

El Derecho a la Intimidad como límite a la Libertad de Prensa

ABSTRACT: En este trabajo intentamos dejar sentada nuestra postura en sentido que la libertad de expresión es, y debe ser, una de las libertades preferidas en un Estado democrático. Pensamos que al hablar de libertades preferidas; es obvio que para salvaguarda del sistema democrático la libertad de prensa debe ser una de ellas; pero no la única. Una de las diferencias esenciales entre un Estado totalitario y un Estado democrático es que mientras que el primero tiene fines transpersonalistas; el segundo tiene como fin fundamental el respeto más absoluto por los derechos del individuo; y uno de los derechos fundamentales del individuo es el derecho a que se respete su intimidad; su privacidad y su propia imagen. Consideramos que así como en un momento de la historia fue necesario luchar sin tregua por el derecho a la libre expresión de las ideas; ahora ganada esa batalla y, considerando que de ello se ha concientizado a todos los sectores de la sociedad; es necesario iniciar la lucha por una protección más fuerte, a un derecho que ante los avances tecnológicos que no dan tregua ha quedado minimizado o reducido a “casi nada” que es el derecho a la privacidad o intimidad.

Nunca el ejercicio de un derecho constitucional debe realizarse violentando sistemáticamente otro; sino que dicho ejercicio deberá ser en necesaria armonía con los restantes. La Privacidad, al igual que la libertad de expresión son valores esenciales en pos de la dignidad humana y la plena autonomía de la persona.

SUMARIO: I- La libertad de Prensa es – y debe ser- una de las Libertades Preferidas en un Estado Democrático. II- No hay Derechos Constitucionales “absolutos”. III Derecho a la Privacidad o Intimidad. IV- 1) El Derecho a la Privacidad en el Derecho Americano IV-2) La Ley Anti-paparazzi del Estado de California .V- 1) El Derecho a la Intimidad en el Derecho Argentino. Normas Constitucionales. V. 2) Normas Infra –Constitucionales. VI- Libertad de Prensa y Derecho a la Intimidad. ¿es posible su armonía?

I- LA LIBERTAD DE PRENSA ES – y debe ser- UNA DE LAS LIBERTADES PREFERIDAS EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO.

El antecedente que marcamos como punto de partida de una declaración escrita del reconocimiento de libertades fundamentales del hombre es la Carta Magna de 1215; pero es en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 que nace el concepto de “libertad de Expresión” cuando queda explícitamente establecido que: “ la libre comunicación de opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre y que todo ciudadano podrá hablar, imprimir libremente, *salvo su responsabilidad por el abuso de esta libertad en el caso determinado por la ley*”.

Con el surgimiento del Estado de Derecho y consecuentemente el movimiento que denominamos “constitucionalismo clásico”, casi todas las constituciones incorporan un mecanismo de preservación de la libertad de expresión y su derivación natural que es la libertad de prensa.

En nuestro texto constitucional la protección de esta libertad surge de la interpretación armónica de los artículos 14, 32, 33, y 60 (actualmente 68) de la Constitución de 1853-1860. A partir de la reforma constitucional de 1994 queda también incorporada en el artículo 43 al proteger específicamente el secreto de las fuentes de información periodística; y a través de la incorporación de los Tratados sobre Derechos Humanos, con jerarquía Constitucional. En la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), artículo 18 ; en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica (1969), artículo 13; establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión ...derecho que comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Asimismo en el inciso 2 dice que “...*este derecho no podrá estar sujeto a la censura previa; sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás...*”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) queda consagrada en el artículos 18 la libertad de pensamiento, y de manifestar creencias o religión y; en el artículo 19 se protege la libertad de expresión en los mismos términos que tres años después tomara el Pacto de San José de Costa Rica.

