

Voces: ABUSO DEL DERECHO ~ ACCION ANTIJURIDICA ~ CAUSAS DE JUSTIFICACION ~ CONSENTIMIENTO ~ CULPA CONCURRENTENTE ~ DAÑO MORAL ~ DAÑOS Y PERJUICIOS ~ DERECHO A LA IMAGEN ~ DERECHO A LA INFORMACION ~ DERECHO A LA INTIMIDAD ~ FUNCIONARIO PUBLICO ~ INDEMNIZACION ~ LIBERTAD DE PRENSA ~ MEDIOS DE COMUNICACION ~ PRESIDENTE DE LA NACION ~ PRUEBA ~ RESPONSABILIDAD CIVIL ~ RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES ~ RESPONSABILIDAD PENAL

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H(CNCiv)(SalaH)

Fecha: 11/03/1998

Partes: Menem, Carlos S. c. Editorial Perfil S.A. y otros.

Publicado en: LA LEY 1998-B, 630 - DJ1998-2, 334 - LA LEY 1998-C, 138, con nota de Ricardo Palermo; Leticia V. Insúa Alves de Oliveira; LA LEY 1998-D, 588, con nota de Germán J. Bidart Campos ;

Cita Online: AR/JUR/1923/1998

Sumarios:

1. El derecho a la intimidad comprende el derecho de controlar la información relativa a ciertos aspectos de la vida, entre ellos, los datos verídicos pero reservados al conocimiento del sujeto o de un grupo reducido de ellos, cuya divulgación o conocimiento por otros apareja algún daño. En virtud de tal derecho, el sujeto tiene la potestad de oponerse a toda investigación de su vida privada por terceros y a la divulgación de datos que, por su naturaleza, estén destinados a ser preservados de la curiosidad pública. Así, quedan comprendidos en el ámbito del derecho a la intimidad aspectos relacionados con la vida familiar, afectiva o íntima.

2. La preservación de la intimidad de una persona pública sólo puede ceder ante el derecho a la información cuando lo difundido afecta, por su objeto o por su valor, al ámbito de lo público. Así, la difusión de datos sobre aquélla se justifica si atiende un interés público. Sin embargo, no todo lo que interesa al público, o por lo que se siente curiosidad, puede ser catalogado como de interés público. En efecto, la vida afectiva o familiar de un funcionario público, en tanto no se vincule con aspectos de su actividad, está al margen de la curiosidad de terceros y por tanto debe ser protegida por el ordenamiento jurídico.

3. No se justifica la intromisión en la intimidad del funcionario público mediante la divulgación de un hecho de su vida privada si éste no se vincula directamente a la responsabilidad política de aquél sino a su pasado y su conocimiento no incide en el ámbito de datos que los medios de difusión deben poner en conocimiento del público, a los efectos de la crítica de la gestión de gobierno.

4. Ante la ausencia de consentimiento expreso para la difusión de un dato sobre la vida privada del afectado, la prueba de la existencia de consentimiento implícito, y la de las modalidades que lo acompañaron, deben ser presentadas de tal modo que no ofrezcan dudas, evaluando el comportamiento del interesado en relación al fin que se había fijado en el momento en que lo prestó.

5. Cuando una noticia afecta a más de una persona no basta con el consentimiento de una para privar de su derecho a la intimidad a la otra, pues el consentimiento, como causa de justificación, tiene límites y, entre ellos, se encuentran los derechos de terceros.

6. Si bien los padres son responsables, concurrentemente, del daño ocasionado a su hijo por la difusión de noticias que lesionan su intimidad cuando éstas fueron facilitadas por aquéllos, el medio de comunicación no se libera de responsabilidad aun si aquéllos manifestaron su consentimiento y si es responsable, por causar un daño, lo es frente a todos los perjudicados.

7. Aun cuando la libertad de prensa, por la importancia que posee en nuestro sistema democrático, es una de las que cuenta con mayor reconocimiento y con la máxima tutela jurisdiccional, ello no significa que el periodismo sea ajeno al deber de reparar los daños causados por la difusión de noticias falsas o erróneas o que invadan la privacidad, pues tal libertad no significa impunidad.

8. Si bien la libertad de informar no requiere infalibilidad de quien informa, se abusa de esa facultad cuando al margen del propósito de informar al público y divulgar los hechos ocurridos, se infringen normas elementales y se utilizan medios no necesarios que lesionan derechos de terceros protegidos por el ordenamiento jurídico.

9. En materia de responsabilidad civil se configura un daño cuando se produce un agravio a un derecho subjetivo o a un interés objeto de tutela, el cual debe ser indemnizado conforme a los principios generales. Así, cuando se demanda la reparación del daño moral sufrido por la difusión de datos -en el caso, relativos a la vida privada del primer mandatario-, la antijuricidad resulta de la difusión de hechos excluidos del conocimiento público, ya sea que la violación provenga de una acción o de una omisión impuesta por la ley en sentido formal o material. Ello así, pues la ilicitud surge de la colisión entre el acto y el derecho objetivo, considerado en su totalidad.

10. La indemnización que corresponde a quien fue víctima del ejercicio abusivo de la libertad de informar no debe ser ínfima pues, de lo contrario, se convierte en lucrativa y fomenta la industria del escándalo. Así, a los efectos de su valuación, debe considerarse la deformación y repercusión del hecho, la gravedad de las imputaciones y el hecho que la demandada es una empresa periodística de amplia difusión.

11. En el caso de indemnización del daño moral sufrido por la difusión de noticias, la responsabilidad civil es más amplia que la penal, pues abarca tanto a quienes controlan y generan la actividad informativa como a quienes obtienen de ella un provecho económico.

12. El alcance de la protección de la intimidad, a los efectos del ejercicio de la libertad de prensa, varía según se trate de una persona de vida pública o de vida privada y, esta diferenciación, incide en el mayor o menor margen de protección que se concede, a aquéllas, en la divulgación de información veraz relacionada con datos de su vida privada. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

13. Existen dos categorías de personas de vida pública, a los efectos de la limitación de su intimidad, las que alcanzan notoriedad, cuyo pensamiento y acción tienen trascendencia decisiva en la vida de la comunidad general, y las que tienen popularidad pero cuya conducta no produce efectos significativos en el destino común de la colectividad. Dentro de la primera se incluyen a los hombres de Estado y a los políticos y, en la segunda, a los deportistas, artistas, científicos, etc. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

14. El control de la información relativa a aspectos relacionados con la conducta y el obrar pasado o presente del primer mandatario, sean de índole privada o relativos a la gestión presidencial, tiene fuertes implicancias de orden jurídico e institucional, pues cuando la noticia versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como fundamento del proceso democrático, su cercenamiento iría en contra del derecho del ciudadano a estar informado así como de la salvaguarda del sistema político que es su función garantizar. Ello así, pues la vida y la conducta moral de quien conduce la Nación constituye materia de interés general. Su intimidad y conducta exterior, si bien son teóricamente discriminables, se confunden en la comprensión integral de aquél. Así, la dimensión humana que se identifica con su accionar exterior en su relación con los terceros se nutre y se recrea a partir de la intensidad de su vida íntima. En consecuencia, no resulta arbitraria la divulgación de datos de su vida privada si es legítimo su fin, pues permite al ciudadano emitir un juicio respecto de la conducta personal de aquél. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

15. Es legítima la divulgación de datos de la vida privada del primer mandatario si el conocimiento de tal información permite al ciudadano, conocedor de su discurso y conducta pública, emitir su juicio cuando encuentre una divergencia sustancial entre su actuar exterior y sus convicciones. Por tanto, quien admite públicamente su convicción respecto de ciertos valores -en el caso, de una determinada doctrina religiosa-, no puede luego afirmar que carece de interés para el ciudadano conocer la información que le permita corroborar o no la veracidad de su discurso, máxime cuando ha sido el interesado quien ha puesto, voluntariamente, la cuestión en el ojo de la opinión pública. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

16. La norma del art. 1071 bis del Cód. Civil incluye, dentro de su enumeración no taxativa de supuestos, la publicación de retratos. Así, no existe violación del derecho a la imagen si el retratado prestó su consentimiento para la reproducción, y la misma se encuentra legitimada pues se trata de un asunto de interés general. Por tanto, si el retratado consintió la reproducción en compañía del menor y de su acompañante -en un acto oficial o en residencias oficiales- no puede sostenerse, sin contrariar la teoría que descalifica ir contra el propio accionar, que esa reproducción está destinada a ser guardada en la intimidad de tal persona. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

17. Dado que la participación del ciudadano en el desarrollo político de su país comprende el derecho a controlar el poder político, la prensa no puede constituirse en valla sino en una herramienta para propender a la inserción de aquél en el proceso político, posibilitando el juicio y la crítica de quienes ocupan cargos públicos, a fin de retirar su confianza o reafirmar su apoyo. En efecto, la idea de democracia es la que subyace en el reconocimiento constitucional de la libertad de prensa, pues el derecho a la información opera como vínculo permanente entre las libertades públicas y el principio democrático. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

18. Los conflictos que puedan presentarse entre el derecho a la intimidad y el ejercicio de la libertad de prensa no pueden analizarse sino dentro de los límites del caso concreto. Ello así, pues la sensibilidad y la importancia de los intereses en juego en tales conflictos aconsejan basarse en principios limitados que no van más allá del contexto adecuado del caso. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

19. No basta la mera comprobación de la existencia de una intromisión en la intimidad de una persona pública, en el caso mediante la divulgación de un hecho veraz relativo a su ámbito personal y familiar, para concluir que esa conducta merece el reproche del derecho, sino que debe indagarse si reviste el carácter de ilegítima. De esta forma, el juez, considerando las circunstancias del caso, debe examinar la legitimidad del accionar del sujeto imputado, siendo disvalioso su reproche si deja sin contenido otros derechos que el cuerpo social considera dignos de protección. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

20. Para que la intromisión en la esfera de la intimidad de un individuo pueda ser considerada ilegítima debe ser arbitraria, tal arbitrariedad implica que dicha acción ha sido realizada sin derecho o en ejercicio abusivo de un derecho. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

21. El criterio a utilizar en la comprobación de la relevancia pública de una información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la misma, pues 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. Por tanto, en tal caso, el derecho de información alcanza su máximo nivel de eficacia legitimadora dado que la vida y conducta moral de aquéllos participan del interés general con una mayor intensidad que la de personas privadas, quienes al verse involucradas en asuntos de trascendencia pública gozan de un ámbito superior de privacidad. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

22. El principio de la libertad de pensamiento y de prensa excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previa, pero no exime de responsabilidad al abuso y al delito en que se incurra por tal medio, a través de

publicaciones en las que se cometen excesos contrarios al principio de aquella libertad, al orden y al interés social. No existe abuso del derecho cuando el demandado no ha actuado desviándose de la finalidad en virtud de la cual su conducta deviene legítima, esto es, informa sobre asuntos que poseen trascendencia para la comunidad. (Del voto en disidencia del doctor Achával).

Texto Completo:

2ª Instancia. - Buenos Aires, marzo 11 de 1998.

El doctor Kiper dijo:

Contra la sentencia dictada en primera instancia, que no hizo lugar a la demanda por la cual el actor perseguía la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la intromisión en su intimidad, ni a la reconvencción por la que uno de los demandados reclamó los daños y perjuicios sufridos por injurias, el actor expresa agravios a fs. 225/32 y los demandados a fs. 234/40. A fs. 242/4 y a fs. 245/60 se contestaron los respectivos traslados.

Sostiene el actor que el a quo no trató en su sentencia las defensas y excepciones articuladas por las partes, aunque aclara que ello no le causa agravio. Posteriormente, efectúa un relato de los hechos que dieron lugar a este litigio, y formula consideraciones sobre el derecho a la intimidad, incluso la de los personajes públicos, y la libertad de prensa que, a su entender, justifican la procedencia de la demanda entablada.

Los demandados se agravan, en conjunto, de que se hayan impuesto las costas en el orden causado pues, teniendo en cuenta el monto de lo reclamado por cada una de las partes, han resultado victoriosos. Consideran que el a quo se apartó del principio objetivo de la derrota. Además, el codemandado H. D'Amico, en su carácter de editor responsable, se agravia de que se haya rechazado la reconvencción, fundada en que el actor calificó de "cloaca" y de "organización delictiva" a la Revista Noticias y a sus integrantes. Señala que fue destinatario de las expresiones, pues fueron la exagerada reacción del actor frente a las noticias divulgadas.

Antes de examinar desde el punto de vista jurídico los agravios de las partes, efectuaré un breve relato de los hechos que motivan esta litis. Aclaro que seré muy escueto por la índole de los hechos, que incluso se refieren a menores, y porque en definitiva las publicaciones -que tengo a la vista- se encuentran agregadas a la causa y no se encuentra controvertida por las partes su autenticidad.

El actor, Presidente de la Nación, demanda la reparación del daño moral sufrido por la difusión de noticias que, a su entender, lesionaron en forma ilegítima su intimidad. Se refiere a tres publicaciones aparecidas en la Revista Noticias: a) en una de ellas se difundieron públicamente circunstancias vinculadas a la presunta paternidad de su hijo fallecido respecto de una menor -nieta de aquél- y a constancias obrantes en la causa judicial sobre reconocimiento de la filiación; b) en otra de ellas se informa sobre el estado depresivo en el que se encontraría su ex esposa, a raíz de haber tenido aquél un hijo extramatrimonial con una legisladora cuando se encontraba detenido en una localidad de la Provincia de Formosa, alrededor del año 1980; c) en otro ejemplar, se publican detalles acerca de dicha relación, y del actual vínculo que sostendrían los involucrados, entre los que se incluyen supuestos favores económicos y reclamos de esta naturaleza. La demanda está dirigida contra la Editorial Perfil S.A., el director de la Revista Noticias Jorge Fontevicchia, y Héctor D'Amico, editor responsable.

El último de los mencionados dedujo reconvencción por el daño moral sufrido al haber el actor efectuado manifestaciones con relación a lo publicado en la revista en el N° 984. Señala que por distintos radios calificó a la Revista Noticias de "verdadera cloaca en la que se esconde una organización delictiva", y que su ejercicio era "canallesco".

Comenzaré por el examen de las pretensiones del actor y, especialmente, en lo que atañe a la difusión de su relación sentimental con una persona en la Provincia de Formosa, de la que habría nacido un hijo.

Nadie pone en duda la importancia fundamental que la libertad de prensa posee para nuestro sistema democrático, razón por la cual su reconocimiento es uno de los que cuenta con mayor entidad y con la máxima tutela jurisdiccional (Fallos: 315:1943), pero el hecho de ocupar un lugar preferente en el rango constitucional no significa que el periodismo sea ajeno al deber de reparar los daños causados por la difusión de noticias falsas o erróneas, o bien que invadan la privacidad, pues como surge de la jurisprudencia y de la opinión de la mayoría de los autores, dicha libertad no significa impunidad (Fallos: 269:189; 306:1892; 310:508 -La Ley, 130-760, 17.369-S; 1985-B, 120; 1987-B, 269-).

Como los demás derechos, no es absoluto (Fallos: 257:275; 258:267 -La Ley, 115-437; 114-515-; 262:205), pues todos deben actuarse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, atendiendo a su razón de ser teleológica y al interés que protegen (Fallos: 255:293 -La Ley, 111-498-; 262:302; 263:460 -La Ley, 123-959, 13.815-S-). Sostuvo la Corte Suprema en el caso "Campillay c. La Razón", el 15/5/86, que "la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia

libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas -arts. 14 y 33, Constitución Nacional" (Fallos: 308:789).

