puede admitirse su absoluta disposición. Su reconocimiento se da a partir de las relaciones más comunes de carácter privado de las personas entre sí. En síntesis, lo que caracteriza a los derechos personalísimos es que ellos son innatos, vitalicios, necesarios, esenciales, privados, relativamente indisponibles por su titular y absolutamente indisponibles por terceros. Garantizan la integridad de la persona en sus tres aspectos fundamentales, la integridad espiritual, la integridad psicofísica y la integridad de su libertad y son los primeros en un orden jerárquico de derechos civiles, vale decir que en caso de conflicto de uno de esos derechos frente a otros, siempre han de prevalecer las decisiones que aseguren su plena vigencia (conf. Ekmekdjian, Miguel A "Tratado de Derecho Constitucional", p. 475 y sigtes, Ed. Depalma, 1993). No cabe duda que las actitudes de los codemandados de acuerdo a las responsabilidades que cada uno detentó en los programas de televisión ya mencionados han ocasionado con su proceder un daño a la intimidad familiar. En efecto los codemandados mutaron de un programa que tenía por objeto presentar una denuncia respecto del obrar de un cirujano plástico a un programa en que mediante la utilización de un ardid como es una cámara oculta, se difundió a través de un medio público y masivo como es la televisión, imágenes del mentado cirujano manteniendo trato y contacto sexual con otra persona travestida, esto último en presencia de su esposa. A lo expuesto cabe añadir que en modo alguno, dado que no existe prueba en contrario, los codemandados RIAL y VENTURA pusieron en antecedentes el tenor del programa o requirieron de manera expresa el consentimiento al menos de la actora BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN pues no podían ignorar la afectación que las imágenes tendrían sobre ella. No solamente los accionados actuaron de esa manera totalmente desaprensiva sino que en el programa del 7 de octubre de 2004 se advierte una suerte de satisfacción con las notas del día precedente, efectuándose por parte de los demandados referidos comentarios sarcásticos, demostrando un regodeo morboso con el hecho difundido. Por otra parte se destaca que pese a los comentarios de SALOMÓN de que la cuestión era de índole privada, en ese programa se volvieron a difundir las imágenes.

A los efectos de calibrar la responsabilidad de la prensa cualquiera sea su especialización y medio de expresarse, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha determinado pautas calificadas según los daños cuya reparación se reclama que fueran ocasionados por la difusión de informaciones inexactas, de noticias verdaderas o simples opiniones. En el primer caso (difusión de informaciones inexactas) resulta aplicable la doctrina “Campillay” (CSJN, Fallos: 308:789; 316:2394 y 324:4433, entre muchos otros) que, como es sabido, sostiene la irresponsabilidad de los medios de prensa si han tomado determinados recaudos al difundir la noticia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que cuando un órgano periodístico difunde una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho (Fallos, 308:789, considerando 7°). Ahora bien, si los recaudos enunciados anteriormente no fueron cumplidos por el medio de comunicación, deberá examinarse si la noticia involucra a un funcionario público o figura pública, o bien sobre a un ciudadano privado. En el primer caso, resultará de aplicación la doctrina de la “real malicia”, es decir, para hacer responder al medio de difusión deberá encontrarse debidamente acreditado que la noticia fue divulgada con conocimiento de su falsedad, o con notoria despreocupación acerca de su veracidad o falsedad (CSJN, 24/06/2008, “Patitó, José Ángel y otros c. Diario La Nación y otros”, LA LEY, 30/10/2008, p. 7; ídem, 13/12/2011, “Melo, Leopoldo Felipe y otros c. Majul, Luis Miguel s/ daños y perjuicios”, entre muchos otros). Por el contrario, si el afectado es un ciudadano común que no es funcionario público ni figura pública no juega el factor de atribución que exige la doctrina mencionada en último término, y basta con la simple culpa del emisor de la noticia para comprometer su responsabilidad (CSJN, 1/08/2013, “B., J. M.; M. de B., T. - Tea S.R.L. c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”, RCyS 2013-XII, 141; íd., 27/11/2012, “E., R. G. c. Editorial la Capital S.A. s/ indemnización”, LA LEY Online AR/JUR/65343/2012). Un estándar distinto juega cuando la información difundida es verdadera. En este supuesto, son inaplicables tanto la doctrina “Campillay” como la de la “real malicia”, pues ambas parten de la base de que se han afirmado hechos inexactos, o cuya veracidad, al menos, no ha podido ser acreditada (CSJN, caso “Patitó”, ya mencionado, considerando 8° del voto de la mayoría; ídem, 16/11/2009, “Brugo, Jorge Ángel c. Lanata, Jorge y otros”, considerando 9° del voto de la mayoría). En este grupo de casos -en los que normalmente aparece afectada la intimidad- el estándar relevante es la existencia o no de un interés público prevaleciente que justifique la difusión de la noticia y valide la intromisión en la esfera privada de las personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/11/2011, “Fontevéchia y D’Amico c. Argentina”, LA LEY, 16/03/2012, p. 3; CSJN, 8/05/2007, “O, N. M. c. T., M. y otro”, voto en disidencia de los Dres. Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni, ED, 17/08/2007, p. 2, con nota de Emilio A. Ibarlucía; esta Sala, 3/11/2009, “A., A. M. c. Arterar S.A. y otros”; esta cámara, SalaK, 31/10/2000, “Romano, Samanta c. Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otros”, JA, 11/04/2001, p.

29, con nota de Ramón D. Pizarro; ídem, Sala E, 25/11/2005, “R., H. c. Ediciones Papparazzi S.A.”; ídem, Sala F, 26/06/2007, “S, R. A. c. Arte Gráfico Editorial Argentina S.A.”, LA LEY, 28/03/2008, p. 3; ídem, Sala E, 07/11/2008, “S., G. A. y otro c. La Nación S.A. y otro”, RCyS, marzo de 2009, p. 78). Cabe señalar que en estas situaciones no basta con que la información se refiera a una persona pública o un funcionario público sino que, para validar la intrusión en la intimidad, es preciso que -más allá de ello- medie un interés público concreto que justifique la difusión de la noticia. Pues como lo ha dicho el máximo tribunal nacional: “...en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión...” (CSJN, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, LA LEY 1985-B, 120). Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha elaborado en los últimos años un nuevo estándar, que se aplica no ya a la afirmación de hechos -ya sean ellos verdaderos o falsos-, sino a la emisión de opiniones o juicios de valor. En este caso debe establecerse nuevamente si esa clase de juicios se refiere a asuntos de interés público, pues si así fuera existe una total libertad para decir lo que se quiera, con el único límite de las expresiones insultantes (CSJN, causas “Patitó” -considerando 8º del voto de la mayoría- y “Brugo” -considerando 9º del voto de la mayoría-, ya citadas; ídem, 30/10/2012, “Quantín, Norberto Julio c. Benedetti, Jorge Enrique y otros”; ídem, 14/08/2013, “C. C., R. A. c. A., S.E. y otros”, eIDial.com, AA8102). De lo expuesto deviene que no resulta de aplicación en el caso de autos la “teoría de la real malicia”. Muy por el contrario la emisión de las imágenes que involucraron al esposo de SALOMÓN, delante de ella y puesta en conocimiento de terceras personas (público televidente) solo buscaban obtener un mayor ‘rating’, sin medir si se estaba -con tal exposición- dañando la imagen pública, el honor y/o la intimidad familiar.

Ahora bien, la actitud ilícita de los codemandados no solamente afectaron a la coactora SALOMÓN sino también, como ya se adelantara, a su familia comprendida en este caso por sus hijas menores de edad. Las cuestiones atinentes a la responsabilidad por daños derivados de la actividad de los medios masivos de comunicación se rigen por los principios de la responsabilidad civil. Conforme lo antedicho frente a la víctima o las víctimas responden, de manera concurrente quienes generan y controlan la gestión informativa o periodística que realizan los medios masivos de comunicación, pues es su obligación verificar que la emisión -en este caso de un programa televisivo- no lesione el pudor, la dignidad, el honor, la intimidad. En definitiva no dañar aquellos derechos personalísimos de las personas que directa o indirectamente se ven afectadas por el obrar inescrupulosos de quienes están a cargo de un medio de comunicación. De ese modo

responde el director, el editor, el empresario propietario del medio, el periodista, el colaborador permanente u ocasional autor de la publicación, el productor ya sea de un programa radial o televisivo, etc (Pizarro Ramón Daniel "Responsabilidad Civil de los medios masivos de comunicación - Daños por noticias inexactas o agraviantes" 2ª edición actualizada o ampliada. Ed. Hammurabi, pág. 254), resultando todas estas responsabilidades autónomas. La difusión del material del modo en que fue expuesto no se encontraba autorizado por la actora. Importó un abuso del derecho de libertad de prensa; además de constituir la nota en sí, una violación del derecho a la intimidad que importa una intromisión indebida en la vida privada de la actora, con aptitud para perturbar su intimidad, difundiendo hechos de la esfera de los derechos personalísimos, que además afectan a terceros. Por lo tanto también resulta responsable el canal televisivo emisor de los programas ya mencionados (CNCiv, Sala D, LL 4/8/2008; idem Sala L, LL Online AR/JUR/50032/2014; idem AR/JUR/61670/2010). Al contestar la demanda AMÉRICA T.V. SOCIEDAD ANÓNIMA expresó que celebró con CUATRO CABEZAS S.A. un convenio de coproducción, cuya copia certificada obra en los autos que giran bajo el N° 104.612/2004, por el que según su cláusula decimosexta la productora se obligó a mantener indemne al canal de televisión de cualquier reclamo de terceros. Dicha defensa deberá plantearse en la etapa de ejecución de sentencia y siempre que se intente el cobro contra el canal televisivo, de allí que su tratamiento en esta etapa resulta apresurado. En definitiva frente a la prueba documental analizada, habiéndose determinado la responsabilidad de los codemandados quienes violaron la intimidad de la parte actora y los conceptos vertidos en considerandos anteriores, corresponde hacer lugar a la demanda. IV) El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil, puesto que sin él no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin perjuicio - como bien se ha señalado - no hay responsabilidad civil, lo cual no es más que una aplicación del principio más general de que sin interés no hay acción (Lalou, Henri, "Traité pratique de la responsabilité civile", p. 92, núm. 135, ed. Ed. Dalloz, París, 1949. Le Tourneau, Philippe, "La responsabilité civile", p. 141, núm. 375, 2a. ed., Ed Dalloz, París, 1976; Josserand, LouisBeun, André, "Derecho civil", t.2.vol.I, pág. 333, núm. 444, ed, Ed. trad. Santiago Cunchillos y Manterola, Buenos Aires, 1950). En este sentido nuestro Código Civil expresamente dispone que: " El deudor es responsable al acreedor de los daños e intereses..." (artículos 506, 508 y 511), y aun con mayor claridad el artículo 1067 establece que, sin " daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, no habrá acto ilícito punible". Es que, en efecto, el problema de la responsabilidad civil recién se puede plantear cuando existe un daño, ya que sólo en presencia de éste el jurista estará en condiciones de indagar si el mismo fue provocado (relación causal) infringiéndose un deber jurídico (antijuridicidad) y culpablemente (imputabilidad; mientras que a la inversa, si no hay perjuicio alguno, por ausencia de interés, base de todas las acciones, resultará superfluo entrar a indagar la existencia o inexistencia de estos otros elementos de la responsabilidad civil (Alterini, Atilio Aníbal - Ameal, Oscar J. Lopez Cabana, R.M., "Curso de obligaciones", t. I. pág.

225, núm. 485 y t. II, p. 406, núm. 1692, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975; Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría general de la responsabilidad civil", p. 136, núm. 284, 4a. ed. Ed. Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1983; Cazeaux, Pedro N. Trigo Represas, Félix A., "Derecho de las obligaciones", t. I, p. 316, t.4, pag. 240 y sgtes; 2a. ed. Ed. Platense, La Plata, 1975/76; Morello, Augusto Mario, "Indemnización del daño contractual", t. 2, pag. 13 y sgtes., nota 164-III y IV, p. 18 nota 165-V-B-1, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1967; Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", t.I, pag. 139 y sgtes., núm. 56, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1971; Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible", ps.35 y sgts., núm., 4, 2a. ed. Ed. Bibliografía Omeba, Buenos Aires, 1960; Jossierand-Brun, "Derecho Civil", cit. t.2, V.I.p. 326, núm.439; Le Tourneau, "La responsabilité civile", cit., p. 141, núm. 375; Mazeaud, Henri y León-Tunc, André, "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", t. I, vol. I, p. 293, núm 208, Ed. Ejea, trad. de la 5a. ed. francesa por Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1961-1963; Ripert, George - Boulanger, Juan, "Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol", t. V, p. 85 y sgts. núm. 984, Ed. La Ley, trad. Delia García Daireaux, Buenos Aires; 1965; p. 41, núm. 10, Ed. Bosch, trad. Juan V. Fuentes Lojo y José Peré Raluy, Barcelona, 1958; Giorgi, Jorge, "Teoría de las obligaciones en el derecho moderno", t. V. ps. 245 y sgts., núm. 159 y nota 2, Ed. Reus, trad. española Madrid, 1911; Perez Vives, Alvaro, "Teoría general de las obligaciones", t. II, p. 273, núm. 203, Ed. Temis, Bogotá, 1954; Santos Briz, Jaime, "Derecho de daños", p. 103, Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1963; ídem. "La responsabilidad civil", p. 123, 2a. ed., Ed. Montecorvo, Madrid, 1977; SCBA, 19-10-71, "Ortiz de Habermaul c. Pcia. de Buenos Aires", Rev. La ley, t. 148, p. 680 fallo 29.549-S; 30-7-65, "Kirilenko c. Cuervo de Calandra", Rev. La ley, t. 119, p. 904(respecto de la responsabilidad extracontractual); ídem. 12-7-66, "Kaufer c. Dir. de Menores", Rep. La Ley, t. XXVII, p.502, sum. 318; ídem. 19-4-66, "Emp. Constructora Industrial c. Munic. Luján", DJBA, 78-456, síntesis 33 (sobre responsabilidad por incumplimiento contractual), etc. El primero de los requisitos que la doctrina especializada menciona para que el daño sea jurídicamente indemnizable, es que sea cierto. "La incertidumbre del daño - dice Acuña Anzorena - se refiere a su existencia" (Acuña Anzorena, Arturo, "adiciones" a Salvat, Raymundo, M., "Derecho civil argentino. Fuentes de las obligaciones", t. IV, p. 77, nota 24-a, 2a. ed., Ed. Tea, Buenos Aires, 1958; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", ps. 23 y sgts., parágr. 12, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982) y es lo que la doctrina y jurisprudencia traducen como efectividad del daño: el daño debe ser real y efectivo, no meramente conjetural o hipotético, es decir requiere de prueba que demuestre su existencia.

