

---

# LÍMITES INTERNOS DEL DERECHO A INFORMAR

PILAR ÁLVAREZ Y CAROLINA ROCHA

*“La prensa es la artillería de la libertad”*  
Hans Christian Andersen

## I. El derecho a informar en una sociedad democrática

La carta de presentación del sistema democrático de gobierno ha sido su idoneidad para garantizar el ejercicio de la libertad. A estos efectos, como elocuentemente expresa Christian Andersen, se ha valido de la protección de la prensa como una herramienta crucial, puesto que resulta imposible concebir una ciudadanía cabal en un sistema en el cual tanto la divulgación como el acceso a la información se encuentran restringidos.

Evidencia clara de esta preocupación del legislador es la abundancia de normas que tienen por objeto específico permitir a los medios de comunicación el efectivo ejercicio de su derecho a informar. Desde nuestro texto constitucional, extendiendo y especificando las garantías genéricas de los artículos 7 y 72 de la Constitución, el artículo 29<sup>1</sup> de la Carta hace hincapié en la libertad de la que gozan quienes comunican pensamientos a través de cualquier forma de divulgación, determinando expresamente que dicha actividad no es susceptible de censura o restricciones previas. Ante la evidente insuficiencia de esta disposición, ya en el año 1935 se promulgó la Ley 9.840, primer antecedente de la regulación legislativa actual de la libertad de prensa. Ésta fue derogada en el año 1984, aun en tiempos de dictadura, por la denominada “Ley de Prensa”, el Decreto Ley 15.672, que contenía la primera consagración del derecho de respuesta. Con el advenimiento de la democracia, y como resulta apropiado al momento de reinstituir un régimen político garantista y contemplativo de las libertades políticas, el Decreto Ley hasta entonces vigente es derogado por medio de la sanción de la Ley 16.099, de 3 de noviembre de 1989. En lo sustancial, dicha norma mantiene su vigencia en la actualidad, aunque con las modificaciones introducidas por la Ley 18.515, de 26 de junio de 2009, comprendiendo una reiteración de las garantías constitucionales contrarias a la censura previa, la minuciosa regulación actual del derecho de respuesta, y la tipificación de los delitos penales imputables por abuso de las libertades concedidas a los medios de comunicación.

La mayor modificación introducida por la Ley 18.515, cual fuera señalada como su motivación, fue incorporar a la normativa vigente sobre información y comunicación la normativa supranacional, así como las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De esta forma, en materia de derecho a informar se logra zanjar la persistente discusión sobre la cabida de la normativa internacional en el ordenamiento nacional, en particular del artículo 13 de la Convención Americana de

---

1 Artículo 29.- Es enteramente libre en toda materia la comunicación de pensamientos por palabras, escritos privados o publicados en la prensa, o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren.

Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Ley 15.735), y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley 13.751).

Sin embargo, esta exposición de la trascendencia de preservar la libertad de los medios de comunicación no supone ignorar que el ejercicio de la misma es pasible de afectar perjudicialmente la esfera jurídica de los particulares; de hecho, abundan las controversias suscitadas por presuntos daños a derechos de la personalidad, ya sea el honor, la imagen, o la intimidad, todos ellos valores de suma importancia.

La dificultad surge, pues, en el intento de conciliar los valores en juego. El mismo artículo 29 de la Constitución, fundamento lógico y cronológico del resto de la normativa, prevé la responsabilidad *a posteriori* de quienes ejercitan la libertad consagrada, dejando para una eventual determinación los casos en que se configuren abusos. Por esta remisión, es que consideramos que el meollo de la cuestión, en materia de responsabilidad civil, ha de resolverse a partir de la teoría del abuso de derecho, consagrada por el artículo 1321 del Código Civil.

## II. La teoría del abuso de derecho: Necesidad y consagración normativa

Con el advenimiento de las nuevas corrientes humanistas del Derecho, las que miran a la persona como el eje central del sistema, la razón de ser del Derecho y ya no reducida al mero ser individual sino también en tanto ser social, se ha entendido que los derechos son atribuidos o reconocidos con un contenido, un fin y una función. Opera una "inclusión de valores" de solidaridad y justicia que permite asegurar la relatividad de los derechos: todos los derechos tienen límites, tanto externos como internos. Es en la órbita de los segundos que encontraremos la teoría del abuso de derecho. A la luz de las ideas solidaristas que surgen como reacción al individualismo característico del siglo XIX se comienza a vivir de manera más apegada al principio de buena fe y solidaridad social impuestos por la necesidad de convivir en el marco de la colectividad. Resulta casi innecesario entonces plasmar la relevancia de la teoría del abuso de derecho en los ordenamientos jurídicos modernos, puesto que, además de asegurar su solidez, garantiza el respeto a la dignidad del hombre recurriendo a fines de justicia y solidaridad. Se pretende introducir al ejercicio de derechos y prerrogativas, una causa, un motivo y una justificación para concluir que él sólo es legítimo si se ajusta a los límites que lleva insito el derecho en cuestión.

Al decir del profesor emérito del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO, "*la admisión del abuso del derecho refleja, también, una vivencia más intensa, un arraigo mayor en la vida social, respecto del supremo valor de la solidaridad*"<sup>2</sup>. Asimismo sostiene Manuel María ZORRILLA RUIZ la importancia de mantener invulnerado el principio de colimitación y coordinación funcional de los derechos, pues cuando se incumple la función social que cada uno contiene se afecta a la preservación de la "*integridad y supervivencia de bienes y derechos cuya continuidad depende de su ejercicio en el marco de libertad que se les otorga*"<sup>3</sup>.

2 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Abuso del derecho", Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p 3.

3 ZORRILLA RUIZ, Manuel María, "Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del

Mientras que gran parte de la doctrina tanto nacional como internacional impulsó el florecimiento del abuso de derecho en cuanto teoría de trascendencia propia y autónoma, otra parte no apostó a tal renovación de ideas y llegó a negar su existencia o bien renegar de su utilidad y eficiencia. Como principal exponente de esta última línea de pensamiento muchos autores han sido contestes en citar al maestro francés Marcel PLANIOL, quien inicia su argumentación desde el siguiente hecho: existe una contradicción innegable en la denominación de la teoría, puesto que si nos atrevemos a afirmar que se presenta un “abuso” entonces no puede haber nunca “derecho”. Es lógico que desde una óptica individualista se note dicha contradicción en los términos, dado que quien es titular de un derecho, nunca podría, a través de su ejercicio violar o realizar una infracción al derecho.

No obstante, las ideas propulsoras de la solidaridad social abrieron paso en el desarrollo de tales lineamientos dejando sentada la posibilidad en la mente de los juristas, de que aun ejerciendo un derecho del que se es titular, pueda causarse un daño. Podríamos decir entonces que se “socializan” los derechos, tomando una connotación menos egoísta y más encaminada a concretar el orden jurídico para lograr su evolución en función de las nuevas realidades sociales. La teoría del abuso de derecho permite realizar una interpretación funcional de las normas, dejando de lado el apego a la letra de la ley y así superar el formalismo positivista. Lo hace dándole una justificación al ejercicio de los derechos, indagando en su espíritu y en sus fines, atendiendo a su función social bajo la luz de los valores de justicia y solidaridad. Así como determina JOSSEERAND, “*el abuso se configura cuando existe una actuación del derecho subjetivo fuera de su naturaleza, de su clima, de su jurisdicción*”<sup>4</sup>; mientras que, contra la antigua máxima “*qui iure utitur neminem laedit*” (“el que ejerce su derecho no daña a nadie”), COVIELLO establece como justa la que proclama “*qui iure suo utitur neminem laedere debet*”, esto es, “el ejercicio de un derecho no debe lesionar otro derecho”, y cuando ello no pueda evitarse, debe resarcirse la lesión inferida. Si bien dicho expositor no comparte la teoría del abuso del derecho por considerarla imprecisa, recuerda que el abuso de derecho es lo que se conocía en la teoría medieval como acto emulativo -entonces prohibido- y que consistía en el ejercicio de un derecho que, en tanto producía un daño material a otro, no beneficiaba a su autor, siendo exclusivamente determinado por la intención de dañar a otro.<sup>5</sup>

En el ordenamiento jurídico vernáculo, el punto de mira se ubica en el artículo 1321 del Código Civil: “El que usa de su derecho no daña a otro, con tal que no haya exceso de su parte. El daño que puede resultar no le es imputable.” La regla es entonces: el daño causado por el regular o normal ejercicio de un derecho no es resarcible. Nuestra normativa deja sentado el uso del derecho como una causa de justificación. Ellas son, según el criterio de Jorge Luis GAMARRA, “*aquellas causas que exoneran de responsabilidad porque la conducta del ofensor está legitimada por el ordenamiento positivo, y en consecuencia su comportamiento no puede ser calificado como ilícito.*”<sup>6</sup>

derecho”, 2ª. Edición, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2005, p. 228

4 Cita extraída de Sentencia N° 9/1990, SCJ Uruguay.

5 COVIELLO, Nicolás, “Doctrina general del derecho civil”, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938, pp. 526 y 530.