La importancia de la libertad de expresión, como uno de los pilares básicos del sistema democrático es reconocida ya por Alexis de Toqueville cuando expresa “...Creo que los hombres que viven en las aristocracias, pueden en rigor, pasarse sin la libertad de prensa, pero no los que habitan países democráticos. Para garantizar la independencia personal de estos, no confío en las grandes asambleas políticas, en las prerrogativas parlamentarias, ni en que se proclame la soberanía del pueblo. Todas estas cosas se concilian hasta cierto punto con la servidumbre individual; más esta esclavitud no puede ser completa, si la prensa es libre. La prensa es, por su excelencia, el instrumento democrático de la libertad”¹

Entre nosotros el mismo Vélez Sárfield con motivo de la incorporación del artículo 32 a la Constitución Nacional en 1860 expresaba “...La libertad de imprenta, señores, puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como una explicación de los derechos que quedan al pueblo después de haber elegido a sus representantes al cuerpo legislativo. ... Preguntad a todos los opresores de los pueblos cual es el primer medio que emplean para dominarlos a su arbitrio: quitar la libertad de imprenta o ponerle pesadas restricciones. Resumiendo, señores, estas diversas ideas podréis echar la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no hallareis un pueblo que vaya en progreso y en que estén asegurados los derechos de los hombres y restringida al mismo tiempo la libertad de prensa...”²

En reiteradas oportunidades se ha considerado además, que este derecho tiene un anverso que es el derecho individual de cada uno de nosotros a recibir y emitir ideas, y un reverso que es el derecho colectivo de quienes reciben información. En este sentido nuestra Corte Suprema en el fallo “**La Prensa c/ Secretaria de Comercio Interior**”³ deja sentada su postura en sentido que “existe por una parte un derecho individual de quien busca, emite o difunde las ideas, otro colectivo de quienes tienen derecho a recibir la información y otro vinculado con la actividad económica de la prensa”.

¹ TOCQUEVILLE, Alexis “La Democracia en América”. Fondo de Cultura Económica, octava reimposición, México, 1996, p.638

² Diario de sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del exámen de la Constitución federal, paginas 30-31; Citada por LINARES QUINTANA, Segundo V. “Tratado de la ciencia del Derecho constitucional”; T.4, pagina 425, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires 1978.

³ L. L, 1997-D, p. 590 con nota de Miguel M. PADILLA

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva de 13 de noviembre de 1985 “**Stephen Schmidt**”, establece la doctrina de que “cuando se restringe la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también es el derecho de todos a recibir información e ideas”. Agrega además que “se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto esta requiere por un lado que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su pensamiento ..., pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”⁴.

Toda vez que llega a nuestras manos un artículo sobre libertad de prensa - que es a la faceta de la libertad de expresión que concretamente nos vamos a referir- queda totalmente reconocido que este derecho es esencial a la forma republicana de gobierno (tanto como la división de poderes); y al sistema democrático.

Fayt en su obra “La omnipotencia de la Prensa” analiza el significado actual de la libertad de prensa y la función de la misma y; a lo largo de la obra muestra, como se intenta a través de la libertad de investigación e información por medio de la prensa, respaldar las nuevas variables del uso de prensa, como ariete para controlar al poder político en su globalización contemporánea, a través de las diferentes tecnologías en sus diversas variantes. El acceso a la información, la garantía de investigación por la prensa, y la globalización de las noticias, son los refugios de las libertades en nuestro mundo a través de la prensa en sus diversas variables contemporáneas. Fundamentalmente los medios electrónicos que globalizan el conocimiento de las noticias, resulta que se convierten en uno de los medios más eficaces para enjaular al poder político y sus excesos.

Sobran razones para fundamentar que la libertad de prensa es - sin duda- y debe ser una de las libertades preferidas en un Estado Democrático ya que en un orden de prelación ajustado al espíritu de nuestra organización republicana la libertad de expresión ocupa un lugar primordial entre los bienes merecedores de protección jurídica.

Hemos leído no en pocas oportunidades que la libertad de prensa de un pueblo es el mejor barómetro para medir el grado de libertad del que el mismo goza. La historia de los pueblos Latinoamericanos podría bien cifrarse en las luchas que los defensores de la prensa han debido librar para poder exponer públicamente sus opiniones sin censuras y limitaciones.