A) DAÑOS SUFRIDOS POR BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN: V) La coactora ha demandado reparación en concepto de daño moral por violación de la intimidad que ha dañado su honor. No hay personas sin honor. El honor puede ser definido como la

"dignidad personal reflejada en la consideración de los terceros y en el sentimiento de la persona misma" y en él quedan comprendidos dos aspectos: por un lado la autovaloración, el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia (honor subjetivo, honra o estimación propia); y por otro, el buen nombre y la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia que se trate, dentro del marco de sociabilidad del ser humano (honor objetivo, buen nombre, reputación o fama (Rivera, "Instituciones de Derecho Civil", t. II, p. 109, Buenos Aires, 1993). Expresa Zavala de González que "el honor se revela como autoestima o respecto de la propia dignidad (honra) y en el prestigio, fama o consideración que otros tienen sobre los merecimientos de alguien (reputación)" (cf., Matilde, "Tratado de daños a las personas. Daños a la dignidad. Identidad. Honor. Intimidad", Tº 1, p. 223). Agrega luego que "el derecho tutela el honor de las personas desde una perspectiva abstracta, sin condicionamiento a circunstancias particulares" (conf. aut. y ob. cit., p. 226) y más adelante dice que "sólo se ofende el honor cuando los hechos o calidades atribuidos son desmerecedores en función de esquemas receptados por la comunidad, y no sólo acorde con algún caprichoso entendimiento personal" (cf. aut. y ob. cit., p. 229). Por su lado Cifuentes dice que "es clásica la división en honor objetivo y subjetivo. Proviene de la diferencia de sentido de las palabras honor y honra. Honor es la cualidad moral que lleva al más severo cumplimiento de los deberes ante los demás y nosotros mismos. Se traduce en gloria, buena reputación que sigue a la virtud, al mérito o a las acciones heroicas, lo cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas del que se le granjea. Honra importa estima y respeto de la dignidad propia. En el primero hay algo convencional y arbitrario que depende de las costumbres y preocupaciones de cada época y de cada país. En la segunda se percibe una cualidad invariable inherente a la naturaleza misma" (cf. Santos, "Derechos personalísimos", ps. 455/456). El honor y la intimidad son bienes jurídicos que están tutelados por los arts. 1071 bis, 1078, 1089, 1090m y cc. del Código Civil. Dice Pizarro que "la injuria comprende todo atentado contra el honor sea considerado en su aspecto subjetivo cuanto objetivo. Se comete injuria cuando se deshonra, desacredita o menosprecia a una persona, mediante palabra oral o escrita, gestos, dibujos, representaciones, difusiones, o por cualquier otro medio. Deshonrar es 'ofender a una persona mediante una referencia hiriente'. Importa una conducta lesiva de la autovaloración y, en muchos supuestos, es independiente de que lo imputado sea o no verdadero. Desacreditar, en cambio, significa 'tratar de restar crédito y reputación' a una persona, lo que pone de manifiesto que el bien jurídicamente protegido (y lesionado) es el honor en su sentido objetivo ..." (cf. Ramón Daniel, "Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en las diversas ramas del Derecho", ps. 494/495). La afectación del honor, de la dignidad, de la intimidad, genera un perjuicio, un daño en la moral. A lo expuesto Pizarro señaló que "El daño moral importa (...) una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de

entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial” (Pizarro, Ramón D., Daño moral. Prevención. Reparación. Punición. El daño moral en la diversas ramas del derecho, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 31). También la jurisprudencia como la doctrina han determinado que el daño moral constituye “toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar; de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral” (S.C.B.A. Ac. L55728, 19/9/95, “Toledo”, A. y S. 1995-III-635; Ac. 53110, 20/9/94, “Colman” D.J.J. 147-299, J.A. 1995-III-183, A. y S. 1994-III-737). Se ha dicho también que es “la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos susceptibles de apreciación pecuniaria” (Bustamante Alsina, “Teoría General de la responsabilidad civil” p. 205), que “se traduce en el sentimiento de dolor que experimenta la víctima o sus parientes, generalmente en los delitos que lesionan los bienes personales -vida, integridad física o moral, honor, libertad-” (Orgaz, Alfredo “El daño resarcible” ps. 223,242; Cámara Apel. Civil y Comercial de Azul, Sala II, causa N° 47749 “Esteban”; causa N° 52818, 11/08/2011 “Etcheverry Juan A. por Daniela Etcheverry c. Cala Orlando s/Daños y Perjuicios”). Ahora bien, en el caso de la lesión de derechos personalísimos, la jurisprudencia ha señalado de manera constante que cabe presumir la existencia del daño moral frente a la sola violación del derecho (CNCiv, Sala “H”, 10/11/2006, “M., G. E. c. Artear S.A. y otro”, JA, 2007-I, 403; CNCiv., Sala A, 12/03/2010, “Llanos, María Daniela c. Butlow, Ricardo A.”, LA LEY Online AR/JUR/6090/2010; íd., 14/02/2007, “C., G. C. c. Cencosud S.A.”, LA LEY Online AR/JUR/315/2007; íd., Sala D, “Panizzi, Miguel Angel c. Banco de la Provincia de Buenos Aires”, LA LEY Online AR/JUR/11354/2006, entre otros precedentes). Frente a lo expuesto cabe al magistrado determinar la indemnización atendiendo al derecho lesionado y a la repercusión que los hechos tuvieron para la demandante. Es innegable que la actitud de los codemandados, que expusieron a la coactora al propalar un hecho privado de su ex esposo y que se reiteró a posteriori pese a que ésta demostró su disconformidad con ese proceder, constituyó una humillación, ofensa, escarnio, mofa, bochorno, vejación, en definitiva un notable desprecio por su persona. Por lo tanto frente a todo lo expuesto se fija en los términos del art. 165 del Código Procesal la suma de \$ 800.000 en concepto de daño moral. VI) A fs. 2168/2175, con su aclaración de fs. 2209, se encuentra la experticia psicológica elaborada en base a la concreción de una batería de tests de práctica y entrevista psicodiagnóstica con la codemandante. A fs. 2215 y a fs. 2225/2226 los codemandados CUATRO CABEZAS S.A., LEWIN y AMÉRICA T.V. S.A. impugnaron la experticia.

A fs. 2230/2235 el experto replicó los cuestionamientos que se le efectuaron ratificando de manera fundada y concluyente su opinión científica. Para apartarse el juzgador de las conclusiones del experto, debe hallarse asistido de razones muy fundadas (CNCiv. Sala D, ED 6-300; Colombo "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación". Anotado y Comentado T I, pág. 717, nota 551), porque si bien es verdad que las normas procesales no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia conclusión al respecto (art. 477 del Código Procesal), es evidente que esto en cuanto importa la necesidad de una apreciación crítica en un campo del saber naturalmente ajeno al hombre de derecho, ha de apoyarse en otros elementos de juicio -debiendo el impugnante aportar la prueba, hecho éste no ocurrido en autos- que permitan fehacientemente concluir el error o el inadecuado uso que en el caso ha hecho el perito de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado (CNCiv., Sala D, abril 25-979- Impulsora, Soc. en Com. por Acc. c. Riani Dante E.) LA LEY, 1979-C, 485. (CN Esp. Civ. y Com. Sala 4a., 27-2-81- Rosales Miguel c. Ramos F. y otro-1982-III, síntesis) Por consiguiente, para que las observaciones que pudiesen formular las partes puedan tener acogida favorable, es menester aportar al expediente probanzas de similar o mayor rigor técnico o científico que desmerezcan las conclusiones alcanzadas en el peritaje (conf. arts. 386 y 477 del Cód. Procesal; Palacio, Derecho Procesal Civil, t. IV, pág. 720; CNCiv. Sala "C", LL, 1992-A, 425; idem, Sala "H" LL, 1997-E, 1009, n° 39.780-S). La parte impugnante no aportó la prueba suficiente para demostrar el error o el inadecuado uso de los conocimientos utilizados por el perito, es así que ante la carencia de prueba se rechaza el ataque impugnativo. De la experticia resulta que SALOMÓN padece, como consecuencia del hecho, de un Trastorno Adaptativo Mixto Ansioso Depresivo Crónico grave que le ha generado, en su esfera psicológica, una incapacidad del 25%, requiriendo tratamiento durante dos años con una frecuencia de dos veces por semana. El Dr. Mariano N. Castex, en cuanto Director del Programa de Investigación "El daño psíquico en los fueros civil y laboral" -que se efectúa desde principios del año 1989 en el ámbito de la Universidad de Buenos Aires-, ha distinguido en forma reciente, entre el daño síquico lesión a las facultades mentales -parcial o global- de una persona (entendido el término en sentido "lato", es decir, que se incluye a la dimensión afectiva) y el sufrimiento, concepto éste último, que remite a una dimensión de perturbación psico-física, en un sujeto que se coloca entre la enfermedad y el pleno goce de salud, pero que no implica conformación patológica alguna, en el sujeto que lo padece (cfme. La dimensión de "sufrimiento" en "Psicología y No-Trabajo", Comunicación a la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, agosto de 1989, cfme. Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, tomo XXIII : 309335). Así el llamado "duelo normal", en psicoclínica, encuadra en el contexto del "sufrimiento", mientras que el denominado "duelo patológico", en la medida en que éste implica una formación de índole reactiva, en el psiquismo de quien lo atraviesa, remite al "daño psíquico". El sufrimiento, en cuanto "lesión a los sentimientos

de una persona" o, mejor dicho aún, expresión de tal lesión, definible también como "estado no patológico del espíritu", de algún modo contingente y variable en cada caso y que cada cual siente o experimenta a su modo, pero que impide y/o limita la satisfacción o goce del estado de íntegra o de plena salud (derecho extrapatrimonial -inherente a la personalidad), en cuanto contenido de un daño, íntegra como especie -junto con otras figuras- el concepto genérico o daño moral y la demostración de su existencia escapa al "horizonte pericial psicoforense", mientras -repítase una vez más- no conlleve patología. En cambio el daño psíquico, en cuanto en su esencia ("id quod fit quod id quod est, sit") implica conformación de patología si no la había antes de producirse la lesión -o incremento y/o complicación ulterior de la pre-existente- si había patología latente, en actividad o compensada subyacente o -incluso- una personalidad predispuesta para ello (debilitada), todo ello, previo al accidente -se integra en el daño a la integridad corporal (daño patrimonial indirecto y daño no patrimonial directo- cfme. A. Zannoni, "El daño en la responsabilidad civil", Astrea, 2da. ed., 1987, págs. 165 y 166). En otras palabras, puede hablarse de la existencia de "daño psíquico" en una persona, cuando ésta presenta un deterioro, una disminución, un disturbio o trastorno, o desarrollo psico-génico o psico-orgánico que, afectando sus esferas afectiva y/o intelectual y/o volitiva, limita su capacidad de goce individual, familiar, laboral, social y/o recreativa, siendo oportuno tener presente que cada ser humano tiene su peculiar campo de "tarea" y/o de "quehacer vital" o también -"capacidad de goce" diferenciándose éste del de las demás personas, no sólo en su extensión, sino también en cuanto a su comprensión, término éste que, en lógica menor-conforme lo propone el diccionario de la lengua de Castilla en su tercera acepción -implica al "conjunto de cualidades que integran una idea o concepto" (cfme. Castex M.N. & Ciruzzi, M.S. El daño psíquico en los fueros civil y laboral, Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, XXIV. 435, 1991, Castex M.N., Ciruzzi M.S. & Silva Daniel H.