Como expresa Mosset Iturraspe, es cierto que la libertad de informar no requiere infalibilidad por parte del que informa, pero se abusa de esa facultad cuando al margen del propósito de informar al público y divulgar los hechos ocurridos, se infringen elementales normas y medios no necesarios, que resultan por ello, constitutivos de atentados que lesionan derechos de terceros y que se hallan protegidos por el ordenamiento jurídico ("Responsabilidad por daños", t. II-B, p. 247).

En lo que aquí interesa, en materia de responsabilidad civil, se configura un daño cuando se produce un menoscabo o un agravio a un derecho subjetivo o a un interés que pueda ser objeto de tutela, que debe ser indemnizado de acuerdo a los principios generales. La antijuridicidad resulta de la difusión de noticias cuyos hechos están reservados del conocimiento público, ya sea que la violación provenga de una acción o de una omisión impuesta por la ley en sentido formal o material (v. Vocos, F., "La libertad de prensa y responsabilidad civil", Rev. Campus, p. 13 y sigtes.), pues la ilicitud resulta de la contrariedad del acto con el derecho objetivo considerado en su totalidad (Orgaz, A., "La ilicitud", ps. 17/8; Pizarro, R. D., "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", ps. 143 y sigtes.).

Se desprende del texto del art. 19 de la Constitución Nacional la protección de la intimidad, esto es, la tutela jurídica de la vida privada. Esta norma constitucional se encuentra reglamentada por el art. 1071 bis del Cód. Civil, y apunta a preservar cierta esfera personal del conocimiento generalizada de terceros (v. Nino, C., "Fundamentos de derecho constitucional", p. 237, Buenos Aires, 1992). Como expresa Bidart Campos, se trata de una "zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, dentro de la cual podemos excluir las intrusiones ajenas y el conocimiento generalizado por partes de terceros" ("Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, p. 370, Buenos Aires, 1993).

Orgaz se refería al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia ("La ley sobre intimidad", ED, 60-927); en sentido similar se expide Ferreyra Rubio, para quien el derecho a la intimidad comprende, entre otros, al derecho de controlar toda la información referente a ciertos aspectos de la vida, entre los que se incluyen los datos que son verídicos, pero reservados al conocimiento del sujeto o de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño ("Derecho a la intimidad", ps. 38 y 52, Buenos Aires, 1982). Para Ekmekdjian la intimidad es uno de los contenidos del derecho a la dignidad ("Derecho a la información", p. 50).

Como expresa Pizarro, en esta misma línea de ideas, el derecho a la intimidad confiere al sujeto la potestad de "oponerse a toda investigación de su vida privada por terceros y a la divulgación de datos que por su naturaleza están destinados a ser preservados de la curiosidad pública", lo que comprende aspectos relacionados con la vida familiar, afectiva o íntima, como divorcio, adulterio, "affaires", reconciliaciones, actos de infidelidad, etc. ("Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación", p. 175 y nota 12).

En el caso "Ponzetti de Balbín", señaló la Corte Suprema que el derecho a la intimidad protege un ámbito de autonomía individual constituida por 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. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y 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 otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen" (Fallos: 306:1092).

Es importante señalar que sostuvo allí el referido tribunal que los hombres públicos o notorios también disponen de su órbita de intimidad, que no puede ser invadida.

La protección de la intimidad de los personajes públicos también fue señalada por los tribunales extranjeros. Así, alguna jurisprudencia italiana ha considerado que violan el derecho a la intimidad las publicaciones que revelan secretos e intimidades de la vida privada de personas pertenecientes a la vida pública, en tanto éstas no hayan consentido o buscado la publicidad (v. Mosset Iturraspe, J., "El derecho a la intimidad...", JA, 10/3/75).

Relata Rivera que los tribunales franceses declararon que era un atentado condenatorio la publicación de un dibujo o fotografía de personajes públicos en su estado de muerte, como la de Rachel y Jean Gabin, o bien los comentarios con fotos de la muerte del hijo de Romy Schneider, o la invasión publicitaria de un enfermo grave

como Jacques Brel, o de la enfermedad de un hijo de Gérard Phillipe ("Derecho Civil. Parte general", t. I, ps. 169 y 175).

También Rivera recuerda el caso resuelto por los tribunales franceses que involucraba a Giscard d'Estaing -donde no se demandada una indemnización sino que directamente se prohibió la difusión de libros y revistas-, en el que el Tribunal de Gran Instancia de París expresó que el combate político, para ejercerse en el marco de la libertad de prensa y de información debe dejar fuera de su campo todo hecho que se refiera directamente a la intimidad de la vida familiar o personal. La circunstancia de que la persona sea un hombre público no autoriza ni justifica una intrusión en aquello que constituye su vida privada. En cambio, anteriormente ese tribunal había puesto límites a la vida privada, pero cuando se tratase de "crónica histórica", pues la historia pertenece a todo el mundo, siempre que no se incurra en injurias" ("Derecho a la intimidad", en "Derecho de Daños", parte 1ª, p. 359, Buenos Aires, 1996).

Agreda dicho autor que la solución se justifica pues, por empezar, todas las personas físicas tienen derecho a la vida privada; además, normalmente la atención del gran público está dirigida a los comentarios de las personas conocidas, de los personajes y, por lo tanto, éstos también deben estar protegidos contra las intromisiones arbitrarias en su zona de reserva (ob. cit., p. 360). La sola notoriedad de la persona no la priva de intimidad; como señaló De Cupis: "no se paga con tan caro precio el dudoso bien de la celebridad" ("Teoría y práctica del derecho civil", Barcelona, 1960).

En el derecho alemán, se consideró que atentaba contra la intimidad y el derecho a la imagen, la publicación de una fotografía del canciller Bismarck sobre su lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes (v. Pizarro, ob. cit., p. 178).

Los tribunales españoles protegieron la intimidad de la viuda del famoso torero "Paquirri", filmado en la sala de primeros auxilios cuando fallecía (Tribunal Constitucional, 2/12/88, JA, 1989-III-695; con nota de Morello, A., "La fiesta taurina y el derecho a la privacidad").

En la jurisprudencia italiana también se ha reconocido el derecho a la privacidad de los personajes notorios, con excepción de aquellos supuestos en los que medie consentimiento de la persona (aún implícito), o un prevaleciente interés público (Corte Suprema de Casación, sents. 00990 del 24/4/63; 02129 del 27/5/75; 04031 del 16/4/91; 04785 del 2/5/91; 01503 del 6/2/93; 05175 del 10/6/97; Bonito, V., "Alcuni aspetti del diritto alla riservatezza e relativa tutela", en "Nuova rassegna de legislazione, dottrina e giurisprudenza", an. 000055 (1981), fasc. 10, ps. 906/25; Del Prato, E., "Il riserbo nel mondo dello spettacolo", nota al fallo del Tribunal de Roma del 16/2/90, en "Giustizia civile", an. 40 (1990), fasc. 12, 1, ps. 2969/79).

Es cierto que cuando se trata de figuras públicas, en aras a la formación de una opinión pública libre, y por requerirlo el pluralismo político y la tolerancia necesarios para la existencia de una sociedad democrática, su privacidad corre mayor riesgo de resultar afectada por opiniones o informaciones de interés general. El tema nos lleva al interés público, dado que debe ser informado todo aquello que contribuya a la formación de la opinión pública.

En cuanto al sujeto, en este caso el actor Presidente de la Nación, no hay duda de la relevancia pública de la información que se vincule con él. Pero, como señalé, también los personajes públicos gozan de un ámbito de privacidad, pues de no ser así se violaría el principio de igualdad, en tanto la fama no puede determinar la aplicación de las normas jurídicas. En España, advirtió la doctrina que, de no ser así, se corre el riesgo de una tiranía sutil de los periodistas sobre quienes tienen actividades públicas, tan negativa como la que se produciría a la inversa con el intento del poder político de restringir el ejercicio de los derechos a la información y a la opinión. Esto hizo que el Superior Tribunal Constitucional atenuara su jurisprudencia, en principio reacia a reconocer la protección de la intimidad de las figuras públicas (Ruiz Miguel, C., "La configuración constitucional del derecho a la intimidad", ps. 250/1, Madrid, 1995).

Por ende, cabe analizar si el objeto de la información constituye un factor de interés público, ya que no es suficiente con que el sujeto tenga relevancia pública, sino que además deben ser de interés general los hechos, la materia, en los que el sujeto se ha visto involucrado. La difusión de un hecho de la vida privada se justificaría si fuese necesario para la formación de la opinión pública. Entiendo que Ruiz Miguel enfoca adecuadamente la cuestión, en términos que comparto: "... Bien puede suceder (así parece en Estados Unidos o en España) que los hechos más privados interesen al público, pero no por ello dejan de ser privados. El criterio del interés público entendido "lato sensu" deja la intimidad a merced de la voracidad de las masas. El Tribunal Constitucional parece haber tomado conciencia de ello y ha depurado conceptualmente esta exigencia del interés público. La relevancia comunitaria y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente formentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia... Para el Tribunal Constitucional la preservación de ese reducto de inmunidad que es la intimidad sólo puede ceder, cuando el derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no

coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena" (ob. cit. p. 252).

Pues bien, sin necesidad de entrar en mayores búsquedas, es claro que los personajes públicos también gozan de protección respecto de su intimidad (conf. IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1983). Se trata de un derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, aun cuando tenga una intensa actividad pública, que se encuentra limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos (v. Cifuentes, S., "Derechos personalísimos", p. 544; CNCiv., sala A, "Menta c. Perfil", 11/9/96 -La Ley, 1997-F, 70-).

La conclusión lógica a la que debe arribarse es que, aun cuando se trata de personas notorias, existe una parte de la vida del hombre que debe excluirse de la actividad pública y a la cual los terceros no tienen acceso, en principio, a fin de asegurar a la persona el secreto y la tranquilidad a los que tiene derecho como ser humano (v. Bustamante Alsina, J., "La protección de la intimidad y la libertad de prensa", en "Derecho de daños", cit., parte 2ª, p. 149).

Como señaló en una oportunidad el Tribunal Constitucional de España, la preservación de ese reducto sólo puede ceder, cuando se trata del derecho a la información, si lo difundido afecta, por su objeto o por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. La difusión se justifica cuando atiende un interés público (sents. del 14/2/92 y del 12/11/90). Agrega Vázquez Ferreira que "no todo lo que interesa al gran público, o aquello por lo que siente curiosidad puede ser catalogado como de interés público ("Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad" en "Derecho de daños", cit., 2ª parte, p. 173). El legítimo interés del público debe apuntar a la actividad de la figura, a sus manifestaciones públicas, que son las que trascienden de la privacidad (v. sobre el tema Muñoz Machado, S., "Libertad de prensa y proceso por difamación", p. 148 y sigtes., Barcelona, 1988; Morello, A., "Libertad de prensa y responsabilidad civil (la legitimación de quien es figura pública y la prueba de la malicia real", JA, 1992-I-565).

Como expresa Pizarro, la vida afectiva o familiar de un funcionario público, en tanto y en cuanto no se vincule con aspectos propios de su actividad, está entonces al margen de la curiosidad malsana de terceros. Y debe ser celosamente protegida por el ordenamiento jurídico" (ob. cit., p. 181).

El límite, o si se quiere la causa de justificación (conf. despacho de la Comisión 4 en las Jornadas de Responsabilidad por Daños en homenaje al doctor Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990), se centra en el interés público, idea que puede extraerse del art. 31 de la ley 11.723 y del art. 111, inc. 1º del Cód. Penal, y cuya prueba debe estar a cargo del medio, teniendo en cuenta el carácter de excepción del justificativo. Esos intereses superiores que justifican limitar la intimidad de los hombres públicos, deben vincularse a hechos de la vida privada cuyo conocimiento puede afectar, de un modo u otro, a la colectividad; si la revelación de determinada circunstancia llena una función social útil. Debe tratarse de hechos reservados a la zona privada que puedan afectar su actuación como hombres públicos (conf. De Castro, F., "Temas de derecho civil", p. 19, Madrid, 1976).

Como señala Ferreira Rubio -con cita de R. Lindon-, si se trata de una persona que tiene en sus manos la conducción de un país, se justifica la intromisión general en los aspectos que atañen a su salud. En cambio, cuando aquél es un personaje de la historia contemporánea, las relaciones sentimentales y amorosas no deben considerarse intromisiones justificadas (ob. cit., p. 159). Comparto plenamente la conclusión, aunque quiero hacer dos salvedades: a) la intromisión en los aspectos que se vinculan con la salud no permite difundir imágenes íntimas, como el reposo en el lecho o la atención en un hospital; b) tampoco es legítimo la difusión de ciertas enfermedades, cuyo conocimiento lesione la dignidad del afectado y lo torne pasible de actos discriminatorios (v. gr. ley 23.798 respecto del Sida). Además, no debe obtenerse la información por medios ilegítimos (v. gr. violando la correspondencia o el domicilio).

Este es el criterio de la res. 428 de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa, al disponer que "las personas que desempeñan un papel en la vida pública tienen derecho a la protección de su intimidad, salvo en el caso en que ella pueda tener incidencias sobre la vida pública".

También garantiza la intimidad el Pacto de San José de Costa Rica cuando dispone que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada o en la de su familia, y que toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques (art. 11). Similares previsiones se encuentran en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16), todos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22).

No hay que olvidar -como señalé anteriormente- que la intimidad es la regla y la intromisión justificada la excepción y que, como destaca con agudeza Zavala de González, también existe un interés público en la preservación de la intimidad de las personas, pues "la paz social reposa en la salvaguarda de los intereses de sus

componentes", de modo que para sacrificar el derecho de la persona debe presentarse un interés público predominante. Además, el interés público debe ser actual, no lo que constituyó un interés público en el pasado. Agrega que debe mediar una relación causal entre el hecho y el interés en juego, de modo que puede apreciarse que aquél sirve para defenderlo o garantizarlo de alguna manera, cuestión valorativa que queda sujeta a la discrecionalidad judicial ("Derecho a la intimidad", ps. 126/8, Buenos Aires, 1982).

Cabe, entonces, examinar si en la especie se encontraba justificada la difusión de las noticias que dieron origen a este litigio, teniendo en cuenta la importancia que sobre la comunidad proyecta la figura del Presidente de la Nación, así, como la correspondiente necesidad de que aquélla conozca y controle, previa información veraz y adecuada, los actos de uno de sus principales gobernantes. Ocurre que el art. 1071 bis no distingue entre personas de actuación pública y las otras, pero sí alude a que la injerencia no debe ser arbitraria, lo que supone la posibilidad de hipótesis en las que se justifica, sin sanción legal, invadir la esfera de privacidad. La regla, ya expuesta a lo largo de este voto, consiste en que se justifica la intromisión en la vida privada de las personalidades de actuación pública oficial cuando concurre un interés superior, y en tanto tales actos se relacionen con aspecto propios de la actividad (conf. propuesta de Cifuentes para una nueva legislación en ob. cit., ps. 596/7, y en "Derechos personalísimos", ED, 106-778).

Aun cuando no se me escapa la complejidad del caso sometido a decisión, me inclino por la respuesta negativa, dado que por su carácter de excepción, ese interés público debe ser apreciado con sentido riguroso (así lo sugirió De Cupis -cit. por Cifuentes-, al comentar la sentencia recaída en favor de Clara Petaci, relacionada con Mussolini).