6 GAMARRA, Jorge Luis, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo de Jorge Gamarra, versión abreviada y actualizada, Tomo III Responsabilidad Extracontractual”, Editorial FCU, 1ª. Edición, Montevideo, setiembre 2012, p. 57

Sin embargo, el abuso de derecho no se ubica dentro de la categoría anterior, sino que constituye una excepción a la misma. No puede decirse que el ordenamiento jurídico tutela o legitima a quien abusa de su derecho, sino a quien usa de él dentro de ciertos parámetros de regularidad. Compartimos con GAMARRA<sup>7</sup> para quien la cuestión esta imperfectamente consagrada en el artículo 1321 al expresar que “quien usa de su derecho no daña a otro”. La realidad nos muestra que el daño sí existe, lo que no opera es la resarcibilidad del mismo, es decir no hay daño resarcible puesto que no se configura el elemento ilicitud, como consecuencia, el daño no le es imputable a quien hizo uso de su derecho. Empero, como ya dijimos, cuando ese uso es abusivo, la causa de justificación no tiene lugar y lo que existe es un acto ilícito.

Desde la perspectiva del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1<sup>er</sup> turno, “la teoría del abuso de derecho opera en sede de ilicitud, mientras el ejercicio normal del derecho elimina la ilicitud del daño causado actuando como causa de justificación, el ejercicio abusivo o excesivo elimina la causa de justificación abriendo las puertas de la ilicitud”<sup>8</sup>. El artículo 1321, a criterio de VENTURINI, puede entenderse que, si se lee en consonancia con otras normas del ordenamiento, deja en evidencia los siguientes puntos: (a) todos los derechos son causados o justificados, no existen los derechos meramente discrecionales o incausados, lo que el texto afirma es la teoría de la relatividad de los derechos; y (b) todos ellos están sujetos a límites y por ende son susceptibles de control y examen jurisdiccional. El derecho fundamental a informar del que goza el comunicador, así como la libertad de expresión de la que es titular, se inscriben sin miramientos en dicha nómina, y sus límites deben ser analizados con determinada sensibilidad -diría BARBAGELATA una sensibilidad de yema de dedo- porque no estamos -y ya sería bastante- ante una libertad esencial sino ante una libertad que además es garantía y garantía eficaz -lo ha probado la historia- del resto de las libertades<sup>9</sup>.

La doctrina y jurisprudencia consideran que el abuso de derecho es un principio general del derecho que “obliga a ejercer los derechos con sujeción a los límites que les fija la noción de abuso”<sup>10</sup>. Compartiendo la misma línea de pensamiento se expresa VENTURINI para quien a pesar de estar regulado en sede de responsabilidad aquiliana, el abuso de derecho como principio general debería incluirse en el Título Preliminar del Código Civil Uruguayo como lo hacen los Códigos alemán y suizo. A nuestro modo de ver, la *ratio legis* del precepto es la que conduce a preconizar lo antedicho; la teoría del abuso del derecho trasciende las fronteras de la responsabilidad para postularse como un principio rector del ordenamiento jurídico, llegando a operar como un criterio de interpretación normativo. La teoría de marras ha tenido éxito al lograr flexibilizar el Derecho, tornándolo más evolutivo, más humano y armonioso, haciendo recaer en responsabilidad y por ende imponiendo una sanción a quien ha usado de su derecho de manera antifuncional, atropellando los límites que en él se reconocen.

7 Ob. cit., p. 57

8 Sentencia N° 311/2007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 1° Turno, extraída de B.J.N

9 Cita extraída de: ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia en Uruguay”, Revista Semestral de Estudios Constitucionales de Chile, Año 6, N°1, 2008, Universidad de Talca, Santiago de Chile, p. 20

10 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t.XIX”, Editorial FCU, Montevideo, 2000, p.203

### III. Presupuestos del abuso de derecho y su aplicación

Actualmente existe acuerdo jurisprudencial en subsumir la problemática de la responsabilidad de los medios de comunicación masiva en la teoría de abuso de derecho, para así procurar conciliar el haz de intereses confluyentes en una misma situación de una manera contemplativa de las garantías que el ordenamiento pretende dar a la libertad de expresión, sin atropello de las demás prerrogativas de la vida en sociedad.

Consideramos esta solución adecuada a los principios generales que la doctrina ha determinado para el discernimiento de los casos de abuso de derecho, puesto que se cumplen los presupuestos necesarios para su configuración: se trata del ejercicio de un derecho que no es absoluto, en cumplimiento de sus límites objetivos, con daño a intereses ajenos<sup>11</sup>. A continuación, analizaremos la procedencia de cada uno de los requisitos.

1. *Ejercicio de un derecho subjetivo, que no es absoluto*: Existen determinados bienes jurídicos que, por su trascendencia central al sistema, son otorgados por el legislador de forma incondicional a los sujetos. Como el propio fundamento de la noción de abuso de derecho es que exista una objeción de índole sustancial al ejercicio de un derecho, resulta lógicamente evidente que estos derechos ilimitables quedan excluidos de la aplicación de la teoría. Resta por considerar qué derechos están incluidos en esta categoría en el ordenamiento uruguayo, y si el derecho a informar es uno de ellos.

Desde la propia Constitución, existe una norma que es el eje central de toda argumentación en torno a la consagración de derechos subjetivos en el ordenamiento vernáculo, de cuya consideración no podemos prescindir: el artículo 7, que dispone que “Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.” Para el análisis de esta disposición, tomaremos prestado un razonamiento desarrollado en el ámbito del Derecho Público, por CASSINELLI<sup>12</sup>: el derecho a los bienes jurídicos enunciados en el artículo precitado es un dato “supraconstitucional” y absoluto, pero no así el derecho a “ser protegido en el goce de” estos bienes, que resulta limitable en consideración del interés general. Es decir, mientras que los derechos genéricos a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad son absolutos y se reputan preconstitucionales, de manera que a ningún individuo se le puede negar la titularidad de los mismos, se admite que las prerrogativas específicas que éstos puedan tener en la práctica sí son susceptibles de limitación.

Como ya hemos considerado, la protección del derecho a la información, en sus fases activa y pasiva, resulta una de las preocupaciones centrales de un sistema que pretende consolidarse de forma democrática. Sin embargo, no es más que una de las formas de goce del derecho a la libertad; por ende, tiene límites, y es susceptible de abuso.

En la doctrina argentina, este razonamiento ha sido articulado por ALTERINI y

11 LAYERLE, Carlos. “Responsabilidad por abuso de derecho”. Revista de la Facultad de Derecho. V. XVI, n.1 y 2, 1965. p.35-124

12 CASSINELLI, Horacio. “Derecho Público”. Fundación de Cultura Universitaria. 2009. p. 100

LÓPEZ CABANA citados por ORDOQUI<sup>13</sup>, quienes excluyen del ámbito de aplicación de la teoría a las “libertades esenciales del individuo”, que se corresponden con la titularidad de los bienes jurídicos máximos enunciados por el artículo 7. Para los autores, sólo se puede incurrir en abuso los derechos subjetivos precisos y determinados, como es en este caso el derecho a informar de los medios de comunicación masiva, regulado especialmente por la Ley 16.099. Como ejemplifican, no podría considerarse que la situación de un conductor que atropella a un peatón pueda ser considerada abuso del derecho a la libre circulación, por ser éste demasiado abarcativo y de límites desdibujados.

En opinión de LAYERLE<sup>14</sup>, no sería razonable que un derecho amplio e indefinido sea una causa de justificación suficiente para exonerar de responsabilidad a quien ha causado un daño.