El "Daño psíquico" en la Medicina y Psicología Forenses, Anales, op. cit. XXIV: 526/550, 1991). De lo expuesto surge claramente que el daño psíquico incapacitante constituye un daño autónomo independiente del daño moral. Así también lo ha entendido la doctrina (entre otros Daray, "Accidentes de tránsito", T.2, pág. 160, Mosset Iturraspe J. "El valor de la vida humana", Editorial Rubinzal Culzoni, 1986, Zavala Rodríguez M. "Daños a las personas", ED, Hammurabi S.R.L. 1990) y la jurisprudencia (CNCiv. Sala F, Etchechoury Nélica c/Sapada Graciela B, ídem, Sala B, R. NA. c. S.O. y otros s/sumario, 12-12-90, ídem, Sala D, Peralta Antonio c/ Hernán Ramón E. s/sumario 16-692), al señalar que el daño psicológico no está comprendido dentro del daño moral, pues en el primero se rezarse la incapacidad que en ese campo le produjo el hecho ilícito, mientras que el daño moral está referido a todos los padecimientos, las angustias y los dolores, en definitiva el sufrimiento, siendo una nota distintiva de la existencia de duración, mientras el primero perdura durante un tiempo prolongado y requiere de tratamiento, el segundo se manifiesta

durante un corto período a cabo del cual cesan o disminuyen sus manifestaciones. En definitiva todo daño inferido a una persona, corresponde apreciarlo en lo que representa como alteración y afectación, no sólo del cuerpo físico sino también del ámbito síquico del individuo con el consiguiente quebranto de la personalidad, de manera que importa éste un menoscabo a la salud, considerado en su aspecto integral y comprobándose también la incidencia o repercusión que todo ello en alguna medida, puede aparejar sobre la vida de relación del damnificado.

Por lo tanto las alteraciones o secuelas en la esfera Psíquica, ya sean totales o parciales son indemnizables cuando derivan de una incapacidad. La unidad indisoluble de la persona está constituida por el cuerpo y el alma, su integridad y normalidad psíquica constituye una faceta que debe ser objeto de protección jurídica, al decir de Zavala de Rodríguez (Daños a las personas, pág. 193, ED Hammurabi S. R. L., 1990), el daño psicológico supone una perturbación patológica de la personalidad de la víctima que altera su equilibrio básico o agrava un desequilibrio precedente. Teniendo en cuenta el grado de incapacidad determinado, lo expuesto en este considerando y las condiciones particulares de la coactora, de 50 años de edad a la fecha del hecho, de nacionalidad argentina, con estudios secundarios, de estado civil divorciada, desocupada (ver fs. 2168), madre de dos niñas, se fija en los términos del artículo 165 del Código Procesal, la suma de \$ 400.000 en concepto de daño psicológico. VII) SALOMÓN demandó bajo el rótulo lucro cesante, lo que la jurisprudencia ha denominado pérdida de chance. Dicha pérdida de chance al decir de la coaccionante consiste en la imposibilidad de conseguir trabajo con motivo del daño que sufriera su imagen como artista. La doctrina y la jurisprudencia exigen que el daño resarcible tenga el carácter de cierto, no de meramente eventual o hipotético. Y si bien la "chance" en sí misma es resarcible, debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta. La probabilidad depende de un cálculo matemático. La probabilidad de que un hecho futuro ocurra es un valor numérico determinístico. Dentro de este contexto y desde que el derecho ha incursionado en la teoría de las probabilidades, aportando un lenguaje preciso para describir la incertidumbre, los jueces y abogados aprecian intuitivamente los hechos inciertos y han desarrollado una percepción especial, que les permite tomar decisiones en incertidumbre, como asimismo, herramientas que permiten establecer criterios objetivos de decisión (Highton, Elena I; Gregorio, Carlos G.; Alvarez, Gladys S.; "Cuantificación de daños personales. Publicidad de los precedentes y posibilidad de generar un baremo flexible a los fines de facilitar decisiones homogéneas y equilibradas", Revista de Derecho Privado y Comunitario, N° 21, "Derecho y economía", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, ps. 127/190). El análisis de la pérdida de "chance", confronta por lo general dos extremos, que se hacen bien evidentes cuando se trata de casos límite; de un lado aquello que podría calificarse como "castillos en el aire" ("de Perrette y su cántaro de leche...." ver Mazeaud-Tunc "Responsabilidad Civil", t. I, N° 219, p. 312), y del otro la predecible, por lo razonable, expectativa de contar con

una ganancia. (CNCiv., Sala B, 7-8-02, " P. M.R. c. Banco Caja de Ahorro S.A.). Por ello se utiliza el concepto de "probabilidad suficiente" o frases equivalentes, términos que aluden al umbral de la "chance". Prácticamente en todos los campos de la decisión humana la certeza debe, de hecho, descartarse; por ello, la pregunta es cuán grande debe ser el valor de probabilidad de una hipótesis, para que pueda ser tenida por cierta a los efectos del proceso decisorio (Highton, Gregorio y Álvarez, ob. cit). Han dicho nuestros tribunales (CSJN, 4-12-86, Fallos: 229-XX; CNCom.; sala B, 7-2-89, LA LEY, 1989-D, 288) que la "chance" configura un daño actual -no hipotético-, resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad; que la indemnización por pérdida de "chance" no se identifica con la utilidad dejada de percibir; sino que lo resarcible es la "chance" misma, la que debe ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de probabilidad de convertirse en cierta, sin que pueda nunca identificarse con el eventual beneficio perdido. A su vez, la doctrina coincide en el concepto (Bustamante Alsina, Jorge, "La indemnización por pérdida de "chance" y el resarcimiento del daño moral por incumplimiento contractual", LA LEY, 1989-D, 288), entendiendo que es inobjetable la reflexión que se hace en el precedente. La "chance" es resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por el responsable, y puede ser valorada en sí misma aún prescindiendo del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad. Si bien lo que daría al daño el carácter eventual sería la probabilidad de obtener una ganancia o de evitar un perjuicio, hay, por otra parte una circunstancia cierta: la oportunidad de obtener la ganancia o de evitarse el perjuicio y esa oportunidad cierta se ha perdido por el hecho de un tercero, a causa de la inejecución por el deudor. Si la probabilidad hubiese tenido bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse, la indemnización deberá ser de la "chance" y no de la ganancia perdida por lo que aquella deberá ser apreciada judicialmente según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta: el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad. Toda "chance" es un interés legítimo, es decir protegido por la ley, porque es una expectativa patrimonial del titular de un patrimonio que, como tal tiene certeza, y si aquella expectativa se realiza se obtiene la ganancia esperada. En cambio si la posibilidad se frustra existe una lesión actual al interés legítimo que ella representa y que constituiría un derecho subjetivo potencial, el cual se convierte en una facultad de actuar para reclamar en justicia el valor económico de aquella esperanza. En el clásico precedente más citado del mundo en esta materia, pues es el que señaló una base señera sobre el concepto ("King s Bench División", C.A. 15-16-1911, "Court of Appeal, Chaplin v. Hicks"), la demandada fundó su defensa en que los daños eran de tal naturaleza que se tornaban en imposibles de evaluar; que la "chance" (en el caso de ganar un premio) estaba sujeta a tantas contingencias que era imposible para cualquiera, aún después de haber llegado a la conclusión de que la actora había perdido

una oportunidad, asignarle un valor a la pérdida. El tribunal admitió que la cantidad de contingencias de que depende cierto resultado puede convertir el cálculo no sólo en difícil, sino en insusceptible de ser llevado a cabo con certeza o precisión. Aclaró que podría coincidir en que los daños pueden llegar a ser tan imponderables como para tornar inaplicable la teoría de los cocientes o valores medios, en atención a que los guarismos necesarios para efectuar tal cálculo no son manifiestos, más no admitió la afirmación según la cual, si es imposible arribar a una certeza, los daños son de justiprecio imposible. Ahora bien dado que se trata de una probabilidad, si ella tenía bastante fundamento, la pérdida de ella debe indemnizarse. Para ello resulta necesario que el demandante aporte los elementos probatorios, la condición de la existencia de la chance y su pérdida. Abierta la causa a prueba la parte actora produjo prueba pericial en comercialización publicitaria. La prueba pericial o peritación es una actividad desarrollada en virtud de encargo judicial, por personas distintas de las partes del proceso, especialmente calificadas por sus conocimientos técnicos, artísticos o científicos, mediante la cual se suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o cuyo entendimiento escapa de las aptitudes del común de las gentes (Echandía, "Teoría General", II, pág. 287). Se ha dicho que la peritación es una declaración de ciencia porque el perito expone lo que sabe, por percepción y deducción o inducción de los hechos sobre los cuales versa su dictamen o explicación, pero esa declaración contiene, además, una apreciación valoratoria porque es esencialmente un concepto o dictamen técnico y no una simple narración de sus percepciones (Cam. 2a. C.C. La Plata, Sala II, "Croce de Medinelli Clara c/Medinelli Amelia" DJBA. 118-367). Si bien es exacto que -conforme lo ha señalado tanto la doctrina y la jurisprudencia interpretando el artículo 476 del Código Procesal- la opinión del perito no vincula al juez, y por lo tanto, la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por el magistrado en concordancia con las leyes de la sana lógica y los restantes elementos de convicción que existen en la causa, no lo es menos que la sana crítica aconseja esa aprobación cuando los mismos aparecen suficientemente fundados y no pueden oponérsele argumentos científicos que los desvirtúen (conf. en igual sentido CNECC, Sala IV, BJ 683 N° 10.028). El perito designado de oficio y a petición de parte actúa como un auxiliar de la justicia y contribuye con su saber, ciencia y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos técnicos especiales. Su situación como técnico capacitado y persona honorable al servicio de la justicia hace razonable la aceptación del dictamen aún respecto de aquellos puntos en que expresa su opinión cuando la misma obedezca al análisis o los elementos obrantes en la causa. Es por ello que para apartarse de las conclusiones allegadas por el técnico debe haberse asistido de razones muy fundadas, por que si bien es verdad que las normas procesales (artículo 477 del Código Procesal) no acuerdan al dictamen carácter de prueba legal y le permiten al magistrado formar su propia conclusión al respecto, es evidente que ésta, en cuanto comporta la necesidad de una apreciación crítica de su campo del saber, naturalmente

ajeno al hombre de derecho, ha de apoyarse en otros elementos de juicio que permitan fehacientemente concluir el error o el inadecuado uso que en el caso el perito ha hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponerse dotado (ex CNECC, Sala I, JA, 974-23-175, CNCiv., Sala F, LL, 1980-A154). A fs. 2348/2466 se encuentra glosada la pericia. A fs. 2507/2510, fs. 2514/2519 los codemandados RIAL y VENTURA impugnaron la pericia. A fs. 2549/2555 y fs. 2556/2565 la perito ratificó sus conclusiones. Se ha dicho que la impugnación de una pericia debe constituir una contrapericia, que debe contener –como aquella– una adecuada explicación de los principios científicos o técnicos en lo que se la funde, por lo que no puede ser una mera alegación de los pareceres subjetivos o de razonamientos genéricos contenido del dictamen que ataca (Cám. Apel. Civil. Sala D 42000 – D- d9; ídem Sala A LL 1997-D-805; Cám. Nac. Apelaciones del Trabajo, Sala I, DT 1995-A-752). En definitiva ante lo manifestado y expuesto con anterioridad corresponde rechazar el ataque impugnativo. De la fundada pericia resulta que BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN generó durante sus años de actuación una imagen actoral positiva, siendo considerada como una artista de comedia, una sexsymbol. Tras la emisión de los programas televisivos “Punto Doc” e “Intrusos en la Noche”, mermó su actividad profesional hasta convertirla en nula con motivo de la afectación que tuvo su imagen y su posicionamiento en el ambiente artístico. En su extenso informe el perito llegó a la conclusión que con motivo de esa afectación a la imagen y posicionamiento, la coactora sufrió un daño que abarca el período octubre de 2005 a diciembre de 2012, estimando tras cálculos aritméticos que realizara, que la pérdida alcanzó a la suma de \$ 11.793.551, monto por el cual prospera el rubro pérdida de chance. B) DAÑOS SUFRIDOS POR NOELIA FERRIOLS SALOMÓN VIII) También la menor, por intermedio de su representante legal, reclamó indemnización en concepto de daño moral. Si bien el derecho a preservar su intimidad ha sido consagrado a toda persona, no puede dejar de ponderarse que la legislación internacional ha puesto especial énfasis en la tutela de los menores de edad y en el resguardo de su intimidad precisamente por su vulnerabilidad. Así, el art. 16 de la Convención de los Derechos del Niño -que contiene una síntesis del art. 1071 bis del Código Civil- y que también ha sido incorporado en el art. 75 inc. 22 del nuestra Carta Magna, dispone que "ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación" (ap.1), agregando que "el niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (ap.2). A lo manifestado cabe añadir que el art. 40, punto II, inciso b, apartado VIII de la citada Convención, garantiza a los menores el respeto pleno a su vida privada en todas las facetas de los procedimientos que lo involucren (conf.: Benavente, M. I. "Algunas reflexiones sobre el derecho a la intimidad de los niños" Weinberg, I. M. "Convención sobre los Derechos del Niño", págs. 247 y sgtes.). En igual sentido se ha expresado Roca de Estrada (Patricia, en Derecho a la intimidad de los niños, niñas, adolescentes y medios de comunicación, Derecho Procesal de Familia, RubinzalCulzoni). Si bien al momento del