En el caso, se han ventilado aspectos de la vida familiar del actor, datos que son inherentes a su vida privada, pues entran sin duda en esta categoría los relacionados con la filiación, paternidad y demás relaciones de parentesco. Ello fluye de nuestra legislación si se recuerda que, de acuerdo al art. 5º de la ley 14.367, y el texto similar que la ley 23.264 le asignó al art. 241 del Cód. Civil, el Registro Civil no puede otorgar certificados de nacimiento de los que resulte si la persona fue concebida, o no, durante el matrimonio. El art. 1º de dicha ley impedía dar a conocer, para evitar discriminaciones, si el hijo fue habido por personas unidas, o no, en matrimonio. Ahora, el art. 240 del Código establece la igualdad de las filiaciones. Es claro que los datos de filiación y paternidad quedan comprendidas en el ámbito de la vida privada. Así, el art. 334 del Cód. Civil (ahora derogado por el art. 18, 23.264 y reemplazado por el art. 250, Cód. Civil), impedía declarar el nombre de la persona de quien se tuvo el hijo, a menos que esa persona lo haya reconocido.

Puede apreciarse que es muy fuerte en nuestro sistema la protección de datos vinculados con la filiación, a los que por su índole se trata de alejar de toda posible intromisión. Otro claro ejemplo de ello es lo que sucede con el Banco Nacional de Datos Genéticos, creado por la ley 23.511, cuyos registros y asientos deben conservarse "de modo inviolable" (art. 8º), lo que significa que su revelación no puede ceder ante la libertad de prensa.

Del mismo modo, cuando se publican sentencias sobre estos temas, no se publican los nombres de las partes sino sus iniciales (v. art. 9º, dec.-ley 8204/63 -modificado por ley 18.327-; Pizarro, R. D., "Daños derivados de la publicación de una sentencia por la prensa", JA, 1993-IV-618; Rivera, J. C., "Publicación de sentencias que hacen al estado civil", ED, 157-737).

También, como ocurre en el presente, el medio de comunicación tiene responsabilidad cuando difunde constancias judiciales (conf. Alterini-Ameal-López Cabana, "Derecho de obligaciones", p. 821, Buenos Aires, 1995, quienes citan en su apoyo el art. 1º, inc. c, dec. 286/81, reglamentario de la ley 22.285).

Además tengo en cuenta, fundamentalmente, que no se trata de un hecho actual sino del pasado, y que la difusión de datos antiguos afecta aún más el derecho a la intimidad.

Hay que tener en cuenta que algunas leyes extranjeras hacen mérito del llamado "derecho al olvido", el que implica justamente el olvido de datos de una persona por el transcurso del tiempo, sobre todo cuando su conocimiento ya no resulta indispensable para la finalidad para la que fue tenido en cuenta o para la valoración de la persona. Se procura evitar que ésta quede prisionera de su pasado (v. Gozáini, O., "El derecho de amparo", p. 187).

Este derecho al olvido ha sido especialmente destacado por la doctrina en lo que concierne a la interpretación del hábeas data, recientemente incorporado en forma expresa por nuestra Constitución, como justificativo para eliminar de ciertos registros datos antiguos de una persona (v. el interesante fallo de G. Medina en la causa "Falcionelli c. Organización Veraz", 5/3/96, JA, 1997-I-26).

Se trata de formas, ya sea a través de la prensa o de la informática, en las que la revelación de hechos del pasado lesiona la intimidad. Vale la pena recordar el "leading case" norteamericano "Melvin v. Reid", en el que el tribunal interviniente consideró que se lesionaba la intimidad de la demandante al haberse utilizado, sin su

autorización, su anterior nombre para hacer una película sobre su vida pasada, que consistía en el ejercicio de la prostitución y haber sido imputada en un juicio por homicidio. Se consideró que si bien el hecho relatado era verdadero, la revelación de su pasado a sus nuevos amigos y asociado introdujo un elemento que en sí mismo era una transgresión de su derecho a la privacidad. Como comenta Palazzi, el uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad y reserva de un individuo, cuando tiene cierta antigüedad ("El hábeas data y el derecho al olvido", JA, 1997-I-33).

Quiero aclarar que no afirmo que una relación concubinaria de la que nace un hijo sea un hecho que merezca ser olvidado; por el contrario, se trata de un hecho trascendente en la vida de los seres humanos. Lo que trato de valorar es si se justifica la difusión de la noticia, sin duda perteneciente a la intimidad de los involucrados, y para ello considero que es un factor relevante la antigüedad del hecho. Ello porque también acepto que, dentro de ciertos límites, la vida privada actual del Presidente de un país ya no goza de tanto resguardo, en tanto su conocimiento puede ser de interés para los ciudadanos a los efectos de evaluar determinadas condiciones de aquél. En cambio, el pasado, para que se justifique su difusión pública, debe tener relevancia o relación con la función política, con la actividad oficial.

Los funcionarios públicos, como ha señalado la Suprema Corte de los Estados Unidos, gozan de una protección más débil frente a la prensa, pues también debe protegerse al público que requiere información y discusión ("New York Times v. Sullivan", 376 US-272; "Curtis Pub. Co. vs. Butts", 388 U.S. 130; "Gertz vs. Robert Welch Inc.", 418 U.S. 323). Nadie niega en esta época la trascendencia institucional de la libertad de prensa y la función que ella cumple en las democracias republicanas para asegurar la publicidad de los actos de gobierno; de ahí la mayor exposición a la que se encuentran sometidas las figuras públicas.

En el primero de los casos citados, señaló el juez Brennan que "el debate sobre las cuestiones públicas tiene que llevarse a cabo sin inhibiciones, enérgica y abiertamente, y que bien puede incluir ataques vehementes, cáusticos y hasta a veces rudos contra los funcionarios gubernamentales y públicos", circunstancia que requiere, para la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios, la prueba de la malicia en el hecho.

No obstante, fuera de que en precedentes de esta sala descarté la aplicación de la teoría de la real malicia en el derecho argentino (v. especialmente mi voto en "M. de D. de V., R. c. Ed. P. S.A.", del 29/3/96, ED, diario del 18/4/97 -La Ley, 1996-C, 141-), señalo que en la especie no se trata de un caso de difamación sino de la revelación de un hecho cierto -no ha sido negado por el actor- y, además, no se está juzgando su conducta oficial sino revelando un hecho pasado de su vida íntima.

Para cierta posición, según mis conocimientos minoritaria, en estas situaciones la libertad de prensa es absoluta, en tanto no haya malicia. Así parece sentirlo Badeni, cuando expresa que "el derecho a la intimidad queda subordinado al legítimo interés de la comunidad para conocer su contenido" y que "No tienen derecho los ciudadanos a conocer la vida íntima de los funcionarios y candidatos a cargos públicos?, acaso, conociendo ciertos detalles, ¿no estarán en mejores condiciones para juzgar la idoneidad moral de ellos?" ("Libertad de prensa", p. 111 y nota 112, respectivamente).

A mi juicio, el límite debe buscarse en la finalidad perseguida con esta clase de informaciones. Si la noticia que se revela tiene por finalidad permitir que los ciudadanos se informen mejor acerca de los actos de gobierno y de la forma en que se comporta uno de los más importantes gobernantes, parece razonable que la intimidad ceda en beneficio del interés público. Ello, en principio, pues también podría justificarse la existencia de hechos confidenciales, si su revelación pudiese afectar la seguridad del Estado.

Ahora bien, cuando la información que se revela no aparece vinculada directamente a la responsabilidad política del funcionario público, sino más bien a un hecho de su pasado cuyo conocimiento no incide directamente en el ámbito de datos que es importante que los medios de difusión pongan en conocimiento del público a los efectos de la crítica de la gestión de gobierno, considero que no se justifica la intromisión.

Hay que tener en cuenta que la difusión se realizó cuando el actor ya había sido electo Presidente de la Nación, con lo cual cabe descartar que el conocimiento del hecho fuese necesario para una mejor elección por parte de los ciudadanos. Tampoco se trata de un hecho que pueda reputarse delito o constitutivo de mal desempeño de la función, cuyo conocimiento permitiría la procedencia de un juicio político.

Siguiendo el razonamiento de Badeni, no advierto que el conocimiento de los hechos le hubiese permitido a los ciudadanos "asumir el rol de protagonistas decisivos en el proceso político de un sistema democrático constitucional" (ob. cit., p. 111), para lo cual la prensa reviste un papel fundamental, pues si a las personas se les niega el acceso a una veraz información, no hay libertad de expresión, y sin ésta tampoco hay una verdadera democracia. En el caso, no surge que la libertad de opinión, así como el derecho de los ciudadanos a informarse sobre todas las cuestiones que se relacionen con la vida política y con sus instituciones, se vea comprometido por el conocimiento o ignorancia de las noticias difundidas por la demandada.

Podría argumentarse en sentido contrario que se trata de una cuestión relacionada con la moral de quien tiene a su cargo el Poder Ejecutivo, circunstancia que justificaría su divulgación. Sin embargo, sólo se trataría de un argumento efectista pero poco sólido, teniendo en cuenta el espíritu que anima al art. 19 de la Constitución. Como destaca Bidart Campos, no caben los peligros conjeturales ni las apelaciones vagas a "standards" genéricos de seguridad, moralidad, etc., que en una sociedad democrática carecen de aptitud para justificar intrusiones o limitaciones en la serie de conductas autorreferentes que componen la intimidad y la privacidad exigibles por la autonomía personal del ser humano (ob. cit., p. 373).

Más aún, la invocación de razones sociales o morales para justificar la difusión de noticias vinculadas a la privacidad de las personas, encierra el peligro de la inserción del sistema moral en el sistema legal, y ello puede encubrir concepciones autoritarias o intolerantes, con seria lesión al principio de igualdad, entendido en el sentido de respetar las diferencias entre las personas como modo de alcanzar una igualdad real y no formal. Este podría constituir el primer paso tendiente a suprimir los derechos esenciales de una persona, especialmente de los emergentes de su dignidad como tal.

Aun cuando por vía de hipótesis se aceptase que el hecho difundido constituye un error o un desliz del pasado del actor -cuestión que no me compete juzgar-, tampoco así encontraría justificación si se advierte que entraría en juego el principio de igualdad asegurado por el art. 16 de la Constitución, cuyo espíritu, como afirmó el doctor Fayt, apunta también a brindar aun a quienes son víctimas de sus propios desaciertos la posibilidad de recomponer su existencia (Fallos: 308:2286, consid. 13 -La Ley, 1986-E, 648-). Nuevamente aparece entonces el referido derecho al olvido, que se refiere a personas que han tenido un pasado negativo, pero que también gozan del derecho indispensable para que la carga de su pasado no las aplaste, haciéndoles perder el sentimiento de su libertad y les impida renovar o rehacer su personalidad (v. Kayser, P., "La protection de la vie privée", p. 130, París, 1984).

En el caso, considero que la finalidad perseguida por la publicación estuvo alejada del objetivo admisible, consistente en informar a la población sobre la actuación político-institucional de sus gobernantes, lo que la convierte en abusiva. Esto significa que si bien los funcionarios públicos tienen una protección atenuada frente a las informaciones que suministre la prensa, aun verdaderas, tal difusión sólo se justifica si se compadece con los fines que debe perseguir.

Es cierto que este caso presenta particularidades que pueden dar lugar a enfoques que puedan resultar opinables. De todos modos, esto también me induce a admitir la demanda, pues deben presentarse motivos muy serios que justifiquen invadir la privacidad de una persona y, en caso de duda, debo dar primacía a la intimidad, estrechamente emparentada con la idea de dignidad de la persona. Máxime cuando no se ha impedido el ejercicio de la libertad de prensa, pues no se obstaculizó la aparición de las publicaciones, y de lo que se trata es de hacer efectiva la responsabilidad civil ulterior que deriva de tal ejercicio.

Como ya adelanté, no advierto que las noticias difundidas, atinentes a la vida privada del actor, se justifiquen en un legítimo interés colectivo para extraer de ellas algunas conclusiones relevantes de índole comunitaria, ni que se vinculen con su quehacer público en modo tal que deban ser informadas para posibilitar la fiscalización de la comunidad.

No concurre en el caso otra de las hipótesis que según la jurisprudencia norteamericana permite legitimar la injerencia de la prensa: que el hecho que se pretende difundir haya sucedido en público (V. Díaz Molina, I., "El derecho de "privacy" en el "common law" y en el derecho civil", Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, año XXVII, enero-setiembre 1963, ps. 256/7; ver también: Lipzyck, D., "Creación artística y derecho a la intimidad", ED, 58-745; Novoa Monreal, E., "Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos", p. 203, México, 1979; CNCiv., sala D, 24/11/75, JA, 1976-III-316).

Tampoco se presentan -ni se han invocado- razones de seguridad del Estado que, con el fin de prevenir la seguridad pública o la paz social, justifiquen una limitación a la intimidad (v. sobre el tema Rivera, J., "Derecho a la intimidad", La Ley, 1980-D, 912).

Por otra parte, no se advierte que respecto a los hechos dados a conocimiento público, haya mediado el consentimiento del afectado. Aun cuando otro de los involucrados en la historia lo hubiese prestado, su eficacia es relativa, máxime si se advierte que de no ser el actor justamente una persona extremadamente notoria, seguramente la noticia habría carecido de toda trascendencia. Además, como se ha sostenido, si falta el consentimiento expreso, la prueba del consentimiento implícito y la de las modalidades que lo acompañaron deben ser presentadas de tal modo que no ofrezcan dudas, evaluando el comportamiento del interesado en relación al fin que se había fijado en el momento en que lo prestó" (v. Villalba, C. Lipszyc, D., "Protección a la propia imagen", La Ley, 1980-C, 815). Se interpreta en forma restrictiva la excepción que emana de la conformidad del interesado (conf. sala G, 5/4/88, JA, 1988-III-428; Vázquez Ferreira, R., "El derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen", JA, 1989-III-814).

Sin perjuicio de lo expuesto, debo referirme a circunstancias particulares del caso que pueden incidir en la solución. Sostienen los demandados a fs. 87 que la noticia se conoció originariamente al haber aparecido en Formosa un afiche, en el año 1988, cuyo texto expresaba "si no le da de comer a su hijo, cómo le va a dar de comer al país". También se alude a continuación a declaraciones de la diputada M. referentes a su seguridad, su necesidad de buscar asilo político, su concurrencia a programas televisivos; a lo acontecido en el juicio de divorcio del actor, donde éste fue interrogado por tales hechos. Se expresa que se trató de hechos que tomaron estado público, "respecto a los cuales sus actores principales no tuvieron interés en salvaguardar". Mencionan también los demandados que diversas fotografías en las que aparece el actor junto a su presunto hijo, fueron obtenidas en lugares públicos, esto es, sin la protección que confiere la intimidad. Se agrega que la diputada M. denunció policialmente el robo de un reloj que, según ella, fue un "regalo del Presidente".

Estas apreciaciones apuntan a diversas cuestiones que son confundidas. Por un lado, se pretende demostrar la veracidad de la noticia, pero lo cierto es que, además de no haber negado el actor su veracidad, no es necesario que concurra esta circunstancia para impedir la violación del derecho a la intimidad. Este puede ser vulnerado aun cuando se difundan -como señalé a lo largo de este voto- noticias ciertas. De lo que se trata es de determinar si era legítimo hacerlo cuando se invade la zona de reserva de la persona.

En diversas oportunidades la doctrina ha señalado que la publicación de "verdades" no excluye la responsabilidad del medio periodístico, pues ello depende -cuando se trata de la intimidad- de la existencia de un interés público que justifique la difusión (conf. Díaz Molina, I., "El derecho a la vida privada", La Ley, 126-981; Mazzinghi, G., "Preeminencia del derecho a la intimidad sobre la libertad de informar", ED, 18/4/97, quien explica que el principio "veritas excusat", así como el conocido dicho "la verdad no ofende", no funcionan en el ámbito del derecho civil).