Nótese que el propio artículo 29 de la Constitución es conteste con esta interpretación: si bien ofrece una garantía absoluta al derecho de expresión de la prensa, en cuanto éste no puede ser limitado de forma previa a la divulgación, contempla la posibilidad de la configuración de responsabilidad por abusos cometidos. En palabras de ORDOQUI<sup>15</sup>: “Sin censura previa no quiere decir que el periodista pueda decir lo que se le ocurra sin responsabilidad.” La propia jurisprudencia ha abordado este tema de forma concluyente; por ejemplo, en Sentencia No. 18 del 18 de marzo de 1992, del Dr. Nelson GARCÍA OTERO, se expresa que “La libertad de prensa no es irresponsabilidad de prensa. Lo así prohibido es la previa censura, pero la actividad del comunicador está necesariamente sometida a la responsabilidad por abuso.”<sup>16</sup>

2. *Cumplimiento de límites objetivos*: Una de las críticas más incisivas que las teorías negatorias del abuso de derecho han formulado es que sólo es posible actuar con derecho, cuando se obra dentro de lo permitido por la ley, o sin él, cuando se sobrepasan los límites establecidos; dicho por PLANIOL: “si uso de mi derecho mi acto es lícito, y, cuando es ilícito, es porque sobrepaso mi derecho y actúo sin derecho.”.

Esta crítica no resulta de recibo por los ordenamientos que se afilian a la tesis del abuso de derecho, por el requerimiento de que se configure este segundo presupuesto: es necesaria una apariencia de juridicidad en el ejercicio del derecho, que ha de hacerse en consonancia con los límites objetivamente prescriptos por la ley. En los casos en que estos límites no se cumplan, existirán otras formas de responsabilidad por haber actuado sin derecho o de forma irregular, pero la teoría de abuso de derecho habilita la imputación de responsabilidad aun habiendo cumplido con los mismos.

Las situaciones de controversias por ejercicio del derecho de información cumplirán con este requisito siempre y cuando se atenga a los límites objetivos impuestos por la ley. Ejemplo de estos son los previstos por la ley 16.099, cuyo artículo 4 impone determinadas formalidades para la regular constitución de un medio de comunicación: la presentación ante el Ministerio de Educación y Cultura de una declaración jurada que incluya

13 ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, “Abuso de derecho”, Editorial Ediciones del Foro, Montevideo, 2009, p. 344

14 Ob. cit., p. 56

15 Ob. cit., p. 344

16 ORDOQUI, ob. cit., pg. 347

ciertos datos del medio, como su nombre y objeto y datos de su redactor, propietario, imprenta, forma de financiación, etc.<sup>17</sup> Los casos de incumplimiento de esta disposición quedan excluidos de la aplicación de la teoría de abuso de derecho, pero no así el resto de las situaciones en las que el ejercicio del derecho cumple con los requisitos legales.

Para ORDOQUI, este requisito se reduce a la inexistencia de regulación expresa de la materia de abuso; según el autor, en tanto exista una norma que concretamente defina el límite a tener en cuenta, no se configura una situación de abuso de derecho, sino que se está ante la presencia de límites directos, de índole objetiva. En el caso del derecho a informar, es notorio que no hay norma alguna dedicada a detallar el alcance la libertad concedida, puesto que el ordenamiento no reglamenta la investigación periodística, ni limita el material que puede publicarse.

3. *Lesión de un interés*: El abuso de derecho es una especie de responsabilidad extracontractual, cuya norma general es el artículo 1319 del Código Civil. Por lo tanto, la existencia de un daño es menester para siquiera considerar la naturaleza concreta del abuso. Coincidimos con lo sostenido por el Prof. ORDOQUI<sup>18</sup>, en coincidencia con FERNANDEZ SESSAREGO<sup>19</sup> en cuanto a que basta con que el objeto del daño sea un interés patrimonial, sin ser necesaria la afectación de otro derecho subjetivo.

Este extremo también se ha configurado en las controversias que la jurisprudencia ha tenido a bien tipificar como de abuso de derecho a informar, en las que los daños considerados suelen ser de naturaleza patrimonial, relacionados con derechos de la personalidad, como ser el derecho a la intimidad, el honor y la imagen.

17 Artículo 4º: (De las formalidades previas). Sin perjuicio de lo que establece el Capítulo I, todo impresor o editor de cualesquiera publicaciones impresas o titular de agencias de noticias en cuanto le pudiera corresponder, queda obligado previamente a toda publicación o difusión, a efectuar ante el Ministerio de Educación y Cultura una declaración jurada escrita que comprenda: Para los impresores o editores de diarios, semanarios, revistas, murales u otras publicaciones periódicas:

- A) Nombre del diario, semanario, revista, mural o publicación periódica.
- B) Nombre completo del redactor responsable, documento de identidad y domicilio.
- C) Nombre, apellido y domicilio del propietario, o de la razón social y el domicilio de la persona jurídica propietaria.
- D) Nombre y domicilio de la imprenta donde se imprimirá.
- E) Nombres completos de los integrantes del Cuerpo Permanente de Redacción.
- F) Objeto de la publicación.

G) Medios de financiación inicial y previsión de la forma de financiación permanente.

Para los impresores o editores de las demás publicaciones impresas.

- A) Nombre completo del director o gerente responsable.
- B) Nombre y ubicación de la imprenta.
- C) Nombre, apellido y domicilio del propietario o de la razón social y el domicilio de la persona jurídica propietaria.

El Poder Ejecutivo requerirá los asesoramientos pertinentes y dentro de los siete días hábiles posteriores a la recepción de la declaración jurada deberá notificar por telegrama colacionado la aceptación o no aceptación de la misma en los casos previstos en los artículos 6º y 28.

Si el Poder Ejecutivo no diera cumplimiento al requisito precedente en la forma y dentro de los plazos establecidos, la declaración se considerará hecha y aceptada pasados que fueren siete días hábiles, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren corresponder en caso de comprobarse la falsedad de la declaración jurada.

Los impresores o editores se hallan igualmente obligados a renovar dentro del tercer día hábil, su declaración para el caso de cualquier modificación que altere lo declarado anteriormente.

La no aceptación de la declaración podrá ser recurrida, en la forma y dentro del término preceptuado por la ley 15.524, de 9 de enero de 1984.

18 Ob. cit., p. 100

19 Ob. cit., p. 144

#### IV. Límites internos del derecho a informar en la jurisprudencia

La teoría del abuso de derecho, y su particular aplicación al derecho a informar, han sido objeto de profundas críticas por sectores de la doctrina, por presentar dificultades que bien se deducen de lo antes expuesto: un estrecho vínculo con nociones desdibujadas de “exceso”, “abuso” e “interés general”, así como la extrema parquedad del legislador, tanto en el artículo 1321, como en la fijación de límites concretos para el ejercicio del derecho a informar en otras normas. Estas circunstancias resultan en dos consecuencias que suelen mirarse con recelo: un **aumento en la discrecionalidad de los magistrados** a la hora de decidir, así como la **preponderancia de criterios materiales** para la fijación de límites (internos).

La amplitud de la discrecionalidad judicial en situaciones de abuso de derecho es un corolario necesario de la vocación de la teoría de dar respuestas a situaciones concretas de conflictividad. Ello a tal extremo, que *“se debe reconocer al juez, al menos excepcionalmente, una función verdaderamente creativa del derecho en sentido material.”* (ORDOQUI<sup>20</sup>). En este sentido, el artículo 1321 es una habilitación legal para que los magistrados se aparten del texto rígido de la norma en atención a garantizar la realización del valor justicia.

Como bien explica la Suprema Corte de Justicia en sentencia 253/99, 13/10/1999: *“Lo importante es establecer si esos derechos se han ejercido dentro de los límites internos que le otorgan esa preferente posición, lo que de ser así les confiere un estatuto de imposición sobre cualquier otro derecho que entre en conflicto o colisión con ellos.”*<sup>21</sup> Para la dilucidación de estos límites, y ante la falta de criterios precisos de fuente legal, se recurre a criterios materiales, que contemplan al propio fin con el que un derecho fue consagrado como un parámetro de licitud de su ejercicio. Una vez verificado que la conducta analizada se halla comprendida por estos límites, la preferencia del derecho de información sobre otros justifica el daño causado; de lo contrario, se entiende que existe abuso de derecho. Este razonamiento permite resolver los frecuentes conflictos que el abuso de derecho tiene con los derechos de la personalidad que el sistema también confiere; particularmente en lo atinente al derecho al honor, la intimidad y la imagen.

*“La cuestión difícilmente pueda ser solucionada a través de la aplicación de cánones generales y abstractos, sino que más bien constituye un conflicto para dilucidarse a través de los jueces caso por caso, en atención a que se trata de una cuestión que varía de acuerdo a las ideas dominantes en cada sociedad y en cada período histórico”*<sup>22</sup>. Por estos motivos consideramos que la recopilación de criterios jurisprudenciales para la imputación de abuso de derecho es de utilidad: en la búsqueda de patrones decisorios, se puede hacer frente con mayor seguridad a la incertidumbre planteada por la teoría general. A través de la observación de distintas resoluciones judiciales, buscaremos salvar la brecha que puede existir entre la teoría y la realidad práctica del abuso de derecho de información.