⁴ COLAUTTI, Carlos, “Derechos Humanos”, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1995, paginas 144 -147

Lamentablemente muchos países de nuestro continente continúan esa lucha y no han logrado aún la victoria de tan excelsa libertad por sobre el autoritarismo; basta con tomar como ejemplo lo que ocurre en Perú; o en Venezuela después de la asunción del presidente Hugo Chávez Frías⁵.

En Argentina hemos tenido durante el siglo XX pesadas restricciones a la libertad de prensa durante los veinticinco años de gobiernos de facto entre 1930 y 1983; ello no solo porque nuestra historia está escrita capítulo a capítulo alternado gobiernos de facto y gobiernos de iure; sino lo que es más grave aún, también ha habido severas restricciones a la libertad de prensa en algunos gobiernos constitucionales; fue un “siglo de autoritarismo”, y como tal se hizo muy difícil la supervivencia del derecho a la libre expresión de las ideas.

Sin embargo, a partir de 1983 lentamente se ha ido recomponiendo la situación y a pesar de haber padecido marchas y contramarchas ;hoy consideramos que la libertad de prensa está muy bien protegida desde la ley como desde el camino que en los últimos años ha seguido el más Alto Tribunal. A tal punto que es la propia Asociación de Entidades Periodísticas Argentinas (ADEPA) que consideró que a pesar de los contratiempos y de ciertos retrocesos, el avance hacia una mayor libertad de prensa es una tendencia difícil de revertir. “Vivimos un período en el que rige la libertad de prensa en Argentina, como hace muchas décadas no teníamos registrado en nuestra historia”⁶. De manera que desde los funcionarios públicos hasta los distintos grupos de interés, la ciudadanía y la sociedad toda han asumido que la plena vigencia de la prensa independiente en la Argentina es un factor esencial para garantizar la forma republicana de gobierno y el sistema democrático.

II- NO HAY DERECHOS CONSTITUCIONALES “ABSOLUTOS ”

Los derechos plasmados en la constitución nacional no son absolutos; sino que son pasibles de reglamentación razonable; el ejercicio de un derecho debe guardar armonía con los restantes. Tampoco el derecho a la libertad de prensa es absoluto; respecto del cual si bien

⁵ Ver nuestro trabajo sobre “La Nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”; Boletín de la Asociación de Derecho Constitucional N° 165;enero del 2000, p.15.

⁶ “LA NACIÓN”; 8 de abril del 2000; Expresado por Luis Tarziano Titular de la Comisión de prensa e Información.

hay un acuerdo casi unánime en sentido de el no ejercicio de la censura previa; si se ha reconocido otro tipo de límites a dicha libertad.

La Corte americana tiene elaborada la doctrina del “*Peligro claro y actual*” que es uno de los límites aceptados a la libertad de prensa; doctrina que por otra parte no tuvo gran acogida desde nuestros tribunales. **En el fallo “B.A. y otros s/ infracción al artículo 3° de la ley 23.592”**⁷, el juez se pronuncia en sentido de la incompatibilidad de la aplicación de esta doctrina a nuestro derecho. No nos detendremos en la misma porque excede el propósito de este ensayo; sin embargo queremos dejar sentada nuestra posición, siguiendo a Tomás Bianchi y Hernán Gullco, en el sentido de que lejos de considerar que hay argumentos para no aplicar dicha doctrina - más bien en contrario- hay fundadas razones constitucionales; jurisprudenciales y aún desde el punto de vista valorativo que justifican plenamente la aplicación de la misma en el derecho argentino.⁸