Por otro lado, se pretende justificar la difusión en la conducta asumida por la madre del menor, quien aparentemente habría sido la encargada de darle estado público al hecho. Esta defensa tropieza con varios obstáculos. El consentimiento debe emanar del propio interesado (conf. Pizarro, ob. cit., p. 188). Entiendo que cuando la noticia afecta a más de una persona, no basta con el consentimiento de una de ellas para privar de su derecho a la intimidad a la otra. Justamente, el consentimiento como causa de justificación tiene límites y entre ellos se encuentran los derechos de terceros (conf. recomendaciones de la Comisión N° 1 del Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños en homenaje a Mosset Iturraspe, Buenos Aires, 1989).

Esto cobra aun más fuerza si se advierte que otro de los involucrados era un menor de edad. Quiero recordar, por su agudeza, la conclusión unánime de la comisión N° 4 en las Jornadas de Responsabilidad por daños en homenaje a Bustamente Alsina (Buenos Aires, 1990): "Cuando los medios difundan noticias que lesionen la intimidad de menores, y éstas hubieran sido facilitadas por los padres, serán responsables en forma concurrente por el daño ocasionado". Es cierto que se refiere al daño ocasionado al menor -quien nada ha demandado en estas actuaciones-, pero la conclusión es la misma, la conducta de uno de los padres no puede excusar la responsabilidad del medio, el que ni siquiera se libera con el consentimiento de ambos progenitores. Y si es responsable por causar un daño, lo será frente a todos los perjudicados.

Observo que en las notas de los Nos 896 y 985 aparecen fotografías del menor, quien además ocupa la tapa de la primera, aunque se pretendió disimularlo con una imagen borrosa o especie de cinta sobre los ojos.

Por otra parte, las supuestas declaraciones de la diputada M., así como el referido afiche aparecido en 1988 en Formosa, es posible que sean hechos ciertos, pero también confieso que no me constan, pues no los he visto personalmente ni se produjo prueba alguna en este sentido. Las únicas pruebas que produjeron las partes en esta causa son el agregado de los ejemplares de la revista en cuestión, y la remisión de fotocopias de causas penales. En ninguno de los dos ejemplares aparece la madre del menor entrevistada o reconociendo hechos; más aún, en el N° 896 se dice en la nota que "Noticias intentó consultar a M. E. M. acerca de la identidad del padre de su hijo, pero la diputada provincial efectuó una serie de viajes que impidieron establecer contacto con ella...". Luego se alude a revelaciones de una persona que dijo ser secretario privado de aquélla. También se hace referencia a que el niño nunca dijo quién era su padre.

En definitiva, considero que no concurre ninguno de los elementos que justificarían la invasión de la intimidad, especialmente el interés público prevaleciente, o bien el consentimiento del interesado.

Respecto del primero, se insiste en la necesidad de la ciudadanía en conocer aspectos de sus gobernantes. Realmente no lo niego sino que me adhiero a la afirmación, pero esto no significa que sea legítima la difusión de hechos de la vida privada, aun cuando como ciudadano me interese conocerlos. Por otra parte, se alude a la supuesta fortuna adquirida por la diputada M., a la existencia de favores políticos y económicos de envergadura hacia ella, lo cual de ser cierto es repudiable y digno de ser conocido por la ciudadanía. No es esta la vida privada a la que me refiero y que merece protección, pues si el Presidente hizo manejo indebido de los fondos públicos debería ser juzgado por ello, y si una diputada se enriqueció indebidamente también. En cambio,

considero que no existe un interés público suficiente como para justificar la difusión de los hechos no actuales relacionados con la vida sentimental de los involucrados y, especialmente, con la posible existencia de un hijo fruto de tal relación. Aun cuando el hecho pudiese ser de conocimiento del círculo de amistades -lo cual verdaderamente no me consta-, tampoco así se justifica su divulgación masiva.

En el segundo de los ejemplares citados, tras la difusión de la noticia, existe otra nota en la que se entrevista a diversos personajes -sobre todo periodistas del país y de otros lugares del mundo- para que opinen sobre los límites de la prensa. Muchos de ellos defienden la posibilidad de que los medios difundan la vida privada de personajes públicos cuando ello afecta a su actuación pública, pero reconocen también la posibilidad de que quienes se sientan menoscabados recurran al poder jurisdiccional. La prensa no puede sufrir censura, pero ello no significa que no deba hacerse responsable de sus actos. Por otra parte, la lectura de los reportajes me lleva a la conclusión de que la Revista Noticias por lo menos tuvo dudas sobre el alcance de su libertad, y que por lo tanto trató de justificar su actuación.

En el primer ejemplar se continuó con la investigación del hecho, y se transcribe la fotocopia de un interrogatorio al que habría sido sometida la diputada M. en el juicio de divorcio del Presidente y su esposa. Pues bien, como también señalé con anterioridad, no debe difundirse lo obrado en actuaciones judiciales en trámite, sobre todo cuanto se lesiona la intimidad por tratarse de un proceso de familia y en el que, además, se involucraba a un menor.

Distinta es la consideración que me merecen los otros hechos en los que el actor pretende fundar su demanda. En uno de los ejemplares de la Revista Noticias se revelan numerosos detalles de la mujer con la que supuestamente el hijo del Presidente tuvo un hijo. Considero que la revelación de estos hechos, aunque puedan no gustarle, ya tienen que ven con la intimidad de los involucrados en forma directa, pero uno de ellos ha fallecido sin demandar, mientras que el actor lo hace en nombre propio sin invocar ninguna representación, y la mujer objeto de las notificaciones tampoco es parte en esas actuaciones, lo cual me exime de mayores análisis.

Es cierto que la nota tiene aristas objetables pues, a mi modo de ver, tiene rasgos sensacionalistas y, además, se refiere a la filiación de una menor que se encuentra actualmente en trámite judicial -la causa la conozco por haber intervenido esta sala en alguna oportunidad-, y es doctrina de esta sala que la intimidad tiene una protección aún más intensa cuando se hallan en juego revelaciones sobre menores de edad. De todos modos, no advierto que la nota en cuestión apunte directamente a la figura del Presidente y, aunque así fuera se trataba de hechos de cierta actualidad y en alguna medida vinculados con su actuación como tal.

Aclaro que formulo esta apreciación en lo que concierne al derecho a la intimidad, en el que el actor fundó su demanda. Ello porque lo publicado en dicho número, en tanto se efectúan alusiones a una posible vinculación entre P. y el Presidente, dio lugar a una querrela por la supuesta comisión de los delitos previstos en los arts. 110 y 113 del Cód. Penal. Pero esto excede el ámbito de la privacidad y se vincula con el derecho al honor, lo que no ha sido objeto de esta demanda.

Al ser así, tampoco cabe la aplicación de lo dispuesto por el art. 1101 del Cód. Civil, pues si bien ambas acciones se fundan en el mismo hecho, la sentencia que se dicte en el proceso penal no puede influir en el presente, aun cuando pueda hacerlo en otro, cuestión que no me corresponde juzgar.

Por lo demás, habida cuenta de la forma en que propuse que se juzgue este hecho, es decir no violatorio de la intimidad del actor, el hecho de que descarte la suspensión del presente hasta que se dicte la sentencia penal definitiva, no le causa agravio alguno a los demandados que invocaron la existencia de una cuestión prejudicial.

En cuanto a los otros hechos que fundaron esta acción, ellos no han sido objeto de la referida querrela ("Dutil, C. G. y D'Amico, H. s/inf. arts. 110 y 113, Cód. Penal"), por lo que la invocación del art. 1101 carece de toda virtualidad en tanto la sentencia penal -cualquiera sea la decisión- no podría tener influencia en esta causa.

Por último, en el N° 984, cuya tapa se titula "El infierno de Zulema", se alude al estado de ánimo depresivo de Zulema Yoma, a raíz de "los parentescos del poder". Se menciona allí la existencia de un "presunto hijo natural del Presidente, al que éste ve y obsequia regularmente" y a los "regalos presidenciales". Se trata de hechos similares a los analizados al comienzo por lo que me remito a lo expuesto a lo largo de este voto.

En definitiva, por las consideraciones expuestas, considero que los demandados incurrieron en un ejercicio abusivo de su libertad de informar y que, por ende, la demanda debe prosperar.

La indemnización a reconocerse no debe ser ínfima, pues de ser así, como señala Cifuentes, se convierte en lucrativa y se fomenta la industria del escándalo ("La intimidad y el honor de los vivos..."). En la fijación de la indemnización deben tenerse en cuenta la deformación y repercusión del hecho, la gravedad de las imputaciones y, algo que la demandada omite, el hecho de ser una empresa periodística de amplia difusión (v. sala A., "Gutierrez Ardaya c. Clarín", 7/7/86, voto del doctor Zannoni, JA, 1986-IV-66 -La Ley, 1986-D, 381-).

Sin embargo, la suma reclamada en el escrito de inicio la encuentro exagerada. Además, pese a lo expresado en dicho escrito, considero que la indemnización del daño moral es esencialmente resarcitoria.

Por lo demás, como se ha repetido en numerosas oportunidades, no hay forma de calcular con exactitud la suma en que debe estimarse la indemnización del daño moral, ya que aquí no asume un rol de equivalencia como ocurre con el daño patrimonial, sino que procura brindar una satisfacción al damnificado sin borrar el perjuicio.

En uso de las facultades que me confieren diversas normas del Código Procesal, y teniendo en cuenta que el art. 1071 bis deja en manos del juez el establecimiento de una indemnización equitativa, propongo que la demanda prospere por la suma de \$ 150.000, con más sus intereses a la tasa pasiva a partir del mes de noviembre de 1995, en que aparecieron las publicaciones cuestionadas. Si bien advierto que una de las revistas es de febrero de 1994, la demanda no se basó en lo allí publicado.

Se solicita también la publicación de la sentencia. La doctrina es conteste en que la publicación de la sentencia -o de la retractación del ofensor- tiene virtualidad resarcitoria y es idónea para neutralizar los efectos futuros del daño moral, con apoyo en lo dispuesto por el art. 1071 bis y 1083 del Cód. Civil, en tanto la víctima así lo considere y el juez lo estime oportuno (conf. Pizarro, ob. cit., p. 299; Zannoni, E., "El daño en la responsabilidad civil", ps. 299/300, N° 96 y 366, N° 106; Carranza J., "Los medios masivos de comunicación y el derecho privado", p. 107 y sigtes.; Bidart Campos, G., "La prensa libre, la obligación de publicar y la censura", La Ley, 154-11; Mosset Iturraspe, ob. cit., ps. 252/4; Alterini-Ameal-López Cabana, "Derecho de obligaciones", p. 821, Buenos Aires, 1995; Rivera, J.C., "Publicación de sentencias que hacen al estado civil", ED, 157-737; Zavala de González, M., "La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona", JA, 1982-II-787, nota 18; ídem, "Derecho a la intimidad", p. 168; voto del doctor Cifuentes, ED, 136-237, con nota aprobatoria de Bidart Campos; despacho II-4 de la Comisión 4 en las "Jornadas sobre responsabilidad civil en homenaje al doctor J. Bustamante Alsina").

Personalmente, no advierto que la publicación de la sentencia, en este caso, constituya una adecuada reparación sino que, por el contrario, puede servir para que se consume una nueva invasión en la intimidad violada, que es justamente lo que se pretende resguardar (v. voto del doctor Alterini en ED, 136-237). Sin embargo, teniendo en cuenta que entre la subjetividad del juez y la de la víctima, debe prevalecer esta última, propongo que se haga lugar al reclamo.

Ahora bien, la publicación debe realizarse de modo similar a las que resultaron agraviantes, respetando ubicación y tipo de letra (sala G, 19/10/89, ED, 137-515). Por ello, resultará proporcional a la violación que la publicación se realice a partir de una página similar en la que apareció la nota cuestionada -en rigor fue más de una-, en el primer número de la Revista Noticias que aparezca cuando éste quede firme, junto a un enunciado en la tapa, pues así la medida servirá para la correspondiente rectificación pública de las invasiones lesivas y llegará, supuestamente, al mismo público que leyó la anterior. Por razones obvias, deberá omitirse el nombre de los menores. Además, será suficiente un extracto de la sentencia.

La condena debe alcanzar, en forma concurrente, a los tres demandados, Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia (director de la Revista Noticias), y Héctor D'Amico, en su condición de editor responsable.

El codemandado J. A. Fontevecchia dedujo la defensa de falta de acción, por el hecho de que el actor inició una querrela criminal contra otras dos personas -una de ellas aquí también demandada-, mas no contra él. Señaló que hay incongruencia entre la postura asumida en sede penal y la civil, y que su función es empresarial y económico-financiera, pero no de redacción. Concluye en que no debe hacerse responsable de los supuestos ilícitos que cometa el editor responsable, y que fue ajeno a la preparación de las notas que fundan la demanda. Considero que debo tratar la cuestión aun cuando no haya sido examinada por el a quo ni cuestionada por los apelantes. En primer lugar, las omisiones del fallo apelado pueden ser suplidas en esta instancia; en segundo lugar, es obvio que el interesado no podía apelar la decisión ya que la misma, en la forma en que fue concebida no le causaba agravio.

No obstante, no le asiste razón. No es idéntica la responsabilidad penal a la civil, pues son distintas la finalidad y naturaleza de ambas acciones; una es independiente de la otra (arts. 1096/7, 1105/6 y notas a los arts. 1102 y 1103). Por ende, ésta se puede hacer valer sin necesidad de recurrir a la primera. En el caso, tampoco el actor demandó en la acción penal la indemnización del daño. Además, la responsabilidad civil en esta clase de juicios es más amplia, pues abarca tanto a quienes controlan y generan la actividad informativa, como a quienes obtienen un provecho económico (v. Pizarro, ob. cit., p. 313). Por último, como ya señalé, ambas acciones no nacen de los mismos hechos.

Tampoco ayuda a su postura el texto del art. 1071 bis, que incluye entre los presupuestos del acto lesivo a la ausencia de delito penal. Si bien el recaudo es superfluo (v. Ferreira Rubio, ob. cit., p. 121), no puede alegar el recurrente que al no haber sido juzgado por delito alguno ello implique un obstáculo a la determinación de su

responsabilidad civil. Como bien expresa Cifuentes, luego de señalar la independencia del ámbito civil respecto del penal, "desprotegida estaría nuevamente la vida privada si sólo habría de ser defendida ante comportamientos de residuo, descartándose los que se tipifican criminalmente" (ob. cit., p. 595).

Por último, no puede soslayarse la existencia del dec. 6422/57 -sobre cuyo alcance coinciden las partes-, que restringe el ámbito de los sujetos pasivos cuando se trata del ejercicio de la acción criminal.

Finalmente, resta resolver la reconvenición deducida por el codemandado D'Amico. Aclaro que teniendo en cuenta lo manifestado por el actor al expresar agravios, en el sentido de que no le infería agravio el hecho de que el a quo no haya tratado defensas previas, concluyo en que ha desistido de la excepción previa de falta de legitimación para obrar en el reconviniente, deducida a fs. 120/1 y mantenida a fs. 203.

Sostiene el actor, lo cual aceptó el a quo, que su absolución en sede penal implica, en este caso, la imposibilidad de que sea juzgada su responsabilidad civil, pues el art. 1103 se refiere a la existencia del hecho principal.