En la sentencia de marras, la Suprema Corte de Justicia ha identificado dos criterios fundamentales a estos efectos: la verdad y el interés público. Ellos se manifiestan en

<sup>20</sup> Ob. cit., p. XV

<sup>21</sup> Sentencia N° 253/99, SCJ, 13.10.1999

<sup>22</sup> HOWARD, Walter, “Derecho de la persona, Volumen I”, Editorial Universidad de Montevideo, p. 214

observaciones más detalladas, que abarcan distintos aspectos de la conducta del medio y del interés general en la publicación de la información, que presentaremos a continuación.

### Parámetros de análisis de la conducta del medio

**Falta de diligencia en la investigación: el deber de veracidad.** Sabemos que las obligaciones, dentro de otros criterios de clasificación, pueden distinguirse según sean de medios o de resultados. El deber de veracidad que subyace en la actividad periodística, no es otra cosa que una obligación de medios por lo que a continuación se dirá. GAMARRA cita a MAZEAUD-TUNC, MENGONI y DEVOTO, quienes señalan que la naturaleza de las obligaciones de medios es su “fin intermediario o de etapas hacia el objetivo”; “en la obligación de medios pasa a primer plano el comportamiento del deudor, su accionar diligente, en contraposición al resultado (o fin) al que apunta esa actividad; por ello algunos autores prefieren llamarlas “obligaciones de prudencia y diligencia” (MAZEAUD-TUNC), “obligaciones de pura diligencia” (TUNC), o de “simple comportamiento” (MENGONI)”<sup>23</sup>.

La importancia de la distinción de ambas categorías -de medios y de resultado- es indiscutible; en la primera de ellas operan supuestos de responsabilidad subjetiva, como es el caso de los medios de comunicación, donde, para juzgar la conducta del comunicador y decidir sobre el abuso de derecho en el deber de veracidad se atiende a un estándar, el del buen padre de familia, apreciándose la conducta del demandado a la luz de un modelo abstracto, que el ordenamiento vernáculo ha llamado en su Código Civil “buen padre de familia”. El deber de no-mendacidad de la información en lo que concierne a la libertad de informar por parte de los medios de comunicación es de tal insoslayable importancia que la discordia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° turno ha advertido: “Las publicaciones en cuestión no son mendaces, sino veraces en lo sustancial, por lo que, en la especie, no hubo abuso del derecho a informar por la prensa en las notas periodísticas cuestionadas.”<sup>24</sup> El abuso de derecho no se ve configurado dado que el contenido de las publicaciones se encuentra revestido de veracidad, lo que lógicamente se logró a través de un obrar diligente y cauteloso al momento de la recaudación de la información. Siempre que existe un deber, como contrapartida del mismo existe un derecho, que genera un deber correlativo para su salvaguarda, y respecto a ello es posible notar una nítida tendencia en los ordenamientos constitucionales más modernos a reconocer un derecho fundamental de todas las personas a conocer la verdad, al menos en torno a ciertos hechos de características particulares. Este derecho se ve protegido entonces por el ya mencionado deber de veracidad. Sin perjuicio de lo antes expuesto, para cierta parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia, la difusión por parte de un medio de comunicación, de un comunicado oficial de la policía exime de ilicitud, pues la práctica periodística lleva a “considerar como objetivamente confiable la veracidad del contenido de esa noticia”<sup>25</sup>. Esto es, cuando la información difundida sea aparentemente digna de crédito,

23 GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, T. XX, vol. 2”, Editorial FCU, 2a. edición, Montevideo, abril 2012, p. 72

24 Sentencia 151/2000 del TAC de 6° turno, 23.08.2000, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1166

25 VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, p.187, comentario de Sentencia N° 111/1996 de la SCJ, 13.3.1996

credibilidad y veracidad no es exigible la actuación diligente por parte de los comunicadores. En el mismo sentido, el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º turno dispuso: *“La declaración de testigos, respaldada por el contenido de una demanda, hace que no se halle necesario chequear exhaustivamente la veracidad de la información. (...) la publicación cuestionada recoge en lo fundamental la versión de los entrevistados, entre ellos y principalmente la del letrado defensor del procesado que aportó la denuncia presentada ante la SCJ en forma contemporánea lo que señala, puntualmente, la inducción en error al periodista y que no se hallara necesario “chequear” exhaustivamente la veracidad de la información a pesar de que ello se intentara, porque la denuncia administrativa simultánea ratificaba la veracidad de las informaciones recogidas por el funcionario.”*<sup>26</sup> Conforme a esta última tesis, no se requiere de una investigación especial motivada por la prudencia de los periodistas cuando la información sea proporcionada por la policía o surja de una denuncia administrativa o bien emane de una prueba testimonial en el marco de un proceso judicial.

No obstante las afirmaciones precedentes, *“para el periodista es imperativo contrastar y recabar cuantas fuentes sean relevantes para los casos que entren en su campo de investigación —dentro de las consabidas limitaciones temporales que impone la actividad periodística— a fin, precisamente, de ofrecer la información más veraz posible”*<sup>27</sup>.

Por su parte, y siguiendo los lineamientos de la cita que antecede, la sentencia 165/2012 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 4º Turno preconizó: *“En suma, la prueba recibida en el decurso del proceso lleva sin dudas a sostener que parte de las afirmaciones efectuadas por la demandada eran falsas. Y siendo así, aun cuando dicha cualidad no abarque todo el contenido de sus declaraciones a la prensa, aquellas cuya falsedad sí ha sido establecida, revisten entidad suficiente para configurar el hecho ilícito alegado. (...) En efecto, partiendo de los desarrollos formulados ut supra, cabe concluir que la demandada ha efectuado un ejercicio ilegítimo del derecho de expresión del pensamiento al suministrar información que según ha sido probado, es parcialmente falsa, lo que constituye una hipótesis de abuso de derecho.”*<sup>28</sup>

El autor argentino Eduardo A. ZANONI, citado por la Dra. VENTURINI<sup>29</sup>, ha sostenido que *“...si de noticias inexactas se trata, la responsabilidad ha de ser siempre de orden subjetivo basada en el actuar culposo en sentido amplio del medio que difunde la especie inexacta sobre la base de un juicio de imputabilidad basado en la no observación del límite interno que reconoce la libertad de información...”*.

Veremos de inmediato la insistencia que hace la jurisprudencia uruguaya en el ajuste de la conducta del comunicador al estándar que requiere un comportamiento prudente, de cautela: *“La falta de diligencia de la demandada por tanto fue notoria ya que publicó la noticia sin haber efectuado de ningún control y/o ratificación de rigor, lo que indudablemente se tradujo en un abuso del derecho de informar.”*<sup>30</sup>

26 Sentencia 56/2008 del T.A.C. de 4º Turno, 9.04.2008; extraída de B.J.N

27 AUSÍN, Txetxu; y PEÑA, Lorenzo, “El deber de veracidad”, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, 2003, pp. 2 y 3

28 Sentencia 165/2012 del T.A en lo Civil de 4º Turno, 31.9.2012

29 Ob. cit., nota n° 8 de p. 181

30 Sentencia N° 157 del Tribunal de Apelaciones de 6º Turno, 4.8.1999, extraída de ADCU, t. XXX, pp. 11 y 12

Particularmente en el año 1964, el entonces Papa, Pablo VI, en su discurso a los participantes de un Seminario de las Naciones Unidas sobre la libertad de información sostuvo que *“la información debe responder a la verdad, (pero no obstante) no basta que la información sea objetiva. Es preciso que sepa imponer también los límites exigidos por un bien superior. Por ejemplo, ha de saber respetar el derecho de los demás a su buena reputación y no transgredir el secreto legítimo de la vida privada”*<sup>31</sup> Por su parte, Alejandro FUENMAYOR, en un análisis jurídico sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública, plasma la existencia de un *“código deontológico del periodista donde su único compromiso tiene que ser con la verdad y no con las presiones gubernamentales y particulares que pretenden imponer la intolerancia”*<sup>32</sup>