hecho la menor era una persona de muy corta edad, ello no es óbice para la admisión del reclamo. En efecto, éste hecho que aquí se juzga y sus consecuencias, constituyen un estigma, un desdoro, una afrenta, una mancha que acompaña y ha de acompañar durante un largo tiempo, tal vez durante toda su vida, a la menor. Dicha situación, máxime cuando ya esta alcanzando la preadolescencia o la adolescencia y comienza a tener una mayor relación con terceras personas, a convivir en esta sociedad, le ha de generar temor, angustia, inseguridad, vergüenza de que alguien la identifique como la hija “del cirujano famoso sorprendido con una travesti”, lo que evidentemente la afectó y afectará en grado sumo, situación que no viviría si no se hubiera violado la intimidad familiar. Por lo tanto frente a todo lo expuesto en considerandos anteriores, se fija, en los términos del art. 165 del código de rito, la suma de \$ 800.000 en concepto de daño moral. IX) La coaccionante ha reclamado indemnización en concepto de daño psicológico. Pese al imperativo del artículo 377 del Código Procesal la parte actora no ha producido prueba tendiente a acreditar la existencia y extensión de los daños supuestamente ocasionados sufridos. Sobre el particular se reitera que todo daño debe ser probado por quien alega siendo éste un requisito esencial para obtener una condena indemnizatoria, pues un daño improbadado no existe (CN Com. Sala C, LL. 1994-B-583; Llambías "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", T.1, pág. 310; Mosset Iturraspe "Responsabilidad por daños", Parte General, T.1, Nos. 112/113). En consecuencia frente a la carencia de prueba dado que se desistiera de la prueba pericial psicológica corresponde rechazar el rubro daño psicológico. C) DAÑOS SUFRIDOS POR BETTINA FERRIOLS SALOMÓN X) Por los mismos fundamentos vertidos en el considerando VIII) se admite el reclamo fijándolo (art. 165 del Código Procesal) en la suma de \$ 800.000 en concepto de daño moral. XI) Por los mismos fundamentos vertidos en el considerando IX) se rechaza el rubro daño psicológico. XII) Los importes indemnizatorios correspondientes a las menores deberán ser depositados en el Banco de la Nación Argentina, Sucursal Tribunales, en dólares estadounidenses y colocados a plazo fijo renovable automáticamente hasta tanto alcance la mayoría de edad o se proponga una mejor inversión. Por los resultandos expuestos, consideraciones vertidas, disposiciones legales citadas y jurisprudencia mencionada, FALLO: A) Haciendo lugar a la demanda condenando en forma concurrente a AMÉRICA T.V. SOCIEDAD ANÓNIMA, EYEWORKS ARGENTINA S.A., LUÍS VENTURA y/o LUÍS ANTONIO VENTURA, JORGE RICARDO RIAL, MIRIAM LEWIN y DANIEL CARLOS TOGNETTI a pagar, dentro de los diez días, a BEATRIZ RAQUEL SALOMÓN, por sí y en representación de sus hijas menores de edad NOELIA y BETTINA FERRIOLS SALOMÓN la suma de PESOS CATORCE MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UNO (\$ 14.593.551), a la que se adicionará un interés del 6% desde el acaecimiento del hecho hasta el dictado de la presente. Desde la fecha de este pronunciamiento y hasta la del efectivo pago se aplicará la tasa activa cartera general (préstamos nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina (Fallo Plenario "Samudio de Martinez Ladislaa c/ Transporte Doscientos Setenta S. A. s/

Daños y Perjuicios" del 20 de abril de 2009). B) Las costas constituyen una reparación de los gastos en que incurrió la parte actora para obtener el reconocimiento de su derecho y que responden al hecho objetivo de la derrota y al principio de reparación integral, por lo tanto se imponen en su totalidad a la parte condenada (artículo 68 del Código Procesal) estableciendo que las mismas deberán ser abonadas en el mismo plazo que la condena. Considerando el monto de la condena, la actuación cumplida, actividad desplegada, complejidad de los trabajos, regulo, por el principal e incidentes pendientes, conforme las disposiciones legales vigentes (Leyes 21.839; 24.432; 24.573 y 26.589, Decretos Reglamentarios N° 91/98, 1465/07, 1467/11 y 2536/15) los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: dirección letrada apoderada de la parte actora -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Ana María Rosenfeld, Silvia María Tenaszuk, María de los Ángeles Inés Giuliani y Rita Amalia Goicoechea) en la suma de pesos tres millones (\$ 3.000.000), dirección letrada apoderada de América TV S.A. -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Fernando Jorge López Peña, Guadalupe Cores, Manuel Manrique, Mercedes Escriña, Galo Alberto Rodríguez Vázquez y Pablo Rómulo Di Iorio) hasta su actuación de fs. 2102 en la suma de pesos un millón ochocientos (\$ 1.800.000), dirección letrada apoderada de América T.V. S.A. hasta su actuación de fs. 2482 -en conjunto y en partes iguales- (Drs. Gabriela Celina Díaz y Aldana Tommasi) en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000), letrado apoderado de América T.V. S.A. hasta su actuación de fs. 2785 Dr. Mariano Cruz Lucero en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000), dirección letrada apoderada de América TV S.A. -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Alberto Luis González Estevarena y Ángel Julio Figueredo) en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000), dirección letrada apoderada de los codemandados Eyeworks S.A. y Lewin -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Leandro Chamorro y Adriana Elena Melchionno) en la suma de pesos dos millones (\$ 2.000.000), dirección letrada apoderada del codemandado Tognetti -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Luis Antonio Sasso y Daniela Paula Arias) en la suma de pesos un millón ochocientos (\$ 1.800.000), dirección letrada apoderada del codemandado Rial hasta su actuación de fs. 2330 -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Atilio Killmeate y Diego Hickethier) en la suma de pesos un millón quinientos mil (\$ 1.500.000), dirección letrada apoderada del codemandado Rial -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Bernardo Beccar Varela, Martín Hernán del Río, Andrés Sanguinetti y Guillermo Oscar Lasala) en la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), dirección letrada apoderada del codemandado Ventura -en conjunto y en partes iguales- (Dres. Pascual Farisello y Romina Silvia Farisello) en la suma de pesos un millón ochocientos mil (\$ 1.800.000), perito contable Contadora Pública Lorena Angélica Cerullo en la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$ 150.000), perito psicólogo Dr. Daniel Alejandro Navarro en la suma de pesos doscientos cincuenta mil (\$ 250.000), perito técnico Ingeniero en Telecomunicaciones Julio César Carosella en la suma de pesos doscientos mil (\$ 200.000), perito en comunicación y publicidad Dr. en Ciencias de la Comunicación Eduardo Pérez Carballada en la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000) y

mediadoras intervinientes Dras. Lorena Jaurigoity, María Elena Goldvarg, Norma Alejandra Graziano y Patricia D'Angelo -en conjunto y en partes iguales- en la suma de treinta y ocho mil cuatrocientos (\$ 38.400) haciendo saber a los profesionales que en su liquidación de honorarios deberán incluir el IVA si correspondiere. C) Hágase saber a las partes que en caso de existir en autos documental que exceda las medidas físicas del expediente, y dado que el Archivo de Actuaciones Judiciales no las recepta, pasados los dos años del dictado de la presente, el Juzgado procederá a disponer de la misma por carecer de espacio para su guarda. D) Notifíquese en su despacho a la Defensoría Pública de Menores e Incapaces. Notifíquese a las partes, regístrese y oportunamente archívese.

ANEXO 3: STC 171/1990 Y STC 172/1990 CASO PATIÑO

STC 172/1990, de 12 de noviembre de 1990

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Francisco Rubio Llorente, Presidente: don Eugenio Díaz Eimil, don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, don José Luis de los Mozos y de los Mozos, don Alvaro Rodríguez Bereijo y don José Gabaldón López, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

S E N T E N C I A

En el recurso de amparo núm. 803/88, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de don Pedro J. Ramírez Codina, don Juan Tomás de Salas Castellano, don Fernando Baeta Gil y la Entidad «Información y Prensa, Sociedad Anónima», contra Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en los autos incidentales seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, sobre protección del derecho al honor, ha comparecido el Procurador don Fernando Julio Herrera González, en nombre de don José Luis y doña a Cristina Patiño Cobián, así como el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el excelentísimo señor don Eugenio Díaz Eimil, quien expresa el parecer de la misma.

I. Antecedentes

1. Don Argimiro Vázquez Guillén, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Pedro J. Ramírez Codina, don Juan Tomas de Salas Castellano, don Fernando Baeta Gil y la entidad i «Información y Prensa, Sociedad Anónima», interpuso, mediante escrito presentado en el Juzgado de Guardia de los de Madrid el día 3 de mayo de 1988 y registrado en este Tribunal al día siguiente, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988, que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid, en los autos incidentales seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, sobre protección del derecho al honor.

2. Los hechos que se exponen en la demanda pueden sintetizarse en la forma siguiente:

a) Por la representación procesal de don José Luis, doña Matilde, doña Cristina, don Ignacio y doña María Teresa Patiño Cobián, se interpuso demanda sobre Protección del Derecho al Honor, y en concreta relación con unas informaciones publicadas en «El País» y «Diario 16», referidas al Comandante don José Luis Patiño Arróspide, piloto de la nave «Boeing» 727, que el día 19 de febrero de 1985 sufrió una grave catástrofe, en la ladera del monte Oiz, que ocasionó la muerte de 148 personas y, entre ellas, a dicho piloto.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, admitiéndose a trámite por providencia de fecha 10 de junio, acordándose el emplazamiento de los demandados y Ministerio Fiscal, que contestaron la misma solicitándose su desestimación por no ser los hechos constitutivos de intromisión ilegítima contra el honor, articulando previamente las excepciones que consideraron más convenientes a su derecho y en la forma que se concreta en la certificación de la Sentencia que se acompaña.

En la referida demanda se acumulan las acciones dirigidas contra «Promotora de Informaciones, Sociedad Anónima», y don José Luis Cebrián Echarri, a la de mis mandantes.

b) Con fecha 16 de octubre de 1985 se dictó por el juzgado de Primera Instancia núm. 26 Sentencia por la que se estimaba en parte la demanda formulada por la representación procesal de don José Luis, doña Matilde, doña Cristina, don Ignacio y doña María Teresa Patiño Cobián, declarando en su fallo que: «Que estimando en parte la demanda promovida por el Procurador don Francisco Guinea y Gauna, en nombre y representación de don José Luis, doña Matilde, doña Cristina, don Ignacio y doña María Teresa Patiño Cobián, debo declarar y declaro:

1.º Que los periódicos "El País" y "Diario 16" están obligados a publicar en sus respectivas primeras páginas del día siguiente a la firmeza de esta resolución y con titulares del mismo tamaño que los mayores de ese día la frase "Condena por intromisión ilegítima que se publica por resolución judicial firme" y la parte dispositiva completa de esta Sentencia.

2.º Que a la "Promotora de Informaciones, Sociedad Anónima", y a don Juan Luis Cebrián Echarri, solidariamente entre sí, deben abonar a los actores como indemnización de daños y perjuicios morales, la cantidad de 4.000.000 de pesetas, y a los también demandados "Información y Prensa, Sociedad Anónima"; don Pedro J. Ramírez Codina, don Juan Tomás de Salas Castellano y don Fernando Baeta Gil, con igual carácter de solidaridad, la cantidad de 6.000.000 de pesetas por el mismo concepto.

Se condena a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con desestimación de la demanda en cuanto al resto; todo ello sin hacer especial condena en las costas procesales.»

c) Interpuesta apelación por las partes demandadas, la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid dictó Sentencia con fecha 28 de octubre de 1986 con el siguiente fallo:

«Desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de don Juan Luis Cebrián Echarri y "Promotora de Informaciones, Sociedad Anónima", así como de "Información y Prensa, Sociedad Anónima"; don Juan Tomás de Salas Castellano, don Pedro J. Ramírez Codina y don Fernando Baeta Gil, contra la Sentencia dictada por el ilustrísimo señor Magistrado-Juez de Primera Instancia núm. 26 de los de esta capital de fecha 16 de octubre de 1985, y estimando en parte la adhesión por los demandantes doña Cristina, doña Matilde, don Ignacio y doña María Teresa Patiño Cobián, a la apelación deducida de contrario, debemos revocar y revocamos parcialmente la resolución impugnada, y estimando en parte la demanda interpuesta por el Procurador don Francisco de Guinea y Gauna, en nombre y representación de don José Luis, doña Cristina, doña Matilde, don Ignacio y doña María Teresa Patiño Cobián, contra don José Luis Cebrián Echarri; "Promotora de Informaciones, Sociedad Anónima"; "Información y Prensa, Sociedad Anónima"; don Juan Tomás de Salas Castellano; don Pedro J. Ramírez Codina, y don Fernando Baeta Gil, siendo parte el Ministerio Fiscal, sobre protección civil del derecho al honor y a la intimidad personal del Comandante Piloto de la Compañía "Iberia" don José Luis Patiño Arróspide, debemos declarar y declaramos que los periódicos "El País" y "Diario 16", están obligados a publicar en sus respectivas primeras páginas del día siguiente a la firmeza de esta resolución y con titulares del mismo tamaño que los mayores de ese día la frase "Condena por intromisión ilegítima que se publica por resolución judicial firme", y la parte dispositiva completa de esta Sentencia; y debemos confirmar y confirmamos los restantes pronunciamientos de la Sentencia recurrida, que condenan a "Promotora de Informaciones, Sociedad Anónima", y a don Juan Luis Cebrián Echarri, solidariamente entre sí, a abonar a los actores la cantidad de 4.000.000 de pesetas, y a los también demandados "Información y Prensa, Sociedad Anónima"; don Juan Tomás de Salas Castellano; don Pedro José Ramírez Codina, y don Fernando Baeta Gil, con igual carácter de solidaridad, a abonar a los actores la cantidad de 6.000.000 de pesetas, condenando a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, con desestimación de la demanda en cuanto al resto.»

d) Contra esta Sentencia se interpusieron recursos de casación por los dos grupos de demandados, que fueron desestimados por Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988.