Nuestra corte se ha preocupado por destacar que el derecho a la libre expresión no es absoluto y que origina responsabilidades establecidas por ley, para casos de abusos producidos a través del ejercicio del mismo. Así lo estableció en 1918 en la causa “**Menéndez c/ valdez**”⁹ y en “**Ponzetti de Balbín c/Editorial Atántida S.A**”¹⁰- que más adelante analizaremos-; y en el caso “**Campillay**”¹¹ en el que la Corte lo expresa textualmente “...el derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador pueda determinar a raíz de los abusos cometidos mediante su ejercicio...Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, ... tiene un lugar eminente que obliga a particular cautela en cuanto se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa. *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*

⁷ Sentencia de Primera Instancia del Juzgado Nacional en lo Criminal n°3; E.D. 165-385

⁸ Ampliar de BIANCHI Enrique y GULLCO Hernán “El Derecho a la libre expresión”. Editorial Platense, La Plata, 1997, cap. tercero.p. 68-92

⁹ CSJN, Fallos, 127:161 (1918)

¹⁰ CSJN, Fallos, 306: 1892 (1984)

¹¹ CSJN, Fallos, 308:789 (1986)

detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas”, (Considerando 5°)

Al referirnos a los límites que debe tener necesariamente la libertad de prensa nos referimos en primer lugar a la denominada en el derecho americano doctrina de la “*real malicia*” la que podemos sintetizar de la siguiente manera; cuando una persona pretende hacer responsable al autor de una publicación porque la considera difamante o injuriosa hacia su persona; debe probar que aquél ha actuado dolosamente, con intención de difamar, a sabiendas de la falsedad de sus dichos.

Esta doctrina tiene su punto de partida en el célebre caso de la Corte de los EE.UU de 1964 “**New York Time v. Sullivan**”¹² el caso fue decidido en el momento más álgido de las luchas segregacionistas en dicho país. El Estado de Alabama fue uno de los que más fuertemente luchó por los derechos civiles de los negros; su líder Martin Luther King había sido arrestado en la ciudad de Montgomery (Alabama); mientras tanto un grupo de activistas de derechos civiles publicó en el periódico “The New York Time” una solicitada en la que se vertían términos injuriosos hacia la policía de Montgomery; Sullivan que era miembro de dicho cuerpo policial demandó al periódico y a los firmantes de la solicitada por haberse considerado injuriado a través de las afirmaciones inexactas publicadas en la misma. La Corte condena a pagar al periódico y a los firmantes la suma de 500.000 dólares estadounidenses por considerar que los responsables estaban en conocimiento de la inexactitud de las publicaciones. La trascendencia del fallo está dada en que la Corte establece un nuevo “standard” en orden a los límites que puede tener la libertad de prensa estableciendo que no se puede pretender una indemnización por una publicación a menos que un funcionario público pruebe que tales expresiones fueron hechas con malicia- o sea con conocimiento de que eran falsas o con negligencia grave – en sentido que no importe averiguar si son o no verdaderas.

En 1974 en el caso “**Gertz v. Robert Welch Inc.**”¹³ establece que este “standard” debe aplicarse no solo a los funcionarios públicos, sino también a todo actor cuando se trate de una figura pública. En el caso de las injurias a personas que no tienen tal carácter solo

¹² 376 US 254 (1964)

¹³ 418 US.323 (1974)

deberá demostrar negligencia por parte de la prensa; en sentido de no averiguar si lo que se ha publicado es o no verdad.

En Argentina se aplicó esta doctrina desde 1991 a partir del fallo **“Vago Jorge A. c/ Ediciones La Urraca”**¹⁴; pero solo a través de los votos de los doctores Fayt y Barra; quedando definitivamente incorporada la doctrina de la real malicia en 1996 en el caso **“Morales Solá, Joaquín Miguel s/ injurias”**¹⁵ cuando por decisión de los nueve miembros de la Corte, - aunque con alguna diferencia- aceptan el reconocimiento del debate público de temas de interés general; amplitud suficiente para admitir expresiones erróneas o aún falsas, si han sido realizadas de buena fe. Para que haya responsabilidad se deberá demostrar que el autor de la información conocía la falsedad de la noticia; y que igualmente la publicó; o que actuó con marcada negligencia acerca de la determinación de su verdad, error o falsedad. En 1997 vuelve a aplicarse esta doctrina en la causa **“Pandolfi Oscar c/ Rajneri Julio R.”**, quedando así totalmente incorporada esta doctrina a nuestro derecho constitucional, en forma pretoriana.¹⁶