Para dejar sentado su punto de vista respecto al tema en cuestión, la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 1º Turno, transcribe una sentencia de la SCJ en un caso por el cual la Sala confirmó la absolución de un periodista: *“La verdad es un dato constitutivo esencial de toda información (...) es impensable que el derecho -libertad de información- se extienda hasta incluir la mentira. Una información es verdadera cuando después de una adecuada comparación se pueda deducir que los hechos transmitidos a través de ella están sucediendo en realidad o han sucedido. Es un concepto de verdad objetiva, osea, una fiel adecuación de la información a la realidad.”*<sup>33</sup> Este debe complementarse con un requisito subjetivo, y para ello la Sala cita la perspectiva de José MUÑOZ LORENTE para quien, aquel *“viene dado por la creencia o convicción en la veracidad de lo informado.”* En la misma línea se ha manifestado Walter HOWARD<sup>34</sup>, para quien *“el requisito de veracidad de la información no está destinado a exigir una concordancia absoluta entre la información difundida y la verdad material u objetiva de los hechos narrados, (...) sino que más bien está encaminada a exigir del informador un específico deber de diligencia en la búsqueda de la verdad de la noticia y en la comprobación de la información difundida de forma de que lo que transmita como hechos o noticias haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos o fuentes informativas de solvencia”*. Se entiende entonces, que el requisito objetivo de veracidad en la información recaudada y divulgada no es por sí mismo suficiente para generar responsabilidad en el comunicador, ya que aun cuando la información sea inexacta por llevar en lo sustancial ciertos errores o imprecisiones, el periodista informativo no caerá en responsabilidad si su conducta fue diligente, comportándose con la prudencia y cuidado que se ajustan al modelo abstracto del buen padre de familia que subyace en el concepto mismo de culpa. Un fundamento de peso para lo dicho en las líneas precedentes lo constituye la siguiente manifestación del Tribunal español: *“de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”*<sup>35</sup> Por consiguiente, sí se protege la información rectamente obtenida y difundida *“aunque resulte inexacta, con tal de que se haya observado el deber de comprobar su veracidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente”*<sup>36</sup>.

31 SÁNCHEZ FERRIS, Remedio, “El derecho a la información”, Editorial Cosmos, Valencia, 1974, p. 120.

32 FUENMAYOR, Alejandro, “El derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, UNESCO, San José, p. 136

33 Sentencia N° 1/013-1 del Tribunal de Apelaciones en lo Penal 1º Turno, 1.2.2013, extraída de CADE

34 Ob. cit., p. 218

35 Sentencia N° 28/1996 del Tribunal Constitucional español del 26 de febrero de 1996

36 Sentencia N° 178/1993 del Tribunal Constitucional español del 31 de mayo de 1993

La Juez Letrado Nilza SALVO, en su sentencia N° 45/1992 construye una prolija estructura fundamentada en el hecho de que la determinación de la procedencia de la acción resarcitoria por parte del actor requiere el análisis de todos los elementos que constituyen la responsabilidad extracontractual, y específicamente bajo el título "La culpa" expresa que: *"existe culpa cuando se actúa sin la diligencia del buen padre de familia a fin de evitar un daño a otros sujetos; y, analizada la conducta de la demandada a la luz de lo expuesto, resulta claro que incurrió en culpa. Así cuando se incluyó el nombre del actor por primera vez en el listado, no adoptó las previsiones necesarias ni realizó una investigación seria para determinar si el comportamiento del Escribano se adecuaba a la conducta descrita en el rótulo. (...) Se actuó a la ligera, y lo que es más grave, a sabiendas de la repercusión que tenía el hecho en la lista y el alto grado de credibilidad."*<sup>37</sup>

Corresponde traer al texto una expresión que emana de la mente creativa del escritor colombiano Gabriel GARCÍA MÁRQUEZ, quien en un discurso pronunciado ante la 52ª Asamblea de la Sociedad Interamericana de Prensa, celebrada en Los Angeles -Estados Unidos-, el 7 de octubre de 1996 se manifiesta: *"El empleo desafortunado de comillas en declaraciones falsas o ciertas permite manipulaciones malignas y tergiversaciones venenosas que le dan a la noticia la magnitud de un arma mortal"*.

Por su parte, en la jurisprudencia uruguaya encontramos citado un fragmento de "El Caso Sullivan y la Primera Enmienda" donde el redactor de la sentencia explica lo trascendental del elemento verdad en el ámbito de la libertad de información: *"el empleo consciente de la mentira como instrumento está reñido con las premisas del gobierno democrático (...). Las falsedades calculadas caen en esa categoría de expresión que no forman parte esencial de ninguna exposición de ideas y son de tal escaso valor social como paso hacia la verdad (...)"*<sup>38</sup>.

### **Falta de diligencia en la divulgación de la información**

a. *El riesgo en los titulares de las noticias.* Una cuestión que a menudo surge en los asuntos de responsabilidad de los medios de comunicación es la referida a los titulares de las noticias, es decir, lo que a primera vista capta la atención de los destinatarios y puede, si éstos -los titulares- no han sido ideados y vertidos al canal de información con un mínimo de prudencia, perturbar el derecho al honor y reputación de las personas implicadas en la publicación. Luego de aclarada la cuestión, es pertinente citar el siguiente fragmento de sentencia: *"Aquí el medio de prensa obtuvo una información bastante exacta de lo que estaba sucediendo, a la cual agregó una calificación y titulación errónea, no justificada y objetivamente capaz de causar daño al honor del implicado. Esta conducta configuró una culpa grave por lo que parece totalmente razonable que se tenga por existente el hecho ilícito y la consecuente obligación de responder civilmente del daño causado, aplicando los artículos 1319 y 1321 del CC referentes al abuso de derecho."* Más adelante, el Tribunal se expresó: *"la configuración del ilícito estuvo esencialmente dada por la utilización de los vocablos: "allanamiento" y "secuestro" -en el asunto en cuestión un Magistrado del Poder Judicial accionó contra un diario a raíz de que el mismo publicara que se había procedido en su Juzgado a realizar un "allanamiento y secuestro de expedientes"- (...) en la titulación y en muy significativo tamaño, lisa y llanamente se difundió*

<sup>37</sup> Sentencia N° 45/1992, Juzgado Letrado en lo Civil de 14º Turno

<sup>38</sup> LEWIS, Anthony, "El Caso Sullivan y la Primer Enmienda", Editorial Sociedad Interamericana de Prensa, Estados Unidos, 2000, p. 135

*un allanamiento en el despacho de un Juez Penal de la Capital (...) que conlleva necesariamente a cualquier lector medio, a la suposición de la existencia de delito y/o gravísima infracción (...) lo que en el caso era absolutamente falso*<sup>39</sup>.

La titulación de las noticias es la puerta de acceso a su lectura, es lo que invita al lector a acercarse a la publicación y profundizar en su contenido, de ahí que muchas veces los periodistas se vean tentados de utilizar expresiones extravagantes, ampliamente descriptivas, que corren el riesgo de alejarse desmedidamente de la realidad, y causar daños a quienes tienen participación o cierto grado -aunque sea mínimo- de implicancia en la noticia. Asimismo, es necesario que el titular se corresponda con la noticia en lo sustancial, al decir de Lorenzo GOMIS, *“el titular es la substancia de la noticia. (...) Sólo cuando se tiene el titular se tiene la noticia. O, más exactamente, el titular es la noticia”*; por ende las titulaciones no pueden plasmar un contenido determinado, y la noticia diferir en dicha representación. Así se ha logrado probar la falta de diligencia en la construcción de los titulares a través de la comparación entre ellos y el contenido de la publicación: *“La culpa surge configurada de la confrontación de los titulares y del contenido de las notas periodísticas pertinentes (...). Entonces, si tanto el contenido de las notas en cuestión como el testimonio de los periodistas involucrados descartan toda supuesta vinculación de Nicolini con la droga transportada en el avión secuestrado, la culpa de la demandada queda en evidencia al haber titulado la noticia en términos tales que podían, razonablemente, llevar al lector a creer que Leonardo Nicolini estaba involucrado en el narcotráfico. Ello importa una distorsión de la noticia en los titulares (...)*<sup>40</sup>.

Respondiendo a la función apelativa del titular es que los comunicadores se inclinan por utilizar un léxico particular y propio, a veces recurriendo a términos “brillantes” y ostentosos, con el fin último de atraer la atención del público y captar su interés, dado que es innegable la calidad de elemento estratégico que posee el titular de la noticia. Es así que la jurisprudencia nacional ha sancionado las prácticas que reúnen términos pasibles de producir menoscabos o cualquier clase de ofensas a las personas. Un ejemplo de ello lo constituye lo siguiente: *“El obrar culposo de los responsables del diario surge, no por el hecho de haber publicado una noticia inexacta, sino por la forma y los términos de la publicación. Así en la tapa de la edición del 3.6.2001 en grandes caracteres se estampó: “¡Criminal!” y más abajo se señaló: “Aduaneros se complotaron para introducir la aftosa”, indicándose a posteriori los nombres y los apodos de los actores. No cabe duda entonces que aun cuando esa noticia tuviera su fuente en un informe de la Jefatura de Policía de Salto no había razón alguna para publicarla, bajo un titular de tal naturaleza. (...) Como se expresó: “Los periodistas profesionales y los medios de comunicación social deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de informar sin agraviar a terceros.” (VENTURINI, ob. cit., p. 181). Por último, y en suma, la jueza de la causa vierte su razonamiento y se expide: “En el sub-lite, el punto a analizar es si el diario (...) pudo ejercer adecuadamente su derecho a informar, sin mencionar el nombre completo del actor; la conclusión no puede ser otra que afirmativa. No existe ninguna razón, ningún fundamento para publicar el nombre de la persona imputada”*<sup>41</sup>.