3. La demanda de amparo estima que la Sentencia del Tribunal Supremo vulnera el derecho fundamental a comunicar información veraz que reconoce el art. 20.1 de de la Constitución, y a tal efecto aporta la siguiente fundamentación:

a) La libertad de expresión que proclama el art. 20.1 de la Constitución es un derecho fundamental de que gozan por igual todos los ciudadanos y del que, pudiéramos decir los periodistas y Empresas de comunicación social, son de un lado ejercientes del mismo, y de otro, en alguna medida, depositarios de ese derecho de los ciudadanos en la medida que por el ejercicio de su profesión son mediadores entre las fuentes de información y la Sociedad que la demanda, ya que hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica, aunque como recoge la Sentencia de 16 de marzo de 1981, el ejercicio con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos de este derecho no implica privilegio alguno.

Después de alegar que en la Sentencia del Tribunal Supremo se confunden, en algunos aspectos, los motivos de casación alegados por los aquí solicitantes de amparo y por la otra parte también recurrente en casación, se sostiene que el periodista, al hilo de la actualidad, y no cabe duda que la tiene la catástrofe de un avión regular con tal número de víctimas, publica el reportaje fundamentándolo en una serie de fuentes, especialmente documentales, que han constituido en todo momento el soporte informativo del mismo.

Pero parece que en la Sentencia recurrida no se da valor alguno, se considera intrascendente la veracidad o no de las informaciones publicadas. Porque, y así se expresa literalmente en la referida Sentencia -fundamento jurídico 2.º- que no es la veracidad o el infundio de la información publicada, sino las expresiones contenidas que conducen subliminalmente a los lectores del periódico mediante una especie de juicio paralelo, a la conclusión de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del Comandante del avión siniestrado, lo que configura por si sólo una intromisión ilegítima en el ámbito del honor y de la intimidad personal de dicho piloto, titular del derecho lesionado y cuya memoria constituye una prolongación de su personalidad.

No se cuestiona para nada la veracidad de la información, que en todo momento ha quedado acreditada a través de la prueba practicada, sino, en todo caso, la forma de exponerla ignorando el quehacer periodístico, al menos en la forma de reportaje y recortando la libertad de expresión al entender que se han de presentar las informaciones con todo tipo de asepsia y objetividad, extremo este último que no discutimos, pero no en cuanto a la referencia a lo que denomina neutralidad que debe caracterizar a las noticias y comunicados ofrecidos por la prensa y medios de publicidad, puesto que es notorio y no hace falta explicación al respecto de clase alguna, la información se publica sobre un hecho de gran trascendencia e interés informativo, que excede lo que se denomina noticia o comunicado y, por consiguiente, ha de ir redactado de tal forma que pueda situar al lector

frente al acontecimiento del que se trata de informar, y no cabe duda que es absolutamente necesario desde la construcción periodística concretar informaciones relativas a la personalidad del principal protagonista de tan desgraciado accidente.

El art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, concreta que tendrá la consideración de intromisión ilegítima la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena, y es claro que el periodista autor del reportaje actúa en el legítimo derecho a informar consagrado en el art. 20 de la Constitución, si bien condicionado a que dicha información sea veraz, contrariamente a lo razonado en la Sentencia recurrida de amparo; por ello, aunque el derecho al honor se configura en nuestra Constitución como un derecho fundamental, cuando por el ejercicio de la libertad de opinión o de la libertad de comunicar información veraz por cualquier medio de difusión, resulte afectado el derecho al honor de alguien - STC 104/1986- nos encontraremos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que no necesariamente y en todo caso tal aceptación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades.

El periodista, como depositario de un derecho ajeno, protegido por la Constitución como uno de los valores fundamentales de toda sociedad democrática, tiene el deber de informar de cualquier hecho de trascendencia social e interés informativo -y, repetimos, la catástrofe aérea del monte Oiz creemos que la tuvo- y solamente desde la perspectiva del ejercicio de este derecho se puede considerar la información publicada en «Diario 16» en relación con dicho accidente aéreo.

El derecho constitucional de difundir libremente información veraz cumple este requisito cuando la imputación, en principio constitutiva de intromisión ilegítima, se fundamenta en base a indicios de veracidad, debiendo añadirse que la crítica que a través del ejercicio del derecho de difusión e información se ejerce no debe confundirse con la difamación, sobre todo si se dirige a cumplimentar el derecho de los ciudadanos a un mejor conocimiento de la realidad social, puesto que la finalidad perseguida por el periodista autor de la información, así como por el medio de difusión, era la que la Constitución le atribuye como derecho fundamental, habiendo corroborado esta veracidad, puesto que tampoco se puede exigir al periodista que sea un perfecto malabarista en la confección de sus expresiones divulgadas, siempre que partan de datos reales y corroborables, como ha quedado suficientemente acreditado con los documentos que obran en autos y que no han sido contradichos ni impugnados en momento alguno por la parte actora. No cabe duda que en una información nos podemos encontrar con alguna expresión más o menos afortunada, pero hay que analizarla dentro del contexto de la información y sirviendo siempre al principio general del interés informativo del tema y en otros casos como pequeñas licencias periodísticas para hacer más asequible a los lectores un determinado tema.

Es cierto, y volvemos a la STC 104/1986, que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 como el límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución y no a la inversa, lo que podría interpretarse, como argumento en favor de aquél. Pero también lo es que las libertades del art. 20, como ya ha dicho el Tribunal Constitucional, no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre indisolublemente ligada con el pluralismo político y un requisito del funcionamiento del Estado democrático.

La libertad de expresión que tiene por objeto la noticia ha de estar revestida por dos requisitos: ser veraz, tal y como exige el art. 20 de la Constitución y tener trascendencia pública, extremos estos que se cumplen suficientemente en la información publicada. A este respecto consideramos de interés la Sentencia de fecha 8 de julio de 1986 dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se cuestiona en la misma el art. 10 del Convenio, el derecho a la libertad de expresión y la protección del honor.

En momento alguno podemos afirmar que la información publicada sea difamatoria, puesto que, con independencia de la veracidad de todo lo publicado, y en las concretas expresiones que de tal manera especial subraya la Sentencia recurrida, se trata de hacer con ellas una especie de semblanza del principal protagonista del accidente acaecido, comentando algunos particulares sobre el fallecido Comandante, que por su interés han de ser conocidos por los lectores.

En momento alguno se hace responsable al piloto del accidente aéreo, tal y como recoge la Sentencia recurrida en su fundamento jurídico señalado con el núm. 8, ni de que el accidente se debió a una patente irresponsabilidad del Comandante del avión siniestrado, que pilotaba la aeronave en condiciones anímicas y personales incompatibles con delicadeza de la función correspondiente -fundamento jurídico 2.º- y menos que a esa conclusión se llegue de una manera subliminal puesto que, repetimos, la información publicada en «Diario 16» es absolutamente veraz, y en ella, y sin que ello suponga imputación de clase alguna constitutiva de difamación, y en cualquier caso que un cierto margen de error, que en todo caso y en la información publicada no se ha producido, es admisible, y así lo reconoce expresamente la reciente STC 6/1988.

A continuación se hace en la demanda referencia a la doctrina del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en lo que se refiere a lo que allí se denomina asuntos públicos, concretando no solamente a los cargos elegidos, sino también a candidatos y no sólo a las conductas que conforman al ejercicio de la función, sino también comportamientos públicos y hombres públicos, puesto que, el Comandante Patiño no es un personaje público, aunque cobre carácter público al estar íntimamente relacionado con la catástrofe aérea, convirtiéndose en ese momento en un personaje del que se han de conocer determinadas circunstancias que en su normalidad actuativa no serían necesarias e incluso

podrían ser constitutivas de una intromisión en su intimidad. Desvelar determinadas situaciones en relación con su actividad profesional, y en su entorno una vez acaecido el accidente, y adquiriendo en función del mismo relevancia pública el Comandante de la nave, no puede ser en modo alguno, constitutivo de intromisión ilegítima en la intimidad del Comandante Patiño.

Por ello entienden los demandantes que la calificación de intromisión ilegítima que ha hecho la Sala Primera del Tribunal Supremo de la información publicada en «Diario 16» vulnera y limita el derecho a informar reconocido en el art. 20 de la Constitución así como el derecho a recibir información veraz, por lo que cabe contra dicha resolución el recurso de amparo constitucional.

b) Aplicar el criterio de responsabilidad solidaria establecida en el art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, extendiendo dicha responsabilidad no solamente al autor conocido, en este caso el periodista de «Diario 16», don Fernando Baeta, sino al director de la publicación don Pedro J. Ramírez, a la empresa propietaria y editora del periódico, y a la persona del editor don Juan Tomás de Salas, vulnera el derecho fundamental establecido en el art. 20 de la Constitución de comunicar información veraz por cualquier medio de difusión, ya que la extensión de esa responsabilidad civil solidaria, es incompatible en un sistema de libertades.

La Disposición derogatoria tercera de la Constitución Española establece en su apartado 3.º lo siguiente: «así mismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»

Esta Disposición tiene un alcance claro, cual es la derogación por ministerio de la Ley de todas las normas que regulan de manera distinta a la Constitución materias en la que sea directa en su aplicación esa norma constitucional, como son los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo Segundo, del Título 1, que conforme al art. 53.1 vinculan a todos los poderes públicos.

Es claro que cualquier norma preconstitucional, como reiteradamente viene reconociendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que regula los derechos fundamentales con inspiración o declaración de principios contrarios a la Constitución, o con un desarrollo insuficiente, se han de entender derogadas por incompatibilidad con la Carta Magna, y los Jueces y Tribunales no deben aplicarlas aunque no hayan sido expresamente derogadas.

La Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 está inspirada en principios recortadores de la libertad de expresión al estar fundamentada en Leyes políticas del anterior régimen que han sido expresamente derogadas por la Constitución. Por ello se encuentra en flagrante contradicción con los derechos consagrados en el art. 20 de la Constitución, pues no en vano ha sido elaborada al amparo de los Principios

Fundamentales del Movimiento Nacional, y así se recoge en su Exposición de Motivos al declarar: «Que al poner en vigor esta Ley -la Ley de Prensa e Imprenta- no se ha hecho otra cosa -y es justo proclamarlo así- que cumplir con los postulados y las directrices del Movimiento Nacional, tal y como han plasmado no sólo en el ya citado Fuero de 17 de julio de 1945 sino también en la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958». Es claro, que con independencia de su incompatibilidad con la libertad de expresión que consagra la Constitución, las dos Leyes Fundamentales anteriormente citadas y que constituyen los pilares -así se recoge expresamente- de la Ley de Prensa e Imprenta, han sido expresamente derogadas por la Disposición derogatoria de la tantas veces meritada Carta Magna.

Finalmente, y en orden a la no vigencia del art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta y en su consecuencia indebida aplicación que articulamos como motivo de casación, ha de añadir que los derechos relativos al honor, imagen e intimidad se hayan hoy regulados por la Ley de 5 de mayo de 1982, fuera va del Código Civil y de las normas generales de los arts. 1.902 y siguientes, y es claro que dicha Ley Orgánica, no solamente se establece la responsabilidad del autor, pues si el legislador hubiese querido concretar la responsabilidad solidaria, la hubiese establecido expresamente como el Real Decreto-ley 24/1977, de 1 de abril, en materia penal, sobre libertad de expresión afortunadamente derogada por la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, al concretar la responsabilidad penal solidaria de autor y director en su art. 6, y la responsabilidad solidaria de la empresa propietaria del medio informativo en su art. 7.

Es por ello que no se puede extender la responsabilidad civil con autor conocido a la persona del director ni editor propietario del periódico, que no controla la publicación diaria.

Tampoco es de aplicación al director el art. 1.902, puesto que el mismo no es empresa, todo ello con independencia de las facultades que dentro del periódico pueda desarrollar, puesto que se trata de un empleado, si se quiere cualificado, por su especial contrato, pero que no participa en los beneficios de la sociedad editora ni corre con el riesgo del negocio, elementos necesarios e imprescindibles que definen el riesgo del empresario, para poderle subsumir en la responsabilidad establecida en el art. 1.902 del Código Civil.

c) Entienden los recurrentes que también se vulnera el derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la Constitución de obtener la tutela efectiva de los Tribunales generando una indefensión por parte de mis representados.