Gregorio Badeni¹⁷ al analizar la libertad de prensa según el Tribunal Constitucional español; considera que dicho Tribunal no toma la doctrina de la *“real malicia”* de la Corte americana; pero que en reiteradas oportunidades desarrolla alguno de los elementos que conforman dicha doctrina. Así sostuvo el Tribunal español, que con respecto al honor la causa que legitima la intromisión, es la veracidad; y con respecto a la intimidad, la causa legitimante es la relevancia pública del hecho divulgado; agregando asimismo que si la información transmitida es veraz y se refiere a asuntos públicos de interés general por las materias o las personas de que se trata, la libertad de información tiene una posición preferente frente a la intimidad y al honor. Pero, este valor preferente, originado por el rol

¹⁴ CSJN, Fallos 314:1517

¹⁵ CSJN, Fallos 319:2741.

¹⁶ Ampliar de: BARRANCOS Y VADIA, Fernando “La doctrina de la real malicia en la jurisprudencia de la Corte suprema”; L.L 1995-E,871. “La Corte Suprema de Justicia reafirma los principios esenciales de la doctrina de la real malicia”; L.L 1997-E, 637. “La libertad de Expresión y el debate de los temas de interés público” L.L-1996-E,325. Y STOLLER Enrique, A. “La doctrina de la real malicia” ,Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, N° 166,febrero del 2000, p.11

¹⁷ BADENI, Gregorio “La Libertad de prensa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España”; L.L; T.1993-D,Secc.doctrina; p.814 - 816

institucional de la libertad de información, no es absoluto y cede cuando es ejercido de manera exorbitante en relación a su fin. El principio se refleja en dos fallos¹⁸ (ambos de 1990); el primero en que el Tribunal Constitucional anulara la sentencia condenatoria impuesta al periódico “El País” por considerar que las referencias al carácter irascible del piloto de un avión que se había estrellado, y la mención en el periódico de que el mismo atravesaba una mala situación personal y sufría grandes depresiones; aparecieron como justificadas. En contrario resuelve condenar al periódico “Diario 16”, cuando ante el mismo hecho utilizó expresiones tales como “mal educado, grosero y...” que siendo casado y con hijos vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada desde hace siete meses”, por considerar que existió una r ilegítima lesión al honor e intimidad personal del piloto¹⁹

Solo hemos realizado un esbozo de la doctrina de la real malicia para explicar los casos en los que cede el derecho a la libre prensa; y es susceptible de limitación, generando ulteriores responsabilidades. Sin embargo consideramos que no solo debe haber responsabilidad por publicaciones que a sabiendas son falsas o que hubo negligencia en averiguar a cerca de la verdad o falsedad de las mismas. Tampoco consideramos necesario demostrar que exista “exorbitancia” en la consecución del fin de informar; sino que debe haber responsabilidad por la publicación de una noticia, foto o imagen que pertenecen estrictamente al fuero íntimo de las personas; aunque sean verdaderas; si aquéllas fueron realizadas sin consentimiento de las mismas. La intimidad se viola de igual manera con la verdad o con la mentira.

John Stuart Mill ya señalaba que *“aún frente a la verdad, hay otros valores que en determinadas situaciones, son preferidos a aquella. La intimidad es una de ellas”*²⁰

En un país en el que está asegurada la plena libertad de expresión por medio de la prensa - no solo la prensa escrita sino aquella que actualmente está comprendida dentro del

¹⁸ T.C, N° 171 y 172 (1990)

¹⁹ Recuérdese que en la Constitución española de 1978 en su artículo 18-1 reconoce “el derecho al honor, a la intimidad familiar y personal, y a la propia imagen”. Es un tema sumamente controvertido en la doctrina española en relación a si en verdad es un único derecho tricéfalo o pueden considerarse distintos derechos subjetivos.; Puede verse VIDAL MARTÍNEZ , Jaime “El derecho a la intimidad en la ley orgánica del 5/5/92”, Madrid 1984.