39 Sentencia N° 185/98 del TAC de 2° Turno, 19.12.995, extraída de LJU, t.113, 13.025

40 Sentencia N° 151/2000 del TAC de 6° Turno, 23.08.2000, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1166

41 Sentencia N° 5/1991, 11.3.1991, Juzgado Letrado en lo Civil de 24° turno. Cita extraída de: VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, julio 1998, p.188

b. *El problema del estilo y el lenguaje periodístico.* Huelga decir que, aun cuando la información logre reunir los requisitos de veracidad o no-mendacidad a los que nos referimos previamente, igualmente puede ser susceptible de causar un daño; dado que, a través de la utilización de términos gratuitamente denostantes pueden rebosarse los límites internos en el ejercicio del derecho a informar cayendo en la antijuricidad de la conducta y provocando, consecuentemente un abuso de derecho. Es así como la Suprema Corte de Justicia uruguaya ha entendido que: *“Una acusación o la presentación de una denuncia -por sí sola o en sí misma- no configura delito o ilicitud, sea penal, administrativa o de cualquier orden. Lo que aquí se trata es que en la misma se implican connotaciones, adjetivos, que comportan injurias, insultos, denuestos. Y allí está el abuso del derecho. El derecho existe, pero el abuso coexiste, precisamente, en utilizar las facultades legales para denunciar a cualquier Juez por haber cometido presunto ilícito para injurarlo, utilizando expresiones e innúmeros adjetivos de demérito. Términos agraviantes que están presentes en las denuncias cuestionadas.”*<sup>42</sup> De la misma manera en que hablamos de un supuesto subjetivo de responsabilidad cuando hicimos alusión al deber de veracidad de los medios de comunicación, hablamos aquí también, en lo que concierne al empleo del lenguaje periodístico.

No puede ignorarse que, cuando de estilo y forma de la noticia se trate, estemos ante una evaluación del comportamiento del comunicador, quien, como se ha reiterado en innumerables ocasiones, debe actuar con diligencia, respetando los parámetros de prudencia y dentro de los límites que impone la cautela. Consecuentemente es de aplicación el fragmento que se cita a continuación: *“(...) de lo que se trata no refiere a otra cosa que determinar cuál es la diligencia exigible en el ejercicio de ciertos derechos de una persona, diligencia que no puede ser otra que la del “buen padre de familia”, modelo ideal abstracto que al decir de CATTÁNEO (en cita de Gamarra, Tratado..., t.XIX, p.126) encierra un “criterio deontológico”, que no tiene en cuenta lo que el hombre medio hace, sino “lo que debe hacer” y ciertamente la demanda de autos no procedió en la emergencia juzgada en consonancia con ese prototipo que es el hombre medio, normal, prudente, precavido, atento, razonable, cuidadoso.”*<sup>43</sup>

El Tribunal llega a la siguiente conclusión: *“Se lesiona profundamente el honor y la dignidad de los magistrados, atribuyéndoles una conducta delictiva de manera totalmente infundada, y, no sólo por la simple difusión de la noticia, sino que se utilizan para ello, improprios, denuestos, calificaciones despectivas.”* Todo lo anterior puede resumirse, o mejor dicho, plasmarse en la expresión dada por María Leticia RUFFINI, para quien *“la protección de la opinión debe extenderse aún más allá de sus contenidos para cubrir el propio “modo” de expresión que, no solo en el debate netamente político, sino también en la discusión de problemas de interés general puede, según la corte, ser formulado en términos particularmente fuertes y severos”*<sup>44</sup>. Es compartible la formulación de la autora citada, puesto que, la diligencia en el comportamiento del periodista, o en términos generales, del comunicador, debe trascender del ámbito del deber de veracidad, expandiéndose más allá de las fronteras de lo sustancial de la nota, para contemplar asimismo la modalidad en la utilización de las expresiones, cui-

42 Sentencia N° 112, TAC de 7° Turno, 30.5.2003, extraída de ADCU t. XXXIV, p. 15.

43 Sentencia N° 112, TAC de 7° Turno, 30.5.2003, que cita la Sentencia N° 119/02 extraída de ADCU t. XXXIV, p. 15

44 RUFFINI GANDOLFI, María Leticia, “Génesis jurisprudencial y sucesivos desarrollos de la defensa de la persona contra la divulgación de hechos concernientes a su esfera privada”, Estudios Jurídicos N° 6, 2009, pp. 259 y 260

dando los calificativos que puedan resultar maliciosos o excesivos y consecuentemente constitutivos de daño moral.

Es de especial mención para brindar un ejemplo emblemático de la trascendencia del estilo en cuanto criterio empleado por los magistrados a la hora de decretar o descartar el uso abusivo de derechos o prerrogativas, la Sentencia pronunciada por la Suprema Corte de Justicia N° 366/2009, a través de la cual se desestima el recurso de casación interpuesto por los demandados -Canal 10- en virtud de la condena al pago de U\$S 5.000 en forma solidaria y por motivo de daño moral, a la que se vieron sometidos. El origen de la controversia tiene lugar cuando los periodistas -parte demandada- manifestaron en el programa "Zona urbana" emitido el 18 de mayo de 2005 -cuyo tema central fue: "La otra cara del abuso infantil"- que en Uruguay "*...hay unos personajes que actúan también en este asunto, que son muy peligrosos, que son los militantes de la causa porque a veces están vestidos de jueces (...) y ven todo por el tamiz de su radicalismo*", cuando a su vez agregaron una advertencia: "ojo con la militancia", y posteriormente mencionaron una "tríada" integrada por una jueza y una psicóloga "ambas sancionadas". Pese a que en el programa citado se hizo mención a procesos tramitados ante la Justicia de Familia, la única magistrada -en realidad, en ese momento, ex magistrada- que se identificó con nombre y apellido y con su imagen, fue la actora. A criterio de la Sala, las expresiones utilizadas por los periodistas en el programa televisivo hicieron aparecer a la actora "*como una especie de fanática (no de corrupta) que se servía de la función pública para perseguir los fines de la "causa" y le imputaron, además, haber sido objeto de sanción cuando nunca se le instruyó sumario y cuando se la trasladó a un juzgado de idéntica jerarquía por razones de mejor servicio, usando un verbo (remover) (...) que para el común de las personas tiene un tinte peyorativo, máxime cuando sólo se dijo que había sido removida.*"<sup>45</sup> El Tribunal, y luego la Suprema Corte de Justicia delimitan correctamente la cuestión remitiendo a la inadecuación de los términos utilizados por los informantes periodísticos, concluyendo que las expresiones citadas en líneas anteriores importan lesión del honor y desmedro de la investidura de la magistrada. La observación hecha por el Tribunal a la que la Corte adhiere, tiene como pilar fundamental no sólo el contenido sino la forma en que se brindó la información, "*efectuando calificativos que en puridad no se relacionaban con el tema de fondo (abuso infantil), lo que comporta abuso de derecho en tanto lesiona el honor y opera en definitiva en desmedro de la investidura que tenía la actora al momento del proceso penal que se menciona en el programa...*"<sup>46</sup>. Resulta casi imprescindible aludir a la discordia del fallo encabezada por el magistrado Leslie VAN ROMPAEY, para quien "*la información periodística de marras, aunque no se comparta su estilo ni la severidad de sus términos, en lo esencial, no se apartó de los límites internos de la libertad de prensa o expresión de pensamiento, esto es, la verdad y el interés público.*" No logramos adherir a la discordia citada, puesto que como hemos apuntado hasta el momento, los límites internos de los derechos deben su existencia a la finalidad y espíritu de los mismos, que, en materia de libertad de información no es otra cosa que informar la verdad, lo cierto. Sin embargo, y he aquí el problema del estilo, el hecho de que determinada información sea veraz, exacta y completa, no debe emplearse como "patente de corso" para brindar datos informativos de cualquier manera, bajo cualesquiera formas, sin respetar la calidad del lenguaje y la prudencia en la utilización de los términos.