Es claro que el autor es la única persona que ha de soportar la obligación jurídica, sin que pueda extenderse dicha obligación a otras personas, en este caso editor y director que no han tenido participación en el proceso de la información publicada, por lo que el

encontrarnos ante un autor conocido y firmante de la información, en este caso el periodista don Fernando Baeta, no pueden extender las responsabilidades por aplicación del art. 65 de la Ley de Prensa e Imprenta, o por aplicación del 1.902 del Código Civil en lo que se refiere al director, tal y como establece la Sentencia recurrida, a estas personas, generándose con dicha resolución una clara indefensión.

Pero es que además con la acumulación de acciones, en la que se encuentran demandadas personas y sociedades completamente distintas, que editan publicaciones perfectamente diferenciadas como son el diario «El País» y «Diario 16», se incurre igualmente en indefensión.

El hecho de acumular información publicada en el diario «El País» y «Diario 16», tal y como se realiza en el escrito de demanda, no cabe duda que tiene en el ánimo del juzgador incluso, un efecto multiplicador, porque con independencia de que gradúe la responsabilidad en cuanto a la cuantificación del daño, su comportamiento en la calificación de la intromisión ilegítima es distinto a si se hubieren tramitado en procedimientos distintos y diferenciados. Tan es así, que en la propia Sentencia recurrida en amparo de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y al rechazar los motivos casacionales de esta representación, se concreta en el fundamento jurídico señalado con el núm. 11, que las consideraciones por las que se rechaza el motivo segundo se encuentra en los fundamentos jurídicos 1.º y 2.º de la Sentencia, y al acudir a ellos, nos encontramos con que la única referencia a los hechos se contrae a expresiones publicadas en el diario «El País».

Por ello entendemos que la información que publican cada uno de los periódicos, hay que individualizarla, y por consiguiente ha de ser examinada y juzgada en procesos distintos.

En el suplico de la demanda se pide la nulidad de la Sentencia del Tribunal Supremo objeto del recurso así como las de la Audiencia Territorial de Madrid y del Juzgado de Primera Instancia núm. 26 de Madrid, a las que aquella se refiere.

4. Por providencia de 24 de octubre se admitió a trámite el recurso y, recibidas las actuaciones judiciales, se acordó, por providencia de 16 de enero de 1989, ponerlas de manifiesto a los recurrentes y al Ministerio Fiscal al objeto de que formularan, en el plazo común de veinte días, las alegaciones pertinentes.

5. La parte recurrente reiteró, en síntesis, las alegaciones ya expuestas en su escrito de demanda, suplicando que se tuviera por cumplimentado el trámite conferido.

El Ministerio Fiscal solicitó la denegación del amparo con fundamento en las consideraciones siguientes:

En lo relativo a la indefensión, hay que recordar que no toda situación procesal de indefensión tiene relevancia constitucional, pues ésta sólo se produce cuando el recurrente ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección de sus derechos, o cuando se ve privado de sus derechos de defensa. Ninguno de ambos supuestos concurre en autos, en que los solicitantes de amparo han podido ejercitar todos los medios de defensa que han estimado pertinentes.

Por otra parte, se observa en las resoluciones judiciales impugnadas una clara separación en cuanto al tratamiento de ambos grupos de demandados, pues se concretan las afirmaciones imputables a cada uno de ellos, La gravedad de las mismas, las consecuencias que deben acarrear a sus respectivos autores. Ninguna indefensión se aprecia, a juicio del Ministerio Fiscal.

En lo referente a la derogación del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, que decreta la responsabilidad civil solidaria del autor material del texto, el director de la publicación y la empresa editora, por la mera publicación del art. 20 de la Constitución, Lo cierto es que no puede mantenerse tal derogación:

- a) En cuanto al director, dado que tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico (art. 37 de la Ley de Prensa), derecho que efectivamente ejerce, lo que le convierte en responsable de lo que el medio de su dirección difunda.
- b) En cuanto a la empresa editora, pues es ella la que designa y remueve libremente al director (arts. 21 del Estatuto de la Profesión Periodística y 33 de la ley de Prensa). Nos encontramos ante un caso típico de culpa in eligendo.

Por otra parte, el propio tenor literal de la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, abona la responsabilidad de ambos. Su art. 9 dispone que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas se incluyen expresamente las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión, el reconocimiento del derecho a replicar y la condena a indemnizar los perjuicios causados. No cabría adoptar tales medidas si no se demandase al director y al editor, que, en su caso, serían quienes deberían soportar las consecuencias del cese inmediato de la publicación, de la inclusión de la réplica y de la difusión de la Sentencia. Si no fuesen demandados, no podrían ser condenados a tales medidas, so pena de incurrir en indefensión; pero es que, además, este Tribunal tiene ya resuelta, en tal sentido la cuestión que ahora se plantea en el Auto de 14 de noviembre de 1988, dictado en el recurso de amparo 554/88.

Más consistencia ofrece la alegada vulneración del art. 20.1 d) de la Constitución en el primero de los enumerados motivos de amparo, que se articula a través de diversas argumentaciones, examinadas a continuación.

En primer término se aduce la veracidad de la información publicada. Hay que observar que no existe en las actuaciones la más mínima corroboración de lo publicado. Por otra parte, no cabe duda de que nos encontramos ante una cuestión de hecho, en la que este Tribunal no debe entrar, por imperativo del art. 44.1 b) de su Ley Orgánica. Es a los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde determinar la veracidad o no de las informaciones publicadas. Y no puede negarse que se han producido al respecto:

a) La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia afirma que las informaciones son «en parte inveraces» (fundamento jurídico 9.º).

b) La Sentencia de apelación, tras enumerar las afirmaciones hechas por «Diario 16» sobre el Comandante Patiño, citadas en los antecedentes de hecho de este informe, añade en su fundamento jurídico 10, in fine.

«El conjunto de aquellas expresiones comporta igualmente el mensaje subliminal de que sólo a la temeraria irreflexión del Comandante cabría atribuir un gravísimo accidente cuyas causas eran objeto de una investigación que, en el momento de publicarse la frases citadas, se encontraba sub iudice, y de cuyo contenido no hay dato alguno en estas actuaciones, sin que siquiera exista constancia por notoriedad de que las conclusiones de la investigación, tanto penal como técnica, del accidente -caso de haberse alcanzado- se hayan hecho públicas con posterioridad.»

c) La Sentencia de casación se remite en este punto a las manifestaciones efectuadas al rechazar el recurso del diario «El País», afirmando al respecto:

«No se trata, por tanto, de meras presunciones, sino de resultancias directas extraídas de la propia lectura de referidas publicaciones por el juzgador tanto de instancia como de apelación de los citados artículos; e insistiendo una vez mas en que el eje de la cuestión debatida no se encuentra en la existencia del derecho fundamental a la libertad de información y percepción d) información veraz, sino a la forma en que la publicación se hace o la información se presenta al público en general.»

La consecuencia de lo transcrito es que las Sentencias impugnadas, sin perjuicio de hacer otras afirmaciones, declaran que la información no es veraz, y por tanto no puede verse amparada por el art. 20.1 d) del Texto constitucional. Ello debe predicarse exclusivamente de los hechos y datos narrados, que son el objeto de la libertad de información, como este Tribunal tiene reiteradamente declarado (por todas, STC 107/1988). Las opiniones y juicios de valor no se ven amparados por el art. 20.1 d), que es el aquí invocado, sino por el

20.1 a), que consagra la libertad de expresión. Respecto de los mismos no cabe el juicio de veracidad, sino que su eficacia frente al derecho al honor deriva de otras circunstancias. Citando a la mencionada Sentencia, se puede concluir que:

«aparecerán desprovistas de valor de causa de justificación las frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.»

Ello nos obliga a examinar las concretas frases que han motivado la condena por intromisión ilegítima. Al respecto, la Sentencia de apelación citada menciona expresamente que «era un maleducado y grosero», «bebía demasiado para un Comandante de líneas aéreas», llegando a la conclusión de que «no llevó a cabo la maniobra de aproximación de forma correcta». Tales expresiones no pueden considerarse hechos, sino meras opiniones del periódico, que, a juicio del Ministerio Fiscal, resultan formalmente injuriosas, en tanto en cuanto no pueden dejar de hacer desmerecer en la consideración ajena a su destinatario (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982).

La demanda aduce que nos encontramos ante una situación de conflicto entre el derecho al honor y la libertad de información, y que en tales circunstancias debe prevalecer la segunda, aportando al respecto abundante cita de este Tribunal. Tampoco en este aspecto está de acuerdo el Ministerio Fiscal. La eficacia irradiante de las libertades del art. 20.1 y su valor prevalente son predicables siempre que nos encontremos dentro del ámbito de tales libertades. Y ello no sucede en este caso con la libertad de información -pues los datos aportados eran en parte inveraces- ni con la expresión -pues existen frases formalmente injuriosas-. En consecuencia, se han traspasado los límites de tales libertades, y no pueden aducirse como causas excluyentes de la antijuricidad. No se olvide que en materia penal tal eximente se formula como el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (art. 8.11 del Código Penal). El ejercicio deja de ser legítimo si es excesivo, traspasando los límites que estos derechos, como todos los demás, poseen.

La demanda critica repetidamente las afirmaciones en que los órganos judiciales basan su declaración de intromisión ilegítima. No sobra transcribir el inicio del fundamento jurídico 10 de la Sentencia de apelación:

«La literalidad de tales expresiones evidencia la intromisión ilegítima que las mismas suponen en el ámbito del honor y de la intimidad personal del Comandante Patiño, y ello sin perjuicio de que el conjunto de aquéllas comporta igualmente el mensaje subliminal de que sólo a la temeraria irreflexión del comandante cabía atribuir un gravísimo accidente...»

En realidad la mencionada Sentencia no está haciendo otra cosa sino intentar «distinguir radicalmente entre información de hechos y valoración de conductas personales y, sobre esta base, excluir del ámbito justificador de dicha libertad (de información) las

afirmaciones vejatorias para el fin de la formación de la opinión pública en atención al cual se garantiza constitucionalmente su ejercicio.»

La existencia de intromisión ilegítima se halla, pues, efectuada de acuerdo con la doctrina de este Tribunal.

Tampoco el carácter público que adquirió el Comandante del avión siniestrado como consecuencia del accidente es pasado por alto por las Sentencias impugnadas. Así, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su fundamento jurídico 10, afirma el hecho de que «el piloto del avión es noticia», aunque a continuación insiste en que «una cosa es la noticia y otra la forma de comunicarla».

Las anteriores consideraciones llevan al Ministerio Fiscal a la conclusión de que ponderación entre los derechos del art. 18.1 y las libertades del 20.1 de la Constitución está correctamente efectuada por las Sentencias impugnadas, y que por tanto, el amparo no debe prosperar.

6. El 14 de junio de 1990 el Procurador don Fernando Julio Herrera González, en nombre y representación de don José Luis Patiño Cobián y doña Cristina Patiño Cobián, presentó escrito en el que pidió la nulidad de todo lo actuado a partir del emplazamiento de sus representados, por haber sido éste realizado en Procurador que no ostentaba ya la representación de los mismos. Dicho escrito fue proveído el 18 de junio en el sentido de denegarse la nulidad solicitada y tenerse por personados a los referidos don José Luis Patiño Cobián y doña Cristina Patiño Cobián, otorgándoles el plazo de quince días para formular las alegaciones que estimasen pertinentes.

El 5 de julio siguiente, dichos personados presentaron sus alegaciones, suplicando Sentencia denegatoria del amparo con condena de costas a los recurrentes y aduciendo, esencialmente, en su fundamento los siguientes razonamientos.

Los recurrentes articulan una pretendida doctrina, ya casi tópica, de que la libertad de información prevalece sobre cualquier otro derecho fundamental, porque les protege de cualquier injerencia de los poderes públicos e incluso de la propia ley que intente limitarla más allá de la Constitución. Sin embargo, en el propio recurso de casación, el recurrente reconoce que en el reportaje publicado, objeto de la controversia, hay expresiones que pueden ser «más o menos afortunadas» y que la información es «esencialmente veraz», con independencia de algunas «licencias periodísticas», y en este recurso afirma que «la utilización de un "vocabulario enérgico" puede ser el medio de expresar la repulsa a una conducta especial, que sólo debe limitarse si los términos empleados son desmesurados en relación a la legítima finalidad de la crítica que se pretende». Evidentemente es una cuestión de sensibilidad o de desenfoco del concepto de libertad de información, pues calificar con tan ambiguas expresiones las agresiones verbales vertidas por el periódico

acerca del Comandante Patiño, parecen una triste burla. La libertad de expresión, que el propio Tribunal Constitucional declara no ser un derecho absoluto, está sumamente protegida como un derecho fundamentalísimo entre los fundamentales, pero no hasta el punto de dar cobijo a cualquier exabrupto, y así lo vienen admitiendo la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, el Convenio de Roma, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, la propia Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y definitivamente el Tribunal Constitucional cuando dice que no existen derechos ilimitados; y este es un caso en el que el ejercicio del derecho a la información se ha extralimitado. Sólo a título de muestra citaremos algunos ejemplos, cuando el «Diario 16», recién acaecida la catástrofe aérea y con el corazón sobrecogido de los lectores, se atreve a decir del Comandante Patiño cosas como estas: «era un cachondo mental», «era mal educado y grosero», «bebía demasiado para Comandante de vuelo», «su forma de mirar a las azafatas...», «vivía con una azafata que está embarazada de siete meses...», «la cerveza y algunos problemas económicos le llevaban de cabeza», «vapuleó a un compañero», y finalmente como remate al ejercicio de dicho derecho fundamental afirmaba que «casi con toda seguridad que ningún ramalazo de nobleza le salió a flote en el último vuelo de su vida».