En la querrela iniciada por D'Amico contra el Presidente de la Nación, cuya causa fotocopiada se tiene a la vista, resolvió la cámara -al confirmar la decisión de primera instancia- que "la mera referencia a una publicación dominical -sin otra aclaración siquiera respecto del contenido de la nota a la que se hiciera mención- impide la identificación precisa del sujeto pasivo", por lo que no podía atribuir responsabilidad penal "en supuestos en los que la víctima deviene fácticamente indeterminable dado el carácter genérico de los dichos cuestionados".

La sentencia dictada en sede penal desestimó la existencia del hecho, en tanto resolvió que las supuestas manifestaciones injuriosas no estaban dirigidas a la persona del aquí reclamante. Al ser así, como lo sostiene la doctrina predominante al interpretar el art. 1103, la sentencia absolutoria en sede penal hace cosa juzgada en materia civil respecto de la inexistencia del hecho y la falta de autoría (conf. despacho B de las Jornadas sobre Temas de Responsabilidad Civil en Caso de Muerte o Lesión de Personas, Rosario, 1979).

Se entiende por "hecho principal" aquel que se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito imputado; se trata de un fenómeno complejo integrado por los siguientes elementos: la acción (autoría), el resultado (daño), y la relación de causalidad (conf. Bustamente Alsina, J., "Efectos de la cosa juzgada penal y los rubros del resarcimiento en el proceso civil", ED, 10/5/96).

Ocurre que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que tuvo por verificados el juez penal, a fin de evitar el escándalo jurídico, lo que incluye a la individualización de la víctima cuando esto es necesario (v. Kemelmajer de Carlucci, A., en Belluscio-Zannoni, "Código Civil...", t. 5, p. 310).

Por lo tanto, la reconvenición no puede prosperar, de modo que debe confirmarse lo decidido al respecto en primera instancia.

Teniendo en cuenta la forma en que propongo que se decida esta causa, se han tornado abstractos los agravios vertidos por los demandados en torno a la distribución de las costas efectuada por el a quo.

En suma, por las razones expuestas, propongo que se modifique la sentencia apelada y que se haga lugar a la demanda, condenándose a Editorial Perfil S.A., y a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a pagarle al actor, en el plazo de 10 días, la suma de \$ 150.000 en concepto de indemnización por haber violado su derecho a la intimidad, con más sus intereses en la forma mencionada, así como la publicación de un extracto de esta sentencia, y las cosas de ambas instancias.

El doctor Achával dijo:

Me permito disentir con mi distinguido colega doctor Kiper respecto de la solución que merece la cuestión sometida al conocimiento del tribunal.

En la opinión del accionante apelante, no se han analizado en la sentencia en recurso los elementos que caracterizan el derecho a la intimidad (art. 1071 bis, Cód. Civil). Efectúa el recurrente precisiones acerca del concepto de injerencia arbitraria, entendiendo por tal aquella que no responde a un fin jurídicamente razonable o justificado por causas de un interés público prevaleciente, o aun privado, si ese interés está tutelado por la ley. Asimismo, realiza manifestaciones respecto de la definición de la esfera de intimidad protegida, de la tutela de la intimidad y de los abusos en el ejercicio de la libertad de prensa, citando en esta parte, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En la parte que se considera el tema relativo a las personas públicas y la protección de la intimidad, refieren los apelantes la guía de análisis para obtener una respuesta al planteo. Así, se preguntan si la información divulgada por la demandada obedeció a un interés público prevaleciente o a un interés general, si es formadora

de la opinión ciudadana o si, en cambio, como considera el recurrente, implicó intromisión en aspectos que por naturaleza atañen a hechos que en todo caso corresponden al ámbito reservado, íntimo y privado de los protagonistas, entre ellos, el Presidente de la Nación. Es la respuesta que, en mi opinión, merece el cuestionamiento propuesto, lo que me lleva a disentir con los recurrentes.

Efectuaré algunas precisiones respecto de algunos conceptos que, a mi parecer, esclarecen el razonamiento que me lleva a proponer el rechazo de la demanda.

La noción filosófica de intimidad ha ocupado a los pensadores desde antaño, siendo relativamente reciente su definición jurídica. Ha sido la amenaza de la privación de la intimidad, la circunstancia que se encuentra en el origen de la necesidad de procurar una protección jurídica de aquellas áreas reservadas al individuo. La invasión de la esfera de la intimidad de los individuos, ya sea por el Estado, grupos de poder, demás individuos, o bien, como en el caso que nos ocupa, de la prensa, dio cabida a la regulación normativa de aquella zona de reserva de la cual cabe excluir a terceros.

Señala la doctrina que "la consideración de la naturaleza integral del hombre, además de revelar su necesidad de intimidad, también lo demuestra como un ser social, que vive en comunidad y requiere de ella para su pleno desenvolvimiento, de lo cual resultarían las correlativas limitaciones o restricciones a la protección jurídica de la intimidad" (Zavala de González, Matilde, "Derecho a la intimidad", p. 12, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982).

Si bien -se agrega- "esas facetas son discriminables desde una perspectiva teórica, vivencialmente se entrelazan de modo dialéctico en la unidad sustancial del hombre. Así, la proyección exterior de la persona es fuente de valores positivos únicamente si existe vida íntima, y será tanto más viva cuanto más intensa sea ésta: todo lo que el hombre ha creado, antes que hecho y exteriorizado, ha sido engendrado y madurado en el ámbito de su ser íntimo" (ídem, p. 13).

En el derecho internacional, la protección de la vida privada fue reconocida como un derecho del hombre por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre en 1948; el art. 17 del Pacto de las Naciones Unidas relativo a los Derechos Civiles y Políticos, suscripto en 1966, ratificó esos términos. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley N° 23.054, dispone sobre el derecho a la privacidad. La Constitución Nacional, reformada en el año 1994, otorga rango constitucional a los documentos internacionales de referencia (art. 75, inc. 22).

En nuestro derecho positivo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha encontrado el fundamento constitucional del derecho a la intimidad en el art. 19 de la Constitución Nacional. Así, ha decidido que: "en relación directa con la libertad individual 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, 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 potencial para la intimidad" ("Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A." del 11/12/84, La Ley, 1985-B, 123).

En el derecho infraconstitucional, el Código Civil cuenta con una norma específica sobre el particular, introducida por ley 21.173 como artículo 1071 bis del Cód. Civil. Dicho artículo establece: "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 doctrina ha definido el derecho a la intimidad señalando que éste "(...) constituye una especie de los llamados derechos personalísimos (...) los derechos de la personalidad son las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles "erga omnes", que corresponden a toda persona, por su sola condición de tal, desde antes de su nacimiento y hasta después de su muerte, y de las que no puede ser privado por la acción del Estado ni de otros particulares porque ello implicaría desmedro o menoscabo de la personalidad" (Rivera, Julio César, "Derecho a la intimidad", LA LEY, 1980-D, 913; también en: "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado", dirigido por A. C. Belluscio, t. 1, p. 272, comentario al art. 52, parág. 3°, Buenos Aires, 1978).

También se ha señalado que cabe entender por derecho a la intimidad el derecho personal que tiende a proteger al individuo en su vida privada, procurando evitar la intromisión ilícita de factores extraños en el recinto de la soledad individual y la perturbación de la paz interna que cada uno tiene derecho a gozar, para que el sujeto pueda tener descanso, la libertad y el ambiente propicio para desenvolver su propia originalidad, sin

interferencias ajenas que la perturben (Díaz Molina, Iván, Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, 1963, ps. 4/5, citado por Ferreira Rubio, Delia; "El derecho a la intimidad", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982).

En relación a la actividad de los medios de prensa, se ha definido el derecho a la intimidad como : "el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad y que está limitado a las necesidades sociales y a los intereses públicos" (Cifuentes, Santos; "Los derechos personalísimos", Ed. Lerner, p. 339).

En la doctrina y jurisprudencia extranjera, se pueden obtener precisiones acerca del concepto jurídico y alcances de la reglamentación del derecho a la intimidad.

En el "common law", se apunta que "(...) este derecho (el derecho a la privacidad) surgió como reacción en contra de los excesos de la prensa, y esta coyuntura de su nacimiento implica su particular configuración primitiva (...) como contrapartida de la publicidad: (...) el derecho a ser dejado solo, a no ser arrastrado a una publicidad ilegal, a no sufrir las interferencias del público en asuntos en los que éste no tiene interés" (Zavala de González, Matilde, ps. 41/42, citando en nota 3 los casos "Robertson vs. Rochester Folding Box Co.", 1902, -disidencia del juez Gray- y "Pavesich vs. New England Life Insurance Co.", 1904, fallados en los Estados Unidos).

Así el aspecto tranquilidad es el primero en aparecer claramente delineado en una de las definiciones más antiguas del derecho a la intimidad. En la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el juez Cooley sostuvo -en 1873- que se trata del derecho a ser dejado solo y tranquilo o a ser dejado en paz ("the right to be let alone") (Cooley, "The elements of torts", citado por Ferreira Rubio, ob. cit., p. 42, nota 20).

La moderna conceptualización del derecho a la intimidad partió de un novedoso artículo publicado por Samuel D. Warren y Louis Brandeis -quien luego fuera "justice" de la Corte Suprema norteamericana- en el año 1890, en la Harvard Law Review, en el cual los autores procuraban delimitar el marco teórico del "right of privacy" frente a los avances del derecho de crónica; advirtiendo desde un principio, la existencia de un marcado antagonismo, que no ha sido definitivamente superado hasta el presente, ni por las soluciones normativas ni por las elaboraciones jurisprudenciales (M. I. Benavente y G. Caramelo "La libertad de intimidad como límite externo del derecho de crónica", La Ley, 1993-A, 805).

Warren y Brandeis, quienes definieron este derecho constitucional genérico a la privacidad, condenaron en su artículo las intromisiones de los periódicos en los asuntos privados de las personas y clamaron por la protección de la inviolabilidad de la personalidad ("inviolable personality") de cada individuo. Al mismo tiempo, Warren y Brandeis exigían protección, en el derecho de daños, por la disseminación o utilización de información relativa a la vida privada de un individuo. No consideraron el problema de la intromisión del Estado en la inviolabilidad de la persona de cada individuo, pero colaboraron en la adopción del reconocimiento, en el pensamiento legal americano, de que cada persona posee un interés legal que puede ser reconocido en la vida privada, tanto física como espiritual.

Luego, como integrante de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el juez Brandeis, abogó por una lectura amplia de la cuarta enmienda (cláusula del debido proceso) a fin de asegurar la no intromisión del Estado en la "privacidad del individuo". En su disidencia en "Olmstead v. United States", Brandeis sentó las bases para el reconocimiento del moderno derecho a la privacidad al reconocer el derecho a la protección de la vida privada de las intromisiones del Estado "el derecho a ser dejado solo ("to be let alone") el más comprensivo de los derechos y el derecho más valorado por el hombre civilizado" -277 U.S. 438,478, 48 S.Ct. 564.572, 72 L.Ed. 944 (1928)-

Señala la doctrina constitucionalista americana que la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, durante la primera mitad del siglo, en materia de derecho a la privacidad, sólo refleja la opinión del tribunal respecto de la reglamentación de derechos en la era que ellos denominan del "debido proceso" ("substantive due process"). Así, en la opinión de la Corte Suprema americana, la libertad protegida por la cláusula del debido proceso comprendía la libertad de tomar decisiones que no contraríen intereses legítimos de los Estados. Actualmente -se agrega-, las decisiones en la materia podrían estar fundamentadas en la primera enmienda (libertad de prensa), aun cuando la jurisprudencia anterior es importante para el desarrollo del derecho a la privacidad. Antes que nada, demuestra el reconocimiento histórico del derecho a la libre toma de decisiones en materia familiar como inherente al concepto de libertad (Nowak Rotunda, "Constitutional law", ps. 757/758, 4ª ed., West Publishing Co., Estados Unidos de América).

La evolución que se ha dado en la jurisprudencia americana en torno a la definición y al reconocimiento del derecho a la intimidad, permite hablar, en mi opinión, de diversos aspectos que integran la noción de intimidad. Así, y siguiendo en esta parte a Ferreira Rubio, se pueden distinguir tres aspectos fundamentales: I. La tranquilidad, II. La autonomía, y III. El control de la información personal.

A continuación, me referiré a cada uno de ellos:

I. La tranquilidad, se identifica con lo denominado en la doctrina americana *right to be let alone* al que ya se ha hecho referencia precedentemente.

II. La autonomía, que se ha definido como "la libertad de tomar decisiones relacionadas a las áreas fundamentales de nuestras vidas" (Mitau, C.T., "Toward a comprehensive fair information standards law: a commentary on the data privacy issue in Minnesota", 62 *Minnesota Law Review* 653; Greenawalt, K., ob. cit., obras citadas por Ferreira Rubio, ob. cit., p. 43, nota N° 24), refleja el contenido de la doctrina sentada por el juez Brandeis al reconocer el derecho del individuo a la protección de su intimidad de las injerencias del poder. Así, "en términos del debido proceso y protección igualitaria, el derecho a la privacidad ha pasado a significar el derecho a involucrarse en el ejercicio de ciertas actividades de carácter netamente personal" (Nowak-Rotunda, ob. cit., p. 757).

III. El control de la información, es aquel que, a mi parecer, cobra mayor relevancia en la decisión que nos ocupa. La intimidad con respecto a la información se manifiesta en dos direcciones; por un lado, la posibilidad de mantener ocultos o reservados ciertos aspectos de la vida privada de una persona; por el otro, la posibilidad que corresponde a cada individuo de controlar el manejo y circulación de la información que, sobre una persona, ha sido confiada a un tercero (Ferreira Rubio, ob. cit., p. 449).

Esta distinción también es puesta de manifiesto por Nino (Nino, Carlos S., "Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional", p. 327, Ed. Astrea, 1992), quien, afirma que existe una confusión conceptual entre el bien de la intimidad y aquel que se refiere a la privacidad, a los que dedica un estudio por separado.

Así, cita a Parent, en cuanto define el concepto de privacidad como el derecho a "ser dejado solo", como sostenía el juez Brandeis de la Corte Suprema norteamericana, o el derecho de "ejercer autonomía sobre cuestiones personales significativas" -como argüía el juez Brennan ante el mismo tribunal-. El derecho a la intimidad, por su parte, es definido por el mencionado autor "como el de que los demás no tengan información no documentada sobre hechos, respecto de una persona que ésta no quiera que sean ampliamente conocidos. La exclusión de la información documentada se refiere a aquella que es accesible al público en general, aunque haya pasado inadvertida, dado que está registrada en publicaciones, ficheros, etc., a los que cualquiera pueda acceder (no, por cierto, cuando la registración se haya hecho por un propósito muy especial y a la que haya acceso restringido)" (Parent, W. A., "Privacy, Morality and the law", en "Philosophy and public affairs", 1983, vol. 12, N° 4, p. 269, citado por Nino, Carlos S., ob. cit., ps. 327/328, nota 199).

Así, en los términos utilizados por Nino, es dable señalar, a fin de esclarecer la confusión conceptual entre las ideas de privacidad e intimidad, que debe entenderse por la primera la posibilidad irrestricta de realizar acciones "privadas, o sea acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública como la que el derecho debe imponer; ellas son acciones que, en todo caso, infringen una moral personal o "privada" que evalúa la calidad del carácter o de la vida del agente, y son, por tanto, acciones privadas por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público (...)". En cuanto al concepto de intimidad, lo define el autor citado como la "esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás" (ob. cit., p. 327).

En este punto del desarrollo, creo oportuno vertir algunas consideraciones relativas a la libertad de prensa.