45 Sentencia 366/2009, SCJ, Uruguay

46 Ídem nota anterior

*“La ilicitud de la nota periodística en examen emana (...) de dos aspectos que sobrepasaron los límites que se estudiaran en el Considerando III: en primer lugar la **forma de expresión** de la misma involucra sutilmente al reclamante en actividades vinculadas al contrabando...”<sup>47</sup>. Así se ha entendido la no necesidad de la utilización de términos excesivos, descalificativos o de demérito aun cuando la noticia se enmarque dentro del ejercicio no abusivo del derecho a informar por haberse cumplido con el deber de veracidad: la Corporación en su sentencia N° 146/2006 consideró que “(...) los medios o frases utilizados por el denunciado son gratuitamente injuriosas; si entendía que los hechos eran graves, pudo informar a la población en otros términos y no en la forma ofensiva que lo hizo.”<sup>48</sup>*

*c. Oportunidad de la publicación.* Asimismo, otro criterio que ha considerado la jurisprudencia en cuanto a la publicación de la información ha sido la oportunidad en que ésta se realiza, con relación al tiempo de los hechos.

En Sentencia 15/1991, del Juzgado Letrado en lo Civil de 24o. Turno, la Dra. Selva KLETT hizo aplicación de este criterio al resolver considerando responsable al medio que publicara una noticia que establecía un vínculo entre la conducta de un individuo al momento de la publicación y las indagatorias realizadas sobre su persona por un Tribunal de Honor de forma anterior e independiente: *“La ilicitud de la nota periodística en examen (...) emana de dos aspectos que sobrepasaron los límites que se estudiaran en el Considerando III: (...) tiene el poder de que se asocie su conducta actual con hechos anteriores que motivaron el sometimiento a un Tribunal de Honor y la posterior baja”.*

Hallamos que este razonamiento es adecuado desde un punto de vista de abuso de derecho, porque tiende a fortalecer el derecho a informar en su vocación originaria, cual fuera el motivo del legislador al contemplarla: un interés general en el conocimiento de ciertos hechos que afectan, directa o indirectamente, a la sociedad toda.

Otro sustento de esta lógica es que constituye una manifestación del llamado “derecho al olvido”, surgido en el ámbito del Derecho Informático europeo ante la preocupación suscitada por el almacenamiento indefinido de datos personales, con el fin de *“asegurar a los individuos que determinados actos, manifestaciones u opiniones, no van a suponer un elemento universal y eterno, que condicione de manera permanente y coarte sus posibilidades de evolución personal y social.”<sup>49</sup>*

### **Parámetros de análisis según el carácter de la información**

*a. El interés general.* La interpretación que surge de los criterios ya señalados se complementa con otros parámetros judiciales que son tendientes a realizar un juicio sobre el mérito de la noticia, más allá de la exactitud de su contenido y presentación. El quid de la cuestión que pretenden resolver es si se persigue un interés general en su publicación o, por el contrario, consiste en una intromisión a la esfera privada de un individuo sin

47 Sentencia N° 15/1991, 10.5.1991, Juzgado Letrado en lo Civil de 24° turno, extraída de: VENTURINI, Beatriz, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación”, Revista de Judicatura N° 39, julio 1998, p.188

48 Sentencia N° 146/2006 de la SCJ, extraída de la B.J.N uruguaya

49 SANCHEZ BRAVO, Alvaro. “La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea”. Universidad de Sevilla. Sevilla, 1998. p.86

justificación alguna.

En este sentido, cita VENTURINI a ZANNONI<sup>50</sup>: *“Creemos que si de noticias inexactas se trata, la responsabilidad ha de ser siempre de orden subjetivo, basada en el actuar culposo, en sentido amplio (...). Pero cabe que noticias aún exactas, generen responsabilidad si, como en el caso de las intrusiones a la intimidad, la difusión de hechos, (...) no responden a los fines para los cuales la libertad de información ha sido reconocida (...)”*. Nos encontramos en la presencia de situaciones en las que se recorta la esfera de la intimidad del individuo, en pos de un bien que se considera superior, que es el bienestar de la sociedad en su conjunto. Coincidimos con lo expresado en la sentencia 87/1995 del TAC de 4º Turno, de forma tan elocuente: *“Esto significa que la ley ha preferido el interés del Estado sobre el interés de la tutela del bien jurídico honor; el interés del saber por parte del público cuál es la verdad sobre determinada situación, (...)”*

Pensar en el interés general que pueda tener la publicación de cierta información invita a recordar el fundamento primigenio del derecho a informar, que consiste en el rol de vital importancia que desempeña al asegurar el efectivo ejercicio de una ciudadanía democrática, a través del fortalecimiento del poder de decisión de la sociedad civil. En otras palabras, prima facie podría sostenerse que el contenido que típicamente se adecua al interés general es de índole político. Siguiendo esta línea, la Sentencia N° 18 de la SCJ, 18.4.1992, toma en consideración las afirmaciones doctrinales que hace el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 2º turno en el sentido que *“el ejercicio por la prensa del derecho a informar tiene un contenido de crítica política y es de una utilidad social que excluye la anti-juricidad, por implicar un verdadero servicio público, salvo el propósito específico de agraviar”*. En armonía con el razonamiento aplicado, consideramos adecuado adjudicar un sentido amplio a la expresión *“crítica política”*, comprensivo tanto de la información avalorativa, como de valoraciones positivas y negativas del actuar político.

También se expresa que la información ha de revestir el carácter de necesidad, existiendo responsabilidad por agregados meramente calificativos e irrelevantes. Es el caso de la Sentencia 17/1997 del TAC de 7º Turno, que expresa que *“para que exista abuso en la materia, como en el ejercicio de un derecho frente a otro derecho coexistente, se requiere que la publicación propia y realmente exceda el propósito, tan común, de informar a los lectores, aportando agregados o inclusive comentarios de estirpe innecesaria (...)”*<sup>51</sup>. Similar contenido tiene la Sentencia 269/2007 del TAC de 2º Turno, donde se establece que *“En casos como el que nos ocupa, en que se hace por medio de la publicación un juicio de valor, no se brinda una información que revista interés público (...)”*<sup>52</sup>.

Como bien se arguye en la Sentencia N° 107 del Juzgado Letrado de la Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. turno, 27.10.1997<sup>53</sup>, comentada por el Dr. Luis

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 181

<sup>51</sup> Sentencia N° 17/1997 del TAC de 7º Turno, 22.02.1997, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1168

<sup>52</sup> Sentencia 269/2007 del TAC de 2º Turno, 5.09.2007, extraída de MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, “Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación”, Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009, p. 1171

<sup>53</sup> Sentencia N° 107 del Juzgado Letrado de la Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1er. turno, 27.10.1997 ex-

LARRAÑAGA<sup>54</sup>; de forma subsiguiente, estos parámetros aplican aún con mayor rigor a las imágenes de particulares que acompañan publicaciones de prensa. El autor cita a RAVANAS, quien sostiene que el carácter público de la información en sí no se comunica a la imagen que lo acompaña; ésta participará de la licitud del motivo de la publicación siempre que sea complementaria a la información y no principal, en cuyo caso debería contar con una justificación autónoma<sup>55</sup>. En el caso en cuestión, se declara abusiva la publicación conjunta de la información de un homicidio con una imagen de un hombre detenido por otra causa, por considerarse que no resulta complementaria, sino de trascendencia principal y carente de relación con la información central.

Las dificultades que pueden existir en cuanto a la determinación precisa de la presencia del "interés general" en la actuación de un medio no han pasado de forma desapercibida por los magistrados, como el TAC 4, en Sentencia 87/1995, quienes permiten que esto se demuestre suficientemente en grado de razonabilidad, sin requerir una certeza de mayor rigor<sup>56</sup>. Si las exigencias jurisprudenciales fueran mayores, dada la complejidad de demostrar con precisión el contenido de ciertos criterios, el abuso de derecho prácticamente no tendría relevancia práctica.