Ciertamente se puede tener endurecida la sensibilidad para leer estas expresiones, en el contexto y en el ambiente de aquellas jornadas, sin inmutarse; pero lo cierto es que la generalidad de las personas reaccionaron en términos condenatorios, porque esas frases vertidas y muchas más, además de constituir una grave intromisión ilegítima en el honor y la intimidad de aquel hombre, conducían a la conclusión consciente o subliminal de que era el culpable. Fue condenado de antemano por «Diario 16» por el accidente y además vituperado y descalificado como ser humano.

No vamos a entrar, como no lo ha hecho la Sentencia recurrida, en la veracidad o no de aquellas calificaciones, aunque nos consta que la mayor parte no eran ciertas y así se hizo constar en la primera instancia y en apelación, pero eso no parece importarle demasiado al responsable del periódico, porque según dice no se puede exigir al periodista que sea «un perfecto malabarista» en la confección de sus expresiones, siempre que los datos sean reales y por eso habla de licencias periodísticas y de «expresiones más o menos afortunadas»: para los responsables de la publicación sólo existe una aproximación a la verdad y que la noticia tenga interés social. Es toda una doctrina que si así se consolidase podría representar una amenaza social de tal naturaleza que concluiría en una auténtica anarquía verbal. Ya vemos a diario ciertas actitudes de los profesionales del periodismo, que por su propia profesionalidad son más responsables por lo que dicen, que desafían sutil o descaradamente a los poderes públicos con actitudes insolentes, sin duda amparadas en el bien llamado «cuarto poder», que está adquiriendo como tal caracteres de poder absoluto.

Todo ciudadano responsable en una sociedad democrática tiene que admitir que la doctrina que el Tribunal Constitucional va elaborando en torno a ese derecho constitucional, como garantía de la libertad política fundamental de la opinión pública, ligada al pluralismo político, esencial en un estado democrático, es una doctrina acertada en cuanto que trata de proteger los derechos fundamentales de la mayoría frente a ciertos derechos individuales, también fundamentales. Así, en la colisión que se produce entre ambos, se hace prevalecer a menudo el derecho a la información veraz, pero no siempre, precisamente porque no es ilimitado. Esta protección confiere una gran seguridad a los responsables de difundir la información, y esta seguridad se traduce inevitablemente en una mayor libertad de información, que a su vez fortalece la seguridad y acrecienta la libertad, y así sucesivamente. Es un proceso humano natural, que ha de tener un límite, y ese límite lo imponen las leyes, cuya interpretación en última instancia, asume el Tribunal Constitucional, en una muy difícil y delicada labor de adaptación a las circunstancias socio-políticas, en continua evolución, y de protección a las libertades fundamentales de la mayoría, que como todas las libertades tienen un impulso natural a ser ilimitadas.

Hay que advertir, escrupulosamente en este caso, que el Comandante Patiño cualquiera que fuese su vida privada, tenía derecho a que fuese respetada, puesto que no era un hombre público, ni política, ni social, ni culturalmente, sino únicamente un buen piloto profesional sujeto, como todo el mundo, a los avatares de la vida, a sus grandezas y a sus miserias, el hecho de verse tristemente implicado en esa catástrofe, de la que aún no se ha determinado definitivamente la causa ni la responsabilidad, no lo convierte en un personaje público del que se pueda hablar sin decoro, burlando las barreras que él mismo trataba de mantener en torno a su intimidad. La mención de su nombre debió ser estrictamente objetiva y prácticamente limitada a la función que desempeñaba, dejando para los Tribunales y las comisiones técnicas las calificaciones o descalificaciones profesionales, pero en ningún caso las de carácter humano. Ni los Tribunales ni las comisiones técnicas de investigación vierten expresiones como las que hemos leído. Ese terreno escabroso parece reservado a los medios de información. Uno se pregunta con qué derecho irrumpieron los recurrentes en la vida privada del Comandante, haciendo del trágico acontecimiento una especie de novela por entregas en la que el Comandante Patiño resultase un personaje agresivo, frívolo e irresponsable.

Niega sistemáticamente el recurrente que la información publicada fuese difamatoria, pues solo trataba de hacer una especie de semblanza del principal protagonista del accidente, ni que pretendiese desacreditar su Memoria ni hacerle responsable del accidente. De ser cierto lo que dice, habría que pensarse que los responsables de la publicación son unos perfectos ineptos, cosa que nos negamos a aceptar, conociendo su categoría profesional. Por el contrario, las frases vertidas fueron claramente difamatorias, y con ese tipo de frases no se hacen semblanzas, ni tampoco el Comandante era el principal protagonista. Precisamente en aquel momento se contemplaba muy seriamente, y aún no ha quedado del todo

descartada, la hipótesis de un acto de terrorismo, como también el hecho demostrado de la enorme deficiencia de los elementos técnicos empleados en aquel aeropuerto y la imperfección de las cartas de navegación.

Finalmente, el recurrente se trata de justificar apoyándose en la afirmación de que la verdad es sólo verdad en lo substancial y sólo es exigible la aproximación razonable a la misma y añade que la inexactitud es irrelevante si el dislate no lleva a engaño al destinatario de la información. También en el recurso de casación insistía en la veracidad de las fuentes, con independencia de que puedan o no corresponder a la realidad. Evidentemente, es una postura cómoda y relajada desde la óptica del informador.

En esta ocasión hubo inexactitudes y fueron relevantes, pues condujo al engaño de la opinión pública, confundiéndola, como antes hemos dicho, con descrédito y grave lesión a la memoria del Comandante Patiño. Además la filosofía desarrollada en el párrafo anterior por el recurrente, empleada a rienda suelta, le ha conducido al empleo de expresiones no solamente difamatorias y ultrajantes, sino lamentablemente innecesarias e inútiles para informar adecuada y puntualmente a la opinión pública, y esto se dice sin ningún ánimo de interferirse en la función periodística de cada cual. En todo caso fue así y así lo apreciaron los jueces y magistrados de las tres instancias por quienes el pleito fue pasando.

En nuestro ordenamiento jurídico no se ha derogado el art. 65 de la vigente Ley de Prensa e Imprenta, ni expresa ni tácitamente, que continúa plenamente en vigor, y sin embargo se ha suprimido el secuestro administrativo y la censura previa, remitiendo a los Tribunales el control de los abusos en materia de información, con lo que se pretende tratar a los medios informativos como mayores de edad, y como tal conducirse en el ejercicio profesional del derecho a informar.

Por eso, cuando los términos insultantes o insidiosos empleados como en este caso, conducen a la manipulación y consiguiente deformación de la opinión pública, los que son merecedores del amparo constitucional no son los medios de información, sino aparte de las víctimas finales del ultraje, los destinatarios de la información, pues al reconocerles el art. 20.1 de la Constitución el derecho a recibir información veraz, si ésta les llega manipulada o deformada, su derecho fundamental es igualmente lesionado y merecen el amparo constitucional. Es este derecho tan prevalente sobre el del medio, que le da su razón de ser y de él trae causa. Y así lo ha entendido el gobierno de país de tan vieja tradición democrática como Inglaterra cuando recientemente ha emitido un informe con recomendaciones para proteger a la opinión pública de los excesos de la prensa, con la posibilidad de su elevación a la categoría de Ley.

Por lo que respecta al segundo motivo, referido al principio de solidaridad del art. 65 de la vigente Ley de Prensa e Imprenta, entiende el recurrente que vulnera el art. 20 de la

Constitución, el derecho a comunicar información veraz, y lanza un ataque contra dicho art. 65 por haberse originado en una época en que las libertades políticas en general se hallaban restringidas y concluye que dicho artículo ha quedado derogado por la disposición derogatoria tercera de la Constitución. Sin embargo es mas cierto, como ya se ha dicho en las alegaciones anteriores, que dicho artículo no ha sido derogado, aunque lo hayan sido otros de la Ley de Prensa.

A pesar del tiempo transcurrido y de la evolución política en este país, dicho artículo sigue en vigor y por ello se aplica y no pugna con el derecho a comunicar información veraz.

El tercer motivo, relacionado con el anterior, impugna la acumulación de las acciones contra el recurrente y contra los responsables del diario «El País», creando según dice situación de indefensión, y habla de un supuesto efecto multiplicador y asegura que el comportamiento del juzgador seria distinto a si se hubieran tramitado por separado. En apoyo de esta tesis vuelve a incidir en el argumento malicioso y a la vez ingenuo, examinado al comienzo de las alegaciones del primer motivo , pues trata de extraer de las palabras de la Sentencia recurrida en el fundamento 11 la absurda conclusión de que la Sala sentenciadora atribuye al «Diario 16» una frase publicada en «El País», a pesar de la claridad con que en la Sentencia se le atribuye expresa y exclusivamente a «El País». El hecho de decir la Sentencia que determinados motivos de casación de ambos periódicos, en sus respectivos recursos, tienen análogo entronque formal y documentario, siendo de aplicación a ambos las mismas fundamentaciones jurídicas , no le da derecho al recurrente a extraer tan torpe conclusión.

7. El 5 de julio se dictó providencia señalando el día 16 del mismo mes para deliberación y votación del recurso, quedando concluida en el día de la fecha.

II. Fundamentos jurídicos

1. Para evitar el confusionismo que pudiera producir la gran similitud que existe entre este recurso de amparo y el sustanciado con el núm. 784/1988, resulta obligado hacer unas precisiones previas que nos permitan situar a cada uno-de esos recursos en el lugar que respectivamente les corresponde, estableciendo las consecuencias que, en orden a su resolución, se derivan de esa similitud o semejanza.

Los periódicos «El País» y «Diario 16» publicaron información sobre un accidente aéreo ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica (Bilbao), que ocasionó el fallecimiento de 148 personas y, entre ellas, el del Comandante de vuelo del avión siniestrado, don José Luis Patiño Arróspide: informaciones que motivaron la interposición, por los hijos de éste, de demanda civil de protección de los derechos al honor y a la intimidad personal de su padre , en la que acumularon dos acciones dirigidas, una,

contra el Director y Editor de «El País», y otra, contra el Director y Editores de «Diario 16».

Estimadas las dos acciones con resultado de condena separada para cada uno de los referidos grupos demandados, se interpusieron, por cada uno de éstos, los correspondientes recursos de casación, que fueron desestimados por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1988.

Esta Sentencia constituye el objeto de los dos recursos de amparo mencionado, el 784/88, promovido por el Director y Editor de «El País», y el presente 803/88, interpuesto por el Director y Editores de «Diario 16». En ambos recursos se solicita amparo de los mismos derechos fundamentales -derecho de información y derecho a la tutela judicial- y sus fundamentaciones jurídicas son sustancialmente iguales -vulneración del derecho de información por los dos motivos de no haberse tenido en cuenta por la jurisdicción la veracidad de la información y haberse declarado una responsabilidad solidaria del Director y Editores que es incompatible con el sistema de libertad de información que consagra la Constitución y vulneración del derecho a la tutela judicial por acumularse en un único proceso dos acciones que debieron ser resueltas en procesos separados-.

Existe identidad total en los problemas relativos a la responsabilidad solidaria y a la acumulación de acciones, que son problemas de orden teórico en el que no intervienen datos de hecho que pudieran alterar su sustancial identidad, pero no ocurre lo mismo con el problema que se suscita en relación con la fuerza legitimadora de la veracidad de la información, puesto que este problema nos sitúa de lleno en el alcance de la prevalencia del derecho de información sobre los derechos al honor y a la intimidad de las personas y ello entraña un juicio ponderativo de los derechos en conflicto, en el que resulta decisivo, en cada caso concreto, atender al contenido de la información a fin de establecer si reúne o no las condiciones de licitud constitucional que le son exigibles para que el derecho merezca la protección privilegiada que le corresponde.

Cada información periodística constituye un acto individual de ejercicio del derecho de libertad de información que debe ser objeto del tratamiento jurídico que le corresponda, de acuerdo con las expresiones, afirmaciones o valoraciones que en la misma se contengan y el grado de cumplimiento de las reglas de veracidad e interés general que lo rigen, lo cual nos conduce a que, en este aspecto, los recursos de amparo de «El País» y «Diario 16» deben ser resueltos con total independencia y con sujeción a la singularidad incomunible que caracterice a cada una de las informaciones publicadas en los mismos, si bien los criterios generales aplicables, como es obvio, tengan que ser, para ambas, los mismos que ya hemos establecido en anteriores resoluciones (SSTC 6/1981, 12/1982, 105/1983, 13/1985, 51/1985, 104/1986, 165/1987, 6/1988, 107/1988, 51/1989, 121/1989, 20/1989, 20/1990 y 105/1990, entre otras).