Nuestro sistema jurídico reconoce en la libertad de prensa uno de los fundamentos del pensamiento político adoptado desde el inicio en nuestro país. Así, se ha señalado que: "si la Constitución tiene a la libertad de prensa como uno de los pilares del sistema liberal que resguarda, no es por pura coincidencia, sino como fruto de una herencia cultural que los organizadores de nuestra argentinidad supieron aprovechar desde temprano" (Vázquez, A. R., "Libertad de prensa", ED, 172-1003).

La libertad de expresión ha sido reconocida como uno de los derechos preeminentes de la teoría democrática occidental, el punto de partida de la libertad individual. Uno de los integrantes más prestigiosos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, el juez Cardozo, ha caracterizado a la libertad de expresión como "...la condición indispensable de prácticamente toda otra forma de libertad" -"Palko v. Connecticut", 302 U.S. 319, 327, 58 S.Ct. 149, 152, 82 L.Ed. 288 (1937)-.

Las consecuencias de la aplicación de esta teoría, sin embargo, han provocado, frecuentemente, áridos conflictos públicos. Así, bien se ha señalado que: "La teoría de la libertad de expresión es sofisticada y hasta compleja. No se presenta naturalmente al ciudadano ordinario sino que necesita ser estudiada. Debe ser replanteada y reiterada no sólo para cada generación, sino para cada nueva situación" -Emerson, T., "Toward a general theory of the First Amendment", 72 *Yale L.J.* 877,894 (1963), citado por Nowak-Rotunda, "Constitutional law", ob. cit., pág. 935-.

La normativa americana tuvo influencia en nuestro país al momento de consagrar jurídicamente la libertad de prensa. Los constituyentes de Filadelfia de 1787 no incorporaron a la Constitución de los Estados Unidos de América una declaración de derechos. Enseña la doctrina americana citada que, la falta de necesidad de incluir en el documento originario una provisión reconociendo una teoría general de la libertad de expresión se explica, indudablemente, por la creencia de que el Gobierno que pretendían, limitado a los poderes enumerados, no podría constitucionalmente, dictar una ley que derogue el principio de la libre expresión.

Sin embargo, la presión popular exigió una afirmación expresa de las garantías de los derechos individuales frente a las interferencias del Gobierno. Esta presión culminó con la adopción de la Declaración de Derechos ("Bill of Rights") en 1791 (Nowak-Rotunda, ob. cit., p. 937). Así, la primera enmienda establece que: "...El Congreso no dictará ley alguna...que restrinja la libertad de palabra o de prensa...".

Tales conceptos se plasmaron en nuestra Constitución del año 1853, que en su art. 14, dispuso que todos los habitantes de la Nación pueden publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa; los autores de la reforma de 1860 introdujeron en el texto de la Constitución de 1853, la cláusula inserta en el art. 32, que señala: "el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella jurisdicción federal".

La justificación inicial para un sistema de libre expresión ha sido, por mucho tiempo, su valor en la prevención del error humano a través de la ignorancia (Nowak-Rotunda, ob. cit., p. 940). Por otra parte, se ha puesto de resalto, también, que: "la libertad de prensa obra como forma de pago de diálogo entre el hombre y el poder al posibilitar la interacción, a modo de conflicto pacífico, entre el Gobierno y los gobernados. Por su intermedio, los últimos pueden canalizar su propio discurso político, provocar el debate, condenar la política oficial o exaltarla" (Vázquez, ob. cit., p. 1005). Cumple así la libertad de prensa una función instrumental de autorrealización y de participación en el cambio (Baker, E. "Scope of the First Amendment freedom of speech", 25 UCLA L.R. 991, citado por Vazquez, cit.).

La participación del ciudadano en el desarrollo político de su país, comprende el derecho a controlar el poder político, y la prensa no puede constituirse en valla, sino más bien en herramienta para propender a la inserción del individuo en el proceso político, posibilitando el juicio y la crítica de quienes ocupan cargos públicos, y ello con el objeto de retirar su confianza, o bien reafirmar el apoyo a su pensamiento. Así, es la idea de democracia la que subyace en el reconocimiento constitucional de la libertad de prensa, "el derecho a la información opera como vínculo permanente entre las libertades públicas y el principio democrático" (Fernández Miranda y Campomar, "Libertad de expresión y derecho de la información", reg. en "Comentarios a las leyes políticas Constitución española de 1978", vol. II, p. 502, Madrid, 1984, cit. por Vázquez, ob. cit. p. 1007).

Efectuadas algunas precisiones acerca del concepto del derecho a la intimidad -en su aspecto filosófico y jurídico- y del derecho a la libertad de prensa, tanto en la doctrina y jurisprudencia nacional como extranjera, me ocuparé de la cuestión relativa a los conflictos que pueden presentarse cuando colisionan ambos derechos. Ahora bien, debo destacar desde el inicio que, la consideración del derecho del ciudadano a estar debidamente informado de aquellas cuestiones que le permiten formar una opinión libre respecto de quien tiene la prerrogativa de dirigir el destino de la Nación, no debe ser ajena al estudio del caso que se presenta, sino que, más bien, resulta de fundamental importancia para la resolución del planteo propuesto.

En mi opinión, la manera de resolver el conflicto de intereses que se presenta exige la consideración de las particularidades de cada caso en concreto, es decir, de las personas comprometidas en la información, el contenido de la noticia, la existencia de interés público en la divulgación de la misma, la propia conducta del supuesto damnificado respecto de la cuestión que se informa, el respeto de los derechos de terceros, entre otros.

Así, en este sentido, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en diversas oportunidades, que la cuestión relativa a los conflictos que puedan presentarse entre el derecho a la intimidad y el ejercicio de la libertad de prensa, no pueden analizarse sino dentro de los límites que presenta el caso concreto, desde que, en su opinión, "la sensibilidad y la importancia de los intereses presentados en los conflictos entre la libertad de prensa y el derecho a la intimidad aconsejan basarse en principios limitados que no van más allá que el contexto adecuado del caso en estudio" -"Florida Star c. B.J.F.," 491U.S.524, 109 S.Ct. 2603, 105 L.Ed.2d 443 (1989)-.

En la doctrina española, se afirma que estamos en presencia de un derecho de la persona cuyo contenido parece, inicialmente, determinado por ella misma y, en segunda instancia, por las circunstancias concurrentes en cada caso y en el valor cultural, histórico y, en definitiva, en función del interés público del asunto sobre el que se informa (García García, Clemente García Gómez, Andrés, "Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión, su protección jurídica", p. 25, Murcia, 1994).

Se señala en la obra citada que la coincidencia de la doctrina, en relación con las resoluciones judiciales

conocidas, en punto a la casuística que impera en la materia, conlleva a dos conclusiones previas: una, la de que la intimidad como bien de la personalidad que es, merece protección especial y absoluta; y, en segundo lugar, que tal protección se dispensa dentro de una "intensa relativización, hasta el extremo de no considerarse cerrado legislativamente el repertorio de situaciones de intimidad sino que depende de cada persona y de la casuística concurrente de la misma" (ídem).

En este contexto, considero que el carácter privado o público de la persona comprometida en la información constituye una circunstancia de fundamental importancia, de allí que debe ser evaluada en la solución del planteo que se propone al tribunal.

Así, se ha señalado que: "la admisión del 'right of privacy' supuso la discriminación entre personas de vida pública y de vida privada y, en un estadio más avanzado, entre la vida pública y la vida privada de una persona" (Kacedan, B. "El derecho a la intimidad", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, t. III, 8/31; citado por Zavala de González, M., ob. cit., pág. 43, nota 6).

Ello quiere significar que el alcance de la protección de la intimidad, varía según se trate de una persona cualquiera, ajena a toda actividad pública o de un hombre político electo o candidato, o de una persona que reclame la confianza o el favor del público en la escena, la pantalla, en el deporte y donde quiera que la notoriedad sea una necesidad profesional (Bustamante Alsina, Jorge "La protección de la intimidad y la libertad de prensa", "Derecho de daños", Tribunal Constitucional de España, segunda parte, Ed. La Rocca, 1993, p. 152).

Esta doctrina es receptada, también, por los tribunales españoles. La decisión respecto de la protección que merece la divulgación de información veraz, que se corresponde con los datos de la realidad, no puede prescindir del análisis de las circunstancias relativas al carácter de la información y de las personas involucradas, exigiendo la existencia de interés para los ciudadanos.

Así, decidió el Tribunal Constitucional español que: "En materia de protección de las libertades públicas, entre éstas el derecho a la información, la jurisprudencia española ha limitado la misma exigiendo como condición para la información transmitida que la misma (...) sea veraz y (esté) referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellas intervienen (...)" (Tribunal Constitucional de España, 171/1990, del 12/11/90).

En el mismo sentido, dijo el tribunal de mención que: "(...) el valor preponderante de las libertades públicas del art. 20 de la Constitución española -que garantiza la libertad de prensa- (...) solamente puede ser protegido cuando se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (...)" ("Recurso de amparo 57/1987" del 8/6/88).

Así, es claro que la distinción entre persona de vida pública y de vida privada incide en el mayor o menor margen de protección que se concede a la prensa en la divulgación de información veraz relacionada con datos de la vida privada de aquéllos.

En este sentido, señala la doctrina española, que comparto, que "(...) con referencia a los derechos personalísimos, es evidente que la persona privada sin notoriedad ni relevancia pública alguna es objeto de una más amplia protección que los personajes públicos para los que la intimidad tiene límites o fronteras más amplios, lo que no equivale a negarles tal derecho porque, indudablemente, les está reconocido por la Constitución" (Avilés García, J., "Algunas consideraciones jurisprudenciales acerca de los derechos a la intimidad y a la propia imagen", Revista La Ley, Año X, N° 2284, citado por García García García Gómez, ob. cit., p. 46, nota 29).

En el derecho español, además de las disposiciones constitucionales que norman lo relativo al derecho a la intimidad (arts. 10, 18.1, 53.1 y 55, Constitución de 1978), existe la ley orgánica 1/1982 del 5 de mayo, en la que se determinan los casos de intromisión ilegítima en el ámbito protegido por la misma (art. 7°). "La ley orgánica 1/1982 no establece, en general -señala la doctrina citada-, ninguna distinción entre personas públicas y privadas. Pero una lectura detenida de la citada norma permite (inferir dicha distinción mediante) la referencia "a las personas que ejerzan cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública" (art. 8.2. a) que, aunque referido al derecho a la propia imagen, pone de relieve la diferencia de tratamiento. Igualmente, ello podría interpretarse de la redacción dada al art. 2.1 cuando concreta que "la protección civil (...) quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o a su familia" (ídem).

Con relación al concepto de persona de vida pública, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha vertido algunas precisiones. Así, consideró, en el caso "Pavesich", que: "Toda persona que emprende cualquier tarea, ocupación o negocio que requiere la aprobación o el patrocinio del público, somete su vida privada al examen de aquéllos a quienes dirige su llamado, hasta el punto de que puede ser necesario determinar si es prudente,

propio y conveniente acordarle la aprobación o patrocinio que desea" (Zavala de González, ob. cit., p. 44).

En este mismo orden de ideas, se ha destacado que "el concepto de vida privada no es de validez universal, sino que varía de acuerdo a las épocas y los lugares (...) el concepto de vida privada puede sufrir variaciones personales, en función de la actividad que desarrolla una persona" (Ferreira Rubio, Delia M., "El derecho a la intimidad", p. 34, Ed. Universidad, citando en nota 9 a Greenwalt, Kent; "Privacy and its legal protection", 2 Hastings Center Studies, N° 3, 9/74, ps. 45/49).

Asimismo, distingue la doctrina en esta parte, dos categorías de personas de vida pública. Así, se encuentran, por un lado, aquellas personas que alcanzan notoriedad, cuyo pensamiento y acción tienen trascendencia decisiva en la vida de la comunidad general, y, por otro lado, aquellos sujetos que tienen popularidad pero cuya conducta no produce efectos significativos en el destino común de la colectividad. En el primer grupo se incluye a los hombres de Estado, a los políticos; en el segundo, a los deportistas, artistas, científicos, etcétera (Ferreira Rubio, Delia, "El derecho a la intimidad", ob. cit., p. 158).

El carácter de persona de vida pública o de vida privada incide, asimismo, en la evaluación de la relevancia pública de la información que, como tal, justifica su divulgación por medio de la prensa.

En este mismo orden de ideas, se ha decidido -en la sentencia ya citada 171/1990- que: "El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de información (...) 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".

En el marco establecido por los lineamientos de análisis referidos, cabe ahora determinar si la divulgación por parte de la prensa de una noticia, veraz, relacionada con un hecho concerniente a la esfera personal y familiar de una persona de relevancia pública, en el caso el Presidente de la Nación, ha constituido una conducta ilegítima y que, como tal, impone el deber de reparar el daño causado.

Son elementos del deber de responder civilmente, la existencia de un daño, de una conducta antijurídica, de relación de causalidad entre el hecho y el daño y de un factor de imputación subjetivo o de atribución objetivo de responsabilidad. Corresponde, ahora, estudiar si se encuentran reunidos en el caso los factores de referencia. Adelanto, desde ya, que mi respuesta al planteo será negativa, de allí mi convicción respecto de que procede decidir el rechazo de la demanda; ello, por las razones que siguen a continuación.

El artículo 1071 bis caracteriza la conducta que afecta la intimidad. El entrometimiento, que asume una forma activa, un hacer, puede efectuarse por un hecho propio, o por un hecho de otro por quien se deba responder, consumado por dependientes: así se ha considerado que la empresa periodística responde por los entrometimientos funcionales de los periodistas que le están subordinados (Llambías, Jorge J. "Código Civil anotado", p. 310, con cita de Mosset Iturraspe, "El derecho a la intimidad", JA, doctrina, 1975-404). Además, la perturbación de la intimidad ha de ser el resultado del entrometimiento, de allí que si no existe, de algún modo, tal perturbación, el acto no es descalificable.

La enumeración de supuestos que se efectúa en el artículo 1071 bis no es taxativa, sino que posee carácter ejemplificativo. Así, y dado el espíritu de la norma, puede válidamente considerarse comprendida la conducta consistente en la revelación de información relativa a cuestiones personales y familiares que el sujeto comprometido en la misma pretendía que permanezca en secreto.

Debe existir un nexo de causalidad adecuada -conforme el sistema adoptado por nuestro Código de fondo- entre el acto lesivo que se imputa al presunto responsable y el perjuicio causado.

En cuanto al daño causado, éste puede ser de índole moral, tal la herida en los sentimientos, tristeza, angustia, molestias, etcétera (art. 1078, Cód. Civil), o bien material (art. 1068, Cód. Civil).

En el tema del fundamento de la responsabilidad, se han vertido varias opiniones -a saber, que el hecho sea atribuible a título de dolo o de culpa, la invocación de la teoría del riesgo creado, de la equidad o del abuso del derecho, entre otras-, respecto de las cuales no profundizaré atento las conclusiones que se exponen en el punto que sigue y que son suficientes para decidir el rechazo de la demanda.

No es suficiente, a mi parecer, la mera comprobación de que ha existido una intromisión en la intimidad de una persona, en el caso mediante la divulgación pública de un hecho veraz relativo al ámbito personal y familiar

del sujeto comprometido en la información, para concluir en que la conducta debe merecer el reproche del derecho.

Ello así, toda vez que es menester indagar si la conducta en cuestión reviste el carácter de ilegítima para el derecho, y aquí nos cuestionamos sobre la existencia de antijuridicidad en el acto, de allí que será el juzgador quien, considerando las circunstancias propias del caso concreto, habrá de determinar si el accionar del sujeto imputado ha sido legítimo, siendo hasta disvalioso su reproche, al dejar sin contenido el reconocimiento de otros derechos que el cuerpo social considera dignos de protección. Es decir, la existencia de un interés legítimo en la conducta cuestionada impide afirmar que ha existido violación de la intimidad de la persona.