*b. El hombre público.* También en atención de la finalidad e instrumentalidad del derecho a informar en un régimen democrático, resulta razonable distinguir la situación del "hombre público" de la del ciudadano ordinario en lo que concierne al alcance del derecho a la intimidad. En Sentencia 1/013-01, de febrero de 2013, el Tribunal de Apelaciones en lo Penal de Primer Turno adhirió a esta tesitura, haciendo referencia a que éste es el criterio que también ha adoptado la jurisprudencia europea, norteamericana, y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyas sentencias y opiniones consultivas en materia de comunicaciones e informaciones tienen plena vigencia en el territorio nacional por vía del artículo 1 de la Ley 16.099, con texto otorgado por la Ley 18.515<sup>57</sup>. Dichos órganos "*han consagrado un muy amplio estándar de protección de libertad de expresión cuando de criticar a funcionarios públicos se trata (...), según el cual en una sociedad democrática, la libertad, para sobrevivir, requiere un cierto margen de tolerancia cuando de censurar a miembros del gobierno se trata.*"

traída de ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998, pp. 747-757

54 LARRAÑAGA, Luis, "Límites del derecho a informar y desnaturalización de la imagen", ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998, p. 756

55 RAVANAS, J., "La protection des personnes contre la realisation et la publication de leur image", París, 1978, p. 145

56 Sentencia N° 87/1995 TAC de 4° Turno, 19.7.1995, AJU, t.IV, n.3

"La afirmación de que toda información se legitima cuando es verdadera es opinable, salvo que se trate de garantizar un interés público prevaleciente, concepto que tiene carácter contingente y variable. (...)

Para dar una noticia es necesario que se demuestre en forma razonable la existencia de un interés público en que se descubra y aclare la verdad en forma clara, evidente y precisa."

57 Artículo 3°.- Agrégase al artículo 1° de la Ley N° 16.099, de 3 de noviembre de 1989, el siguiente inciso:

"Constituyen principios rectores para la interpretación, aplicación e integración de las normas civiles, procesales y penales sobre expresión, opinión y difusión, relativas a comunicaciones e informaciones, las disposiciones consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, se tomarán en cuenta muy especialmente los criterios recogidos en las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Americana de Derechos Humanos y en las resoluciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, siempre que ello no implique disminuir los estándares de protección establecidos en la legislación nacional o reconocidos por la jurisprudencia nacional".

Por inferencia lógica, consideramos que este criterio es aplicable tanto a funcionarios públicos estricto sensu, como a quienes ejercen funciones políticas en un sentido más amplio, ya sean líderes de organizaciones sindicales, organizaciones no gubernamentales, movimientos de derechos humanos, etc.

Resulta pertinente hacer constar una salvedad respecto el alcance del término “hombre público” a los efectos del presente estudio: consideramos que ha de abarcar a quienes ejercen una actividad vinculada al interés general, ya sea por tener la condición de funcionario público, o participar de actividad política. Quedan excluidos de este criterio quienes, por algún otro motivo, han hecho de su intimidad un asunto público; piénsese en el caso de las llamadas “celebridades”, quienes con frecuencia brindan información de su vida íntima a los medios masivos de comunicación. El estudio de esta última situación ha de realizarse desde los criterios utilizados para evaluar los casos de hecho de la víctima, porque con su propia conducta contribuyen a la producción del daño.

## V. Conclusiones

Resulta indiscutible que así como el legislador ha deseado y consagrado una regulación amplia y abarcativa del derecho a la información, la libertad de prensa y la libertad de expresión en general, también la jurisprudencia ha sabido, con el mismo fervor, reprobar y patentizar aquellos casos en los cuales, a partir del ejercicio de tales derechos, atinentes a la libertad de la información y comunicación, se han derivado prácticas que implican un avasallo a los límites de que cada derecho está impregnado, abriendo paso a un uso abusivo, contra espíritu y antifuncional de los mismos. No es posible asegurar una construcción autónoma y homogénea del abuso de derecho en sede de medios de comunicación, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se enriquecen a diario a través de la incorporación de nuevos criterios para la fijación de los límites internos de derechos y prerrogativas. Sin embargo, la inspección de decisiones jurisprudenciales efectuada, permite descartar que lo expuesto implique la arbitrariedad y la falta de certeza en la jurisdicción; por el contrario, existen ciertos patrones en la delimitación de la existencia del abuso del derecho a informar que se propagan coherentemente por la amplísima mayoría de las sentencias: exigir diligencia en la elaboración y publicación de una noticia que sea mayoritariamente verdadera, sin titulación tendiente a confundir al público, calificativos innecesarios, o un estilo abstruso, y que responda a un interés general en consonancia con los principios generales que rigen el sistema jurídico todo.

Por lo tanto, consideramos que se ha logrado una tendencia, si consideramos –como lo hicimos– al abuso del derecho en cuanto principio general de Derecho, a excederse de la interpretación por mero apego del texto normativo y así arribar, con talante armónico a una interpretación más teleológica o finalista de las normas. Esto permite considerar con menor escepticismo aquello que señala la doctrina con frecuencia, esta vez en palabras de GÓMEZ ROBLEDO: *“Podríase tal vez, para prevenir desmanes, configurar el abuso de derecho con toda la precisión posible en la ley pertinente, pero habrá siempre inevitablemente un margen de indeterminación que solo podrá llenar, en cada caso concreto, la prudencia del juez.”*<sup>58</sup> Tras el estudio realizado, arribamos al entendido de que esta

<sup>58</sup> GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, “El abuso del derecho en Derecho Internacional”, Revistas Jurídicas UNAM, p.289

“prudencia del juez” se encuentra alejada de la temida arbitrariedad, que socavaría la seguridad jurídica de la solución.

## Bibliografía

AUSÍN, Txetxu; y PEÑA, Lorenzo, “El deber de veracidad”, Editorial Universidad de Santiago de Compostela, 2003.

CASSINELLI, Horacio, “Derecho Público”, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

COVIELLO, Nicolás, “Doctrina general del derecho civil”, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1938.

ESTEVA GALLICCHIO, Eduardo, “El derecho a la protección de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la doctrina y en la jurisprudencia en Uruguay”, Revista Semestral de Estudios Constitucionales de Chile, Año 6 N°1, Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2008.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Abuso del derecho”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.

FUENMAYOR, Alejandro, “El derecho de los ciudadanos al acceso a la información pública. Análisis jurídico y recomendaciones para una propuesta de ley modelo sobre el derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública”, UNESCO San José.

GAMARRA, Jorge, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo, t.XIX”, Editorial FCU, Montevideo, 2000.

GAMARRA, Jorge Luis, “Tratado de Derecho Civil Uruguayo de Jorge Gamarra, versión abreviada y actualizada, Tomo III Responsabilidad Extracontractual”, Editorial FCU, 1ª. Edición, Montevideo, setiembre 2012.

GÓMEZ ROBLEDO, Antonio, “El abuso del derecho en Derecho Internacional”, Revistas Jurídicas UNAM, p.289.

HOWARD, Walter, “Derecho de la persona, Volumen I”, Editorial Universidad de Montevideo.

LARRAÑAGA, Luis, “Límites del derecho a informar y desnaturalización de la imagen”, ADCU, t. XXVIII, Montevideo, 1998.

LAYERLE, Carlos. “Responsabilidad por abuso de derecho”. Revista de la Facultad de Derecho. V. XVI, n.1 y 2, 1965, ps. 35-124l

LEWIS, Anthony, “El Caso Sullivan y la Primer Enmienda”, Editorial Sociedad Interamericana de Prensa, Estados Unidos, 2000.

MARIÑO LÓPEZ, Andrés, y NICOLA, José Luis, "Guía de jurisprudencia: responsabilidad civil de los medios de comunicación", Revista Crítica de Derecho Privado, N° 6, 2009.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo, "Abuso de derecho", Editorial Ediciones del Foro, Montevideo, 2009.

RUFFINI GANDOLFI, María Leticia, "Génesis jurisprudencial y sucesivos desarrollos de la defensa de la persona contra la divulgación de hechos concernientes a su esfera privada", Estudios Jurídicos N° 6, 2009.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. "La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea", Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

SÁNCHEZ FERRIS, Remedio, "El derecho a la información", Editorial Cosmos, Valencia, 1974.

VENTURINI, Beatriz, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", Revista de Judicatura N° 39, Montevideo, julio 1998.

ZORRILLA RUIZ, Manuel María, "Teoría general para un entendimiento razonable de los episodios del mundo del derecho", 2ª. Edición, Editorial Dykinson S.L, Madrid, 2005.

#### Páginas de internet

<http://bjn.poderjudicial.gub.uy/>

[www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)

[www.cade.com.uy](http://www.cade.com.uy)

#### Normas jurídicas citadas

-Constitución de la República Oriental del Uruguay.

-Código Civil Uruguayo.

-Decreto Ley 15.672 del 9 de noviembre de 1984, "Ley de Prensa, se aprueba y se deroga la Ley 9.480, y sus Modificativas y Concordantes".

-Ley 9.480 del 28 de junio de 1935.

-Ley 16.099, "Ley de prensa", de 3 de noviembre de 1989.

-Ley 18.515 del 16 de junio del 2009, sobre medios de comunicación.