2. En la demanda de amparo se sostiene la tesis de que la veracidad de la información justifica, en todo caso, las intromisiones que ésta haya ocasionado en los derechos al honor y a la intimidad de las personas, pero tal tesis no es aceptable en los términos absolutos en que se formula, sino que requiere matizaciones de diverso orden.

Según reiterada doctrina constitucional, las libertades del art. 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es un valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático. Esta excepcional trascendencia otorga a las expresadas libertades un valor de derecho prevalente sobre los derechos de la personalidad garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, en los que no concurre esa dimensión de garantía de la opinión pública libre y del principio de legitimidad democrática.

Tal valor preferente, sin embargo, no puede configurarse como absoluto, puesto que, si viene reconocido como fundamento de la opinión pública, solamente puede legitimar las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales cuando tales informaciones guarden congruencia con esa finalidad, es decir, cuando resulten relevantes para la formación de la opinión pública sobre asuntos de interés general y no lleven la intromisión en la intimidad o el honor de otros más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad.

De ello se deriva que la legitimidad de las intromisiones en el honor e intimidad personal requiere, no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, puesto que, de otra forma, el derecho de información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, atentar sin límite alguno y con abuso de derecho al honor y a la intimidad de las personas, con afirmaciones, expresiones o valoraciones que resulten injustificadas por carecer de valor alguno en relación con el interés general del asunto.

El efecto legitimador del derecho de información, que se deriva de su valor plúicrente, requiere, por consiguiente, no sólo que la información sea veraz -requisito necesario directamente exigido por la propia Constitución, pero no suficiente-, sino que la información tenga relevancia pública, lo cual conlleva que la información veraz que carece de ella no prevalece frente al derecho al honor o a la intimidad.

El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades

que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos.

3. Por otro lado, la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad.

En relación con ello, debemos, en primer término, establecer que la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúan con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, comportándose de manera negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas.

En este punto, debemos añadir que el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o inveracidad, en cuanto que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que está ejerciendo el derecho a informar, y, por tanto, aquel al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aun procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable y resulten después ser lesivas del derecho al honor o a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiera desplegado esa diligencia, que, a tal efecto, exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información.

Entendido así el requisito de la veracidad, es de especial importancia distinguir entre pensamientos, ideas, opiniones y juicios de valor, de un lado, y hechos, del otro, puesto que tal distinción delimita teóricamente el respectivo contenido de los derechos de libre expresión y de información, siendo propio de este último la recepción y comunicación de hechos.

Ocurre, sin embargo, que en la práctica es frecuente y normal que en la información se incluyan elementos valorativos que no llegan a desnaturalizar el derecho a la información, siempre que el elemento preponderante de lo comunicado sea el informativo, debiéndose a este respecto señalar que la valoración de los hechos constituye también un elemento fundamental del derecho de información, en el que se incluye la actitud crítica, incluso enérgica o áspera, siempre que los términos en que se exteriorice no sean desmesurados o desproporcionados con la finalidad de oposición o repulsa que la misma pretende, no siendo, por ello, exigible que las informaciones difundidas por los medios de comunicación social, que no se limiten al simple comunicado de noticias, sean neutrales o estrictamente objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial de la sociedad democrática, dejando reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables.

Esta mezcla de descripción de hechos y opiniones, que ordinariamente se produce en las informaciones, determina que la veracidad despliegue sus efectos legitimadores en relación con los hechos, pero no respecto de las opiniones que los acompañen o valoraciones que de los mismos se hagan, puesto que las opiniones, creencias personales o juicios de valor no son susceptibles de verificación y ello determina que el ámbito de protección del derecho de información quede delimitado, respecto de esos elementos valorativos, por la ausencia de expresiones injuriosas, que resulten innecesarias para el juicio crítico, careciendo de sentido alguno introducir, en tales supuestos, el elemento de veracidad, puesto que, en todo caso, las expresiones literalmente vejatorias o insultantes quedan siempre fuera del ámbito protector del derecho de información.

También merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad, según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa.

4. La aplicación al caso aquí debatido de la doctrina que dejamos expuesta nos conduce a rechazar el primer motivo en que se fundamenta la pretensión de amparo del derecho de información.

En el fundamento décimo de la Sentencia de apelación y en relación con los aquí solicitantes de amparo se declara probado que «el periódico "Diario 16", en su número correspondiente al día 23 de febrero de 1985 y bajo el titular: "El último vuelo del Comandante Patiño", publicó una semblanza personal de dicho Comandante en la que, invocando fuentes informativas no precisadas y aun reconociendo que era un gran piloto, se dedicaban al mismo frases tales como "era un cachondo mental", "era mal educado y grosero", "bebía demasiado para un Comandante de líneas aéreas que tiene que volar cada cuatro días, vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses", "la cerveza y algunos problemas económicos llevaban últimamente de cabeza a este hombre", "vapuleó a un compañero que no secundó el paro y se enfrentó a un pasajero agarrándolo por las solapas": afirmando dicho diario, en su número correspondiente al día 24 de dicho mes y año, que los restos del Comandante Patiño estaban siendo analizados para descubrir si hay en ellos "huellas de alcohol y si el grado de alcoholismo, en caso de que exista, era superior al permitido" e insistiendo en la "enorme pasión por la cerveza" del Comandante fallecido, para llegar a la conclusión de que dicho Comandante "no llevó a cabo la maniobra de aproximación de forma correcta"».

Es indudable que un accidente aéreo, de las trágicas consecuencias que tuvo el ocurrido el 19 de febrero de 1985 en las proximidades del aeropuerto de Sondica, es un hecho de relevancia pública y que su comunicación a la opinión pública autoriza, según la técnica periodística, a incluir en ella consideraciones sobre la personalidad del piloto y sobre las posibles causas del accidente, sin que errores circunstanciales que en la misma puedan haberse cometido conlleven quebrantamiento del deber de veracidad, siempre que no afecten a la esencia de lo informado, y, en tal sentido, puede aceptarse que la declaración de inveracidad parcial que hace la jurisdicción ordinaria en relación con los hechos y circunstancias del enfrentamiento personal que pudo haber tenido, según la información, con un compañero de profesión y con un pasajero no alcanza importancia suficiente para privar a dicha información de protección constitucional.

Pero también es indudable que, aun admitiéndolo así, la información, al margen de su veracidad o falsedad, lesionó de manera ilegítima el honor y la intimidad personal del piloto fallecido, puesto que, en el juicio que se hace sobre su personalidad, cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información.

Apreciado en el contexto global de la información transmitida, debemos considerar constitucionalmente irreprochable el criterio del órgano judicial de incluir entre las expresiones que, por su literalidad, califica de intromisión ilegítima en el honor del Comandante Patiño, las de «cachondo mental» y «mal educado» grosero», puesto que exteriorizan un juicio personal del informador a cuya consideración judicial de formalmente vejatorias, ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas, nada tiene que objetar este Tribunal y tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto de la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, «vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses», puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, tanto más cuanto que se trate de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto.

Por lo tanto, dichas expresiones y esa afirmación son exteriorizaciones comunicativas que, por su ausencia de relevancia pública, un sacrificio innecesario del honor e intimidad de una persona que no encuentra justificación en el valor preferente de la libertad de opinión y de información, por tanto, lesionan gratuitamente el derecho al honor e intimidad de la persona a la que se refieren (art. 18.1 de la Constitución y art. 7.3 y 7 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo).

Procede, por todo ello, concluir que la jurisdicción civil ha realizado una ponderación de las circunstancias concurrentes al caso concreto, que este Tribunal, con independencia de las expresiones utilizadas al exteriorizarlo, no puede menos de declarar correcto y adecuado a la respectiva protección que merecen los derechos en conflicto, en cuanto aprecia que la intromisión en el honor e intimidad producida por la información publicada por «Diario 16» es ilegítima por haber sido ocasionado en ejercicio abusivo y desproporcionado del derecho de información.

A tal efecto, procede señalar que la función de este Tribunal Constitucional en los recursos de amparo interpuestos a consecuencia de conflicto entre el derecho de información y los derechos al honor y a la intimidad consiste en determinar si la ponderación judicial de los derechos en colisión ha sido realizada de acuerdo con el valor que corresponde a cada uno de ellos y, en caso de llegar a una conclusión afirmativa, confirmar la resolución judicial, aunque ésta venga fundada en criterios y razonamientos no aceptables, puesto que lo

decisivo no es que la motivación de la resolución judicial sea o no acertada, sino que el ejercicio del derecho de información haya sido o no legítimo, aunque para llegar a la conclusión que corresponda sea preciso utilizar criterios distintos de los utilizados por la jurisdicción ordinaria, que no vinculan a este Tribunal, ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de la Sentencia judicial.

5. El segundo motivo de la pretensión de amparo del derecho de información se funda en que la jurisdicción ha dado aplicación a lo dispuesto en el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, alegándose frente a ello que este precepto legal establece una responsabilidad solidaria de los «autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores» que es incompatible con el derecho fundamental reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución, razón por la cual debe estimarse derogado por su disposición derogatoria tercera.

Tampoco este motivo es aceptable, porque la responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora se justifica en la culpa del director o del editor, dado que ninguno de ellos son ajenos al contenido de la información y opinión que el periódico difunde.

El director tiene el derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico (art. 37 de la Ley citada), sin que ese derecho sea identificable con el concepto de censura previa prohibida por el art. 20.2 de la Constitución, y ello hace evidente que exigirle responsabilidad civil por las lesiones que puedan derivarse de las informaciones publicadas en el periódico que dirige en nada vulnera el derecho de libre información, puesto que este derecho también se ejercita desde la dirección del medio periodístico y, por tanto, no puede quedar al margen de la reparación de los daños que su ejercicio incorrecto o abusivo ocasione a tercero, y lo mismo cabe afirmar de la empresa editora, ya que a ella corresponde la libre designación del director (art. 40.1 de la misma Ley de Prensa e Imprenta).

En consecuencia, la aplicación del art. 65.2 de esta Ley no es incompatible con el derecho de libre información, puesto que este precepto es pieza legal destinada a garantizar la efectiva restitución del honor e intimidad de las personas, bienes jurídicos también amparados por la Constitución, que resulten ilícitamente vulnerados por informaciones periodísticas vejatorias, difundidas fuera del ámbito protector del derecho de información.

6. Por último, se alega que la tramitación y resolución en un mismo proceso civil de dos acciones dirigidas contra distintas empresas periodísticas vulnera el derecho a la tutela judicial, reconocido en el art. 24.1 de la Constitución, en cuanto que la acumulación de

acciones produce en el ánimo del juzgador un efecto multiplicador que, en definitiva, redundará en indefensión de los demandados.

Es cierto que el ejercicio acumulado de dos acciones civiles, dirigidas contra dos diferentes empresas periodísticas para exigirles la responsabilidad civil en que pudieran haber incurrido con ocasión de la difusión de informaciones de distinto contenido, puede producir disgusto o sensación de incomodidad en los órganos rectores de cada uno de los medios periodísticos demandados, cuyo interés en evitar que la opinión pública confunda sus respectivas imágenes y líneas de opinión es evidente, pero también lo es que ese disgusto o precaución carece de suficiente trascendencia jurídica para elevar la acumulación de acciones, en sí misma considerada, a la categoría de acto vulnerador del derecho a la tutela judicial por originar indefensión.

La acumulación de acciones es una facultad que las leyes procesales conceden al demandante y su procedencia es un tema de legalidad ordinaria en el que este Tribunal no puede entrar, a no ser que la acumulación haya creado un confusionismo procesal que hubiese impedido a las partes demandadas ejercer plenamente su derecho de defensa.

En el caso presente, la alegación de que tal resultado se haya producido carece en absoluto de fundamento y bien puede catalogarse de simple alegación teórica, puesto que, aparte de existir entre las acciones acumuladas evidentes puntos de conexión que permitieron a la jurisdicción aceptar la acumulación en decisión legalmente irrevisable en esta sede constitucional, no se aprecia el más mínimo indicio de que esa acumulación hubiera introducido en la defensa de cada uno de los dos grupos demandados germen alguno de desorientación o confusión procesal. En la demanda se concretan, de manera singularizada, los antecedentes fácticos y fundamentos jurídicos de las dos acciones acumuladas, se identifican los respectivos demandados con la debida separación y no se confunden las responsabilidades exigidas a los mismos y en las diversas instancias judiciales del proceso se resuelven las acciones con una clara y expresa separación, individualizándose la responsabilidad que a cada grupo de demandados se impone, hasta el punto de que se fija en cuantías distintas, sin que en ninguna fase del proceso aparezca que haya limitado u obstaculizado el despliegue defensivo que cada uno de esos dos grupos demandados han considerado oportuno o conveniente oponer a la acción contra ellos dirigida.

Por consiguiente, los demandantes del proceso civil han ejercitado una facultad que le confieren las leyes y sus consecuencias procesales no han causado a los aquí demandantes de amparo resultado alguno de indefensión.

F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACION ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don Pedro J. Ramírez Codina, don Juan Tomás de Salas Castellano, don Fernando Baeta Gil y la «Sociedad Anónima Información y Prensa» y en su consecuencia acordar la finalización de la pieza separada de suspensión por devenir innecesaria su resolución.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a doce de noviembre de mil novecientos noventa.