En este sentido, bien se ha señalado que la existencia de un entrometimiento en la vida ajena o perturbación de la intimidad no es más que la primera etapa para el encuadramiento del hecho desde el punto de vista de la ilicitud: será necesario indagar todavía si no existe alguna circunstancia que lo legitime, por un motivo que lo muestre como beneficioso para el derecho (Zavala de González, Matilde, "Derecho a la intimidad", ob. cit., p. 101).

El hecho de la intromisión en la esfera de la intimidad de un individuo ha de ser arbitrario para que pueda considerarse ilegítimo. El requisito de la arbitrariedad surge nítidamente de la redacción del artículo 1071 bis, encontrándose presente, asimismo, en la parte pertinente de los documentos internacionales; a saber, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre -art. 12-, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -"ataques abusivos", art. V-, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos -art. 17-.

La arbitrariedad implica que la acción de entrometimiento ha sido realizada sin derecho; en algunas hipótesis puede significar ejercicio de una prerrogativa jurídica más allá de los límites que ella tiene marcados, o sea el ejercicio abusivo de un derecho (Rivera, Julio César, "Instituciones de derecho civil. Parte general", t. II, p. 91).

La mención de la arbitrariedad del entrometimiento tiene su origen en la fórmula propuesta por Orgaz (ED, 60-930, al comentar la ley 20.889 y proponer el texto aconsejable para la redacción de la norma). En la opinión de este autor, la inclusión del concepto de arbitrariedad deviene "inexcusable", "ya que en numerosos casos de ejercicio legítimo de un derecho o de cumplimiento de una obligación (arts. 1071, Cód. Civil y 34, incs. 2º y sigtes. del Cód. Penal), se causan mortificaciones y aun daños que no comprometen la responsabilidad del agente en tanto obre dentro de los límites de su derecho u obligación (...)" (ob. cit., p. 930).

En este orden de ideas, se ha señalado que es esencial para caracterizar al acto lesivo de la intimidad que la interferencia mentada sea arbitraria, es decir, contraria a la justicia, a la razón o a las leyes, o decidido sólo por capricho (...) Es claro que si la interferencia en la vida ajena está justificada, el art. 1071 bis queda al margen de la situación" (Llambías, Jorge J., "Código Civil anotado", t. II-B, ps. 310/311).

En esta parte, resultan útiles las preguntas que formula Parent para determinar si la invasión a la intimidad de otros está o no justificada: a) ¿cuál es el propósito de buscar una información personal no documentada?; b) ¿es, ese propósito legítimo e importante?; c) ¿es el conocimiento buscado a través de la invasión de la intimidad relevante para el propósito justificatorio? (...) (ob. cit. en Nino, ob. cit., p. 329; el autor continúa formulando otras preguntas, referidas éstas a cuestiones procedimentales).

Intimamente relacionado con lo expuesto, está la exigencia de que la divulgación de la información de que se trata tenga un fin lícito; es decir, como se afirma, que "tenga por objeto ilustrar, enriquecer, generar el debate de ideas, excitar el intercambio de opiniones, y de propuestas sobre la cosa pública o de interés general (...) que no se propale con el designio de causar un perjuicio, de crear un ridículo o de exponer a la persona recatada en una posición pública molesta sin que ello tenga algún sentido, o que de cualquier forma vulnere su intimidad, su decoro, su honor, su patrimonio" (...) (Vázquez, ob. cit., p. 1014).

Cabe señalar, en esta parte, el argumento traído por los apelantes en el sentido de que la injerencia abusiva "puede ser legal en lo formal pero constituir un ejercicio abusivo de un derecho" (art. 1071, Cód. Civil).

El acto abusivo es el acto antifuncional, el acto contrario al espíritu de un derecho determinado (Josserand, Louis, "De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits", Paris, p. 8, N° 7. Spota, "Tratado de derecho civil", vol. II, ps. 66 y 67, citado por Cazeaux-Trigo Represas, "Derecho de las obligaciones", t. 4, ps. 91/92, nota 201). El art. 1071 del código de fondo sigue en sus lineamientos de tesis finalista inspirada en Josserand, que veda la desviación del derecho del destino normal para el cual fuera creado, y que prevalentemente tiene un sentido económico social. Esta es la primer pauta, la segunda, es aquella que considera ejercicio irregular del derecho, al que sobreviene de practicarlo excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; todo lo cual patentiza la subordinación del orden jurídico al moral (Cazeaux-Trigo Represas, cit., p. 113).

En este sentido, es válido recordar la opinión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vertida en los

autos "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida", en fecha 11/12/85, donde se afirmó que "(...) el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles. En ese sentido, el tribunal ha expresado que aun cuando la prohibición de restringir la libertad de imprenta comprende algo más que la censura anticipada de las obligaciones, no pueden quedar impunes las que no consistan en la discusión de los intereses y asuntos generales, y scan, por el contrario dañosos a la moral y seguridad pública (...)". Agregó el tribunal que "(...) el principio de la libertad de pensamiento y de la prensa, excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito el que se incurra por este medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho, incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social" (del voto de los doctores Caballero y Belluscio).

No existe, vistos los antecedentes del caso, un supuesto de abuso del derecho. No ha actuado el demandado desviándose de la finalidad en virtud de la cual su conducta deviene legítima, toda vez que su conducta ha consistido en informar sobre asuntos que, como se verá luego, poseen transcendencia para la comunidad. Por otra parte, tampoco ha excedido la conducta que se cuestiona los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, sino que, más bien, son aquellas razones, además -y fundamentalmente- de aquéllas de índole jurídico, las que determinan que la titularidad del control de la información acerca de las circunstancias, aun de índole familiar, que involucran a quien está en condiciones de decidir el destino del país, y que atañen al interés de la comunidad, celosa en preservar su derecho de crítica libre respecto de aquella persona pública, no deba ser decidida en función de razones de mera conveniencia u oportunidad propias del actuar del político.

Así, es prácticamente conteste la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera en que el carácter público o privado del sujeto involucrado en la información, así como también, el contenido e implicancias del contenido de la noticia, son circunstancias que no pueden ser soslayadas al momento de brindar una respuesta al conflicto que pueda eventualmente suscitarse entre el respeto al derecho a la intimidad y la preservación de la libertad de prensa en la divulgación de información verdadera sobre aspectos de la vida privada de una persona.

Asimismo, la divulgación de la información no deviene ilegítima "per se" por el mero hecho de estar referida a circunstancias que involucran aspectos personales o familiares del sujeto implicado, sino que el análisis exige ir al fondo de la cuestión, e indagar si ha existido arbitrariedad en la conducta que se entiende lesiva o si, por el contrario, existen razones que indican que ésta ha sido legítima por existir, en el caso, intereses prevalecientes en la divulgación de la noticia.

Se deduce de ello que el derecho a la intimidad, en su tercera acepción -punto III, según se ha referido ut supra-, tal el derecho al control de la información sobre la vida privada, puede válidamente verse limitado de encontrarse legítima y, por ende, no arbitraria, la divulgación de la información de que se trata.

No puede negarse que existe un interés público en el conocimiento de circunstancias que se refieren a aspectos propios de la vida privada de aquellas personas que, en mayor o menor medida, inciden en el destino de la comunidad, con más razón aún, cuando en sus manos se concentra la conducción misma del país.

No es válido afirmar, en mi opinión, que la divulgación de la noticia encuentra su razón legitimadora en la mera curiosidad o en el sensacionalismo de la información, lo que sí sucede, por contrario, en el caso de los personajes de la denominada, en términos populares, "farándula" que, si bien son conocidos y populares, su conducta carece de incidencia en el destino común de la sociedad.

Así, se ha señalado que la curiosidad malsana o morbosa, no puede constituir un parámetro ponderable para ser opuesto con éxito a la esfera secreta de las personas, pues en tanto la lesión que puede causarse resulta evidente, el beneficio que se obtiene carece de contenido ético y escapa al fundamento mismo de la libertad de expresión por medio de la prensa (Benavente-Caramelo, "La libertad de intimidad como límite externo al derecho de crónica", ob. cit., p. 807).

Por el contrario, entiendo que cabría identificar aquí un fundamento ético y jurídico, tal el derecho del ciudadano a estar debidamente informado, en la justificación de la divulgación de la noticia. De allí que no pueda predicarse su ilegitimidad, ello así, toda vez que media en el caso el imperativo legal y constitucional -con fundamento en el sistema democrático de gobierno que recepta nuestra Constitución Nacional- que ordena preservar la libertad del ciudadano en el ejercicio de su derecho de libre crítica o, si se quiere, de crítica informada, respecto del funcionario que dirige su destino político, a la vez que se reafirma el valor justicia que inspira la norma de derecho.

Las relaciones éticas forman parte necesaria de las relaciones de convivencia (...) toda sociedad humana en cualquier tiempo y en cualquier espacio que la historia ofrezca, muestra una forma de relacionarse entre los hombres imposible de ser marginada en cualquier estudio que se haga de la sociedad humana (Spota, Alberto

A., "Ética y política", ED del 30/12/97).

Así, señala la doctrina citada que justicia y libertad son valores éticos supremos en el estado de derecho. Recordando a Kant, en el estado de Derecho cada hombre y cada mujer son un fin en sí mismos por la sola condición de tales. Este es el principio dogmático básico que hace al mentado estado de derecho y a la ética dentro del estado de Derecho.

Ello permite concluir que la marcha de la cultura y la vida de la democracia y del estado de Derecho y los valores altos de cada hombre y de cada mujer, vengan de la vertiente que vengan, filosófica o religiosa, deben necesariamente tender a que los valores éticos tengan por pivote a la justicia y a la libertad (...) la gran lucha por el derecho consiste en lograr que lo jurídico sea influido por lo ético, y que el derecho sea el cumplimiento de lo jurídico y no el resultado de la decisión de lo político (...) el gran enfrentamiento dialéctico entre lo ético y lo político se da en que mientras lo primero busca lo justo, lo segundo busca la eficacia (Spota, ob. cit., p. 3).

Así, ha señalado el Alto Tribunal, en el ya recordado caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida", y luego de definir el derecho a la privacidad, que la intromisión en el área de la privacidad, sólo podrá justificarse por ley, "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".

Es lógica consecuencia de la decisión propia de desempeñarse en el área pública y, en el caso que nos ocupa, asumiendo la tarea de dirigir una nación, el constituirse en blanco de atención de la prensa que, obrando dentro de los límites legítimos de informar, permite a los ciudadanos ser protagonistas del proceso político.

Así, seguimos en esta parte lo señalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español en el sentido que: "la protección constitucional del art. 20 -que garantiza la libertad de prensa- opera con su máxima eficacia cuando el ejercicio de los derechos de expresión e información versa sobre materias que contribuyen a la información de una opinión pública libre, como garantía del pluralismo democrático. En consecuencia, y como también ha señalado este tribunal, la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta "no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión a sus derechos de la personalidad" (Tribunal Constitucional de España, 165/1987), por lo que en correspondencia se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público" (Tribunal Constitucional de España, 105/1990, fundamento jurídico cuarto b) (Gutiérrez-Alvis y Conradi, Faustino, "Información veraz, crónica y crítica periodística", en Justicia 91, Nº III, ps. 557/558, Librería Bosch, Barcelona).

La vinculación entre lo íntimo y lo externo es estrecha, y el derecho de mantener ocultas circunstancias de la vida privada que se relacionan con decisiones en materia personal y familiar de la índole de que se trata en el caso, no puede ser reconocido mediante el empleo de fórmulas dogmáticas, de aplicación apriorística, que prescindan de la consideración de circunstancias que hacen a la relevancia social de la información, y en particular, cuando es dable identificar en el hecho cuya divulgación se cercena, marcados ribetes institucionales. De allí que, vale aclarar, la solución que aquí se propone para resolver el planteo, queda limitada por las particularidades propias del caso, por lo que es imperativo obrar con cautela al momento de efectuar aplicaciones analógicas.

Es claro que la reprobación o la aprobación por parte de los ciudadanos de la figura del funcionario que se encuentra en la posición de decidir el destino del país, es una circunstancia que no puede ser ajena a la consideración de aquél.

Así, es válido preguntarse, a esta altura del razonamiento, por los motivos que justifican mantener algo dentro de la esfera de la intimidad, a resguardo de intromisiones ajenas?. Se manifiesta, con razón, a mi criterio, que "es la repercusión social que tendría el descubrimiento de la información, que en la mayor parte de los supuestos se manifestaría en algún tipo de sanción -formal o informal- por parte del grupo social al que pertenecemos", la explicación al planteo (Ferreira Rubio, ob. cit., p. 34).

Ahora bien, en el caso, la decisión respecto del control de la información relativa a aspectos relacionados con la conducta y el obrar, pasado o presente, del primer mandatario, ya fueran de índole privada o relativos a la gestión presidencial, tiene marcadas implicancias de orden jurídico e institucional, toda vez que cuando la noticia versa sobre materias que contribuyen a la formación de una opinión pública libre, como fundamento del proceso democrático, su cercenamiento iría en contra del derecho del ciudadano a estar informado, así como también de la salvaguarda del mismo sistema político que es su función garantizar.

La vida y conducta moral de quien conduce la Nación constituye materia de interés general. Como se señaló al comienzo de este voto, la intimidad y la conducta exterior del hombre, si bien son teóricamente discriminables, se confunden en la comprensión integral del hombre. Así, la dimensión humana que se identifica con su accionar exterior, en su relación con los terceros, en el caso, en la dirección del país, se nutre y se recrea

a partir de la intensidad de su vida íntima.

Así, no resulta, en este caso, arbitraria la conducta consistente en la divulgación de datos de la vida privada a poco que se advierta que es legítima la finalidad ínsita en la misma en tanto permite al ciudadano emitir un juicio respecto de la conducta personal de quien dirige la Nación, siendo válido reconocer, en mi opinión, que las decisiones externas resultan de la deliberación interna, la que se elabora, necesariamente, a partir de la consideración de valores de ideas ínsitas en el ser.

Más aún, el carácter legítimo de la conducta bajo estudio se afirma a partir de la consideración de que el conocimiento de información de esta naturaleza permite al ciudadano, conocedor del discurso y de la conducta pública del primer mandatario, emitir su propio juicio para el caso de encontrar una divergencia sustancial entre su actuar exterior y sus convicciones propias.

En otras palabras, quien admite públicamente su convicción respecto de ciertos valores, en este caso, propios de una determinada doctrina religiosa, no podría afirmar luego que carece de interés para el ciudadano conocer aquella información que le permita corroborar o no la veracidad de su discurso, con más razón cuando ha sido el propio interesado quien ha puesto, voluntariamente, la cuestión en el ojo de la opinión pública.

No es ajena al político la intención de conseguir el respaldo del público y, su anuencia respecto de las decisiones que le compete tomar; de allí que es lógico concluir que no puede devenir ilegítima la conducta que permite al ciudadano contar con todos aquellos elementos que habrán de incidir en la formación de su juicio en materia de decisiones políticas, entre éstas, la aprobación o rechazo de la figura del Presidente de la Nación. La oposición a la divulgación de cierta información, por parte del implicado en ella, no puede encontrar su explicación sino en el pensamiento, por su parte, acerca del efecto adverso que la revelación pueda tener en la opinión pública, siendo que no puede ser ésta, en mi opinión, la guía de análisis para decidir los conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de prensa, bajo pena de incurrir en la perniciosa manipulación de la opinión pública.

Es esta íntima relación, a mi parecer, lo que da fundamento a la decisión que aquí se propone, y ello se decide independientemente del eventual efecto del juicio moral que pueda realizarse respecto de la conducta en sí, que compete a la conciencia del interesado y a la valoración personal que cada uno realice de ella.

Sin perjuicio de ello, valga señalar que el contenido de las normas morales no es absorbido en su totalidad por la norma jurídica. Lo jurídico tiene un fondo de moral pero no agota lo moral. Lo moral es más amplio, lo jurídico es más restringido, por cuanto sólo se refiere a las necesidades prácticas de la convivencia entre los hombres (Alamillo Canillas, Fernando, "La solidaridad humana en la ley penal" ps. 201/2. Publicaciones del Ministerio de Justicia español, 1962; citado por Soto Lamadrid, Miguel Angel, "La reproducción asistida y la experimentación genética ante el derecho", Ed. Astrea). La vinculación entre la moral y el derecho puede establecerse a través de las propias normas jurídicas, tal el caso, por ejemplo de los arts. 21, 530, 564, 792, 795, 953, 1047, 1072, 1206, 1501, 1503, 1626, 2261, 3608 y, en particular, el art. 198 del Código Civil (t.o. por la ley número 23.515) donde se pone en evidencia mayormente la forma en la que los valores morales tienen virtualidad suficiente para decidir respecto de cuestiones jurídicas.

Entre los aspectos que quedan por tratar, resta la consideración del carácter "documentado" o "no documentado" de la información, para utilizar términos de Parent, citado ut supra. Cabe señalar aquí, que la alusión a la circunstancia de la que da cuenta la noticia se había operado a través de afiches exhibidos al público en la Provincia de Formosa, por lo demás, el acceso, por orden del propio accionante, de un menor -respecto de quien no ha negado la paternidad- a sitios oficiales, tal la Residencia de Olivos y de Chapadmalal, da cuenta de un desinterés en mantener en secreto su relación con el menor, de allí que no puede, ahora, reivindicar el control de una información respecto de la cual ya había renunciado.

La violación del derecho a la imagen es también una cuestión propuesta al tribunal por el accionante. Así, señala el accionante que ello ha existido por medio de la difusión de fotografías que "aunque pudieren haber sido tomadas con el consentimiento de los retratados, no estaban destinadas a su publicación en un medio de prensa".

El art. 31 de la ley 11.723 establece: "El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma (...). Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público".

Por su parte, la norma contenida en el art. 1071 bis del Cód. Civil incluye, dentro suyo la enumeración no taxativa de supuestos que implican un entrometimiento en la intimidad de las personas, la publicación de retratos.

No puede dudarse que la difusión de la fotografía obtenida en ocasión de presentarse el accionante con M. y

el menor en la quinta presidencial de Olivos no ha sido violatorio del derecho a la imagen. El retratado ha prestado su consentimiento a la mentada reproducción, siendo que la difusión de la misma se legitima por tratarse de un asunto de interés general, toda vez que se trata de un acto protocolar con la presencia, además del Presidente de la Nación, de legisladores y ministros.

Así, habiendo consentido el interesado ser retratado en compañía del menor y de su acompañante, en un acto oficial, o bien en residencias oficiales, no puede válidamente sostenerse, sin ir en contra de la teoría que descalifica ir en contra del propio accionar, que la reproducción de fotografías que se refieren a circunstancias de similar índole estaban destinadas a ser guardadas en la intimidad de la persona.

Por último valga señalar que las consideraciones que se efectúan en la demanda acerca del perjuicio causado a resultas de supuestas intromisiones a la intimidad derivadas de que "el tema familiar (...) comienza a ser motivo de suceso periodístico", no modifican lo decidido, toda vez que no se advierte allí si el reclamo se efectúa por derecho propio, o bien en representación de quienes se ven involucrados en la noticia en cuestión.

Cabe atender, en los agravios de la parte demandada, aquél que se refiere a la manera en la que se habrían impuesto la costas de la primera instancia. Así, entiende esta parte que: "Es incongruente que se haya eximido al actor de la condena en costas, o que haya tenido siquiera una duda razonable para apartarse del principio general de la materia".

La queja de la parte demandada se origina, a mi parecer, en una errónea interpretación de la parte del decisorio del primer sentenciante donde decide rechazar (...) "la demanda y la reconvencción, con costas por su orden". En efecto, se advierte de la lectura de lo resuelto que no ha existido el alegado apartamiento del principio general de la derrota que, en materia de imposición de costas, sienta el art. 68 del Cód. Procesal. Ello así, a poco que se note que, como resultado de la aplicación de lo decidido en la anterior instancia, cada una de las partes litigantes deberá cargar con las costas que resulten del rechazo de su respectiva pretensión, es decir, aquella contenida en la demanda o en la reconvencción, según se trate del accionante o del accionado, respectivamente. Por lo que, al no existir agravio en el planteo del demandado, nada cabe decidir al respecto.

Es también motivo de queja por parte de los demandados -coaccionado D'Amico- el rechazo de la reconvencción que se decide en la primera instancia

Adhiero, en esta parte, a los fundamentos vertidos por mi colega doctor Kiper al decidir el rechazo de la reconvencción y la confirmación de la sentencia de la anterior instancia en cuanto así lo resuelve, por lo que a ellos me remito, por razones de brevedad.

Deviene innecesario, atento la manera en la que se resuelve, el tratamiento de la cuestión atinente a la defensa de falta de acción deducida por el codemandado Fontevicchia.

En atención a las consideraciones expuestas, entiendo que es justo decidir el rechazo de la demanda y confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto así lo decide. Las costas de la alzada se imponen por su orden atento la manera en la que prosperan los agravios (art. 71, Cód. Procesal). Así voto.

La doctora Gatzke Reinoso de Gauna dijo:

1. La libertad de expresión, complemento indispensable de la libertad de pensamiento, es un elemento esencial para el progreso de la humanidad, no concibiéndose la una sin la otra. Si hay libertad para pensar, no es a condición de que las ideas queden encerradas donde nacen o confinadas en el círculo íntimo de quien las sustenta; tal libertad significa también la posibilidad de comunicar libremente a los demás lo que se piensa, pero no tan sólo en forma privada sino del modo que se considere más conveniente, práctico y útil. Observa William Ernest Hocking ("Freedom of the press: a framework of principle", ps. 53/54, Chicago, 1947) que en verdad, la libertad de expresión y de prensa está ligada al significado central de toda libertad. Donde los hombres no pueden comunicarse libremente sus pensamientos, ninguna de las otras libertades está segura, les está cerrado el camino para hacer causa común contra los abusos. Donde la libertad de expresión está presente, ya existe el germen de una sociedad libre y está a disposición un medio necesario para toda ampliación de la libertad. La libre expresión es así única entre las libertades como protectora y promotora de las demás libertades y cuando un régimen se encamina hacia la autocracia, es por instinto que la libertad de expresión y de prensa viene a constituir lo primero que es objeto de ataque. El concepto de una prensa libre es así inseparable del concepto de libertad en el Estado moderno (conf. S. V. Linares Quintana, "Tratado de la ciencia del derecho constitucional", t. 3, ps. 594/5).

La libertad de expresión es verdaderamente esencial a la naturaleza del Estado democrático que precisamente es definido por algunos como el gobierno de la opinión pública. Sin ella resultará prácticamente imposible la existencia de la opinión pública, ni la crítica y el contralor de la actuación de los gobernantes, como tampoco el cumplimiento por la oposición de su elevado cometido institucional, que requiere por parte de ésta el goce del derecho de expresar su desacuerdo. Es decir, que no podría tener vida el Estado democrático

(op. cit., p. 600, N° 2113).

A partir de tal concepción acerca del valor de la libertad de expresión, de la trascendental visión que cumple la prensa en todo Estado civilizado se comprende la existencia de la función social que desempeña y la responsabilidad que ella asume por el ejercicio abusivo de la libertad que ampara.

Jacques Bourquin hace notar que la libertad de prensa garantiza la libre expresión de las opiniones en el marco de los límites fijados a su forma y a su sustancia por la ley ("La libertad de prensa", ps. 145/197).

Las distintas libertades particulares no constituyen otros tantos institutos distintos e independientes entre sí, sino tan solamente aspectos diversos de la libertad en general; de lo cual resulta una vinculación íntima e indestructible entre dichas libertades (conf. Linares Quintana, op. cit., p. 595, N° 2106).

"Nosotros entendemos -afirmó Gregorio Badeni- que la libertad de prensa es una especie del género de la libertad y que todas las libertades están en un plano de igualdad" (v. Rev. de Apepa, ps. 20/21, N° 168).

Así con relación al concepto de la libertad de intimidad, es la que corresponde a todo individuo sobre los aspectos personalísimos de su existencia, los cuales en principio están exclusivamente reservados a él y a su familia y al margen de conocimiento o intervención por parte del Estado y los demás habitantes. Como señala Angel Ossorio y Gallardo ("Los derechos del hombre, del ciudadano y del Estado", p. 79) trátase del derecho de las personas a disfrutar de la pacífica intimidad de su existencia, sin afrontar otras responsabilidades que las nacidas de sus actos. Lo demás (gustos, aficiones, deseos, maneras de proceder, carácter, orden familiar) ha de ser sagrado e invulnerable, sin que nadie tenga derecho a entrometerse en tales cuestiones. Aun las mismas personas físicas pueden acotar para el respeto aquella parte de su vivir que no pueda tener influencia ni reflejo de ningún género en sus actuaciones oficiales (v. Linares Quintana, op. cit., p. 839).

La libertad de intimidad posee raigambre constitucional expresa a través del art. 19 de la Constitución Nacional, empero el concepto de intimidad y de vida privada es esencialmente relativo pues, al decir de Badeni, depende de la gravitación dinámica de una serie de factores políticos, económicos y sociológicos que relativizan sus fronteras imponiendo una concreta y definitiva interpretación constitucional que permita armonizar la libertad de intimidad con las necesidades sociales y con la estructura de la organización política (conf. "Reforma constitucional e instituciones políticas", p. 251).

Sostiene el citado autor -en un concepto que comparto- que se plantea una situación particular con la vida privada de los hombres públicos y de los funcionarios públicos ya que si bien no cabe negarles el derecho a la intimidad, su condición social o su función política en un sistema republicano reducen sensiblemente su derecho a la intimidad y con cita de Ossorio y Gallardo observa con razón que la persona que ejerce vida pública tiene muy limitado el derecho de resguardar de las miras generales su vida íntima. Apenas -destaca- si se reservan sus afecciones y sentimientos (op. cit., p. 253).

Es decir, ha de entenderse que la protección legal solo se extiende al campo de los afectos y los sentimientos, lo que en manera alguna significa negación del derecho a la intimidad sino una reducción del ámbito de la libertad, por razones de orden público, moral pública y las que son propias de un sistema representativo y republicano.

De no existir las razones señaladas, es dable concluir entonces que se configura la arbitrariedad (art. 1071 bis, Cód. Civil) ante la injerencia en el orden de los afectos y sentimientos de la vida de los hombres públicos, más aún cuando ello no ejerce influencia en el ejercicio de la función, quedando fuera de toda consideración lo que puede expresarse en el campo conjetural.

Ello concilia, a mi entender, los límites entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad de las figuras públicas así como determina la existencia del área de protección reconocido por la Constitución Nacional y las leyes que regulan su ejercicio.

De todas maneras, no resulta tarea fácil establecer la legitimidad de las intromisiones en la intimidad personal pero constituyen un deber de los jueces efectuar esa valoración cuando existen disputas relativas a la colisión de valores constitucionales.

El Derecho, como la teoría moral, prescribe conductas, lo que constituye la razón por la cual nos deslizamos tan fácilmente de los puntos de vista jurídicos a los externos o morales. Por a diferencia de las decisiones morales, las decisiones legales son vinculantes. Tienen fuerza y autoridad detrás, que es la razón por la cual los jueces deben limitarse a decidir dentro de las reglas del sistema legal. (v. Lief II, Cartes, "Derecho constitucional contemporáneo", Ed. Abeledo Perrot, p. 213).

En el caso bajo examen, en el que no costa que las noticias hubieran sido públicas por más que la información cuestionada se refiere a un personaje público ello no puede llevar a interpretar de por sí que los

hechos contenidos en aquella no puedan estar protegidos por el derecho a la intimidad ni mucho menos a afirmar que las relaciones mencionadas en la tapa de una de las revistas se hubiera convertido "en una cuestión de Estado" pues ello dista de constituir materia de esa categoría de hechos encuadrando en cambio en lo que la Corte Suprema de Justicia delimitó como el terreno de la autonomía integral de los sentimientos, relaciones familiares, y en suma todos los hechos o datos que integran el estilo de vida de una persona que la comunidad considera reservadas al individuo y cuyo conocimiento o divulgación significa un peligro para la intimidad ("Ponzetti de Balbin").

Es que de no existir un límite ni la reserva de un ámbito constituido por el espacio donde se desenvuelven los afectos y los sentimientos, como ya se dijera, podría llegarse hasta el extremo de afectar totalmente, en cuanto a los hombres públicos, el derecho reconocido a todos los habitantes por la Constitución Nacional, lo que no se puede concebir. La expansión de una libertad no podría alcanzar tal medida como para provocar la desaparición de un derecho, encontrándose ambos protegidos constitucionalmente.

De la misma manera que el reconocimiento de la intimidad no puede conducir al exceso de anular otras libertades constitucionales, tampoco el ejercicio de cualquiera de estas últimas puede desembocar en el cercenamiento liso y llano de la intimidad (v. Gregorio Badeni, op. cit., ps. 250/251).

Juan Bautista Alberdi afirmaba "La prensa no es escalera para asaltar la familia y su secreto; no es la llave falsa para violar la casa protegida por el derecho público; no es el confesionario católico que desciende a la conciencia privada. El que así la emplea, prostituye su ejercicio y la degrada más que los tiranos" ("Complicidad de la prensa en las guerras civiles de la República Argentina", "Obras completas", t. IV, p. 106, ídem t. IV, p. 101, citado por Linares Quintana, op. cit., p. 687).

Con relación al desempeño ético de la profesión de periodista, se ha sostenido que se deben trazar dos límites; uno es vertical y es el que impone la ley, el otro es horizontal, el límite moral establece no detenerse en la vida privada de las personas -a menos que se convierta en algo público- no lucrar con el dolor de los demás y no permitir que los odios y amores de uno interfieran en el trabajo (v. Revista de ADEPA, N° 164, p. 18, "Las relaciones con el poder", citando a Morales Solá).

A partir de entonces de las consideraciones expuestas, de una evaluación razonable de las circunstancias particulares que rodean el caso, luego de analizar el material probatorio aportado por las partes que consiste únicamente en los ejemplares de las revistas que contiene la información objetada y cuyo contenido ha sido meritado en forma detallada en el voto del doctor Kiper a cuyos términos me remito y las normas legales aplicables, con el alcance indicado en los párrafos que preceden, adhiero a la solución propuesta por el vocal preopinante antes citado.

Por lo deliberado y conclusiones establecida en el acuerdo transcrito precedentemente por mayoría de votos, el tribunal decide modificar la sentencia apelada y hacer lugar a la demanda, condenándose a Editorial Perfil S.A., y a Jorge Fontevecchia y Hector D'Amico a pagarle al actor, en el plazo de 10 días, la suma de \$ 150.000 en concepto de indemnización por haber violado su derecho a la intimidad, con más sus intereses en la forma mencionada, así como la publicación de un extracto de esta sentencia, y las costas de ambas instancias. - Claudio M. Kiper. - Marcelo J. Achával. - Elsa H. Gatzke Reinoso de Gauna.