²⁰ BIANCHI E. Y GULLCO H. Ob.cit. n°7 p.10

concepto de “prensa”; tal el caso de la televisión, radio, videos etc.-; está dado el primer paso; pero hay que seguir entonces protegiendo otras libertades que se encuentran tan relegadas como en décadas atrás lo estaba la libre expresión de ideas.

III- DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD

Algunos autores; tal el caso de Carlos S. Nino²¹ distinguen entre privacidad e intimidad; considerando que la “privacidad” no es equivalente a intimidad; sino que es todo aquello relacionado a las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son “privadas” en sentido de que si violentan exigencias morales solo lo hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente; y tales exigencias no se refieren como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva; o sea a las obligaciones que tenemos en relación a los demás; - más en contrario- se refiere al desarrollo o auto degradación del propio carácter moral del agente. Reconociendo como único límite de las mismas el daño a terceros. Para el autor son las “acciones privadas” a que se refiere el artículo 19 de la constitución nacional.

En cambio, siguiendo a Parent entiende por “intimidad” una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es aquel derecho a que los demás no tengan información documentada sobre hechos, respecto de una persona, que esta no quiere que sean ampliamente conocido. La intimidad de una persona, o sea la exclusión potencial de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos; rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar; escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etcétera.

Esta distinción debería ser objeto de un análisis filosófico tal como lo hace Nino; sin embargo excede la intención de nuestro trabajo y a los efectos del mismo y en relación a la intención del bien jurídico a proteger; en este caso es indistinto hablar de privacidad o intimidad. Porque sostenemos que no solo la libertad de expresión debe ser limitada cuando se trata de probar la intencionalidad en la publicación de un hecho no verdadero;

²¹ Ver NINO, Carlos Santiago “Fundamentos de Derecho Constitucional” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, (Derecho a la privacidad p.304; Derecho a la intimidad p. 327)

sino que además debe serlo cuando; aún siendo verdadero hay una violación al derecho a la intimidad y/o privacidad; tratando de delimitar en que casos o bajo que circunstancias.

IV- 1) EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN EL DERECHO AMERICANO

En relación a los orígenes de la protección a la privacidad nos debemos remontar al derecho anglo-americano y , siguiendo a Alberto Bianchi²² se distinguen básicamente cuatro etapas; la primera abarca desde los orígenes del *common law* hasta el año 1890, en que es publicado el célebre artículo de Warren y Brandeis; la segunda etapa o período se extiende hasta un ensayo publicado en 1960 por William Prosser que se refiere concretamente al problema entre privacidad y prensa. La tercera etapa, en la que el eje de la privacidad se traslada de Estados Unidos a Inglaterra, comienza con el proyecto de ley de Lord Mancroft, y se refiere a los problemas suscitados ente la privacidad y los medios masivos de comunicación. Por último la cuarta etapa empieza en 1969 con el proyecto de ley de Walden que se refiere al tema de la tutela de los datos personales memorizados por ordenadores.

El mencionado artículo de 1890 “*The Right to Privacy*”²³ fue originado en razón de unas publicaciones que la prensa de Boston realizó con comentarios acerca del matrimonio de la hija del senador Warren; este contrata a Brandeis, por entonces ya famoso como abogado a quien le encomienda un estudio sobre el derecho a la privacidad en el *common law*; y los alcances del mismo. El resultado fue que existía una protección general a la privacidad que también brindaba protección jurídica en caso que la violación a la vida privada se produzca por medio de la prensa. Por esta razón la mayoría de la doctrina considera que este estudio es el punto de partida de la protección de la privacidad.

En 1960 Willam Prosser²⁴ publica un artículo en los que considera que el derecho a la privacidad en el *comon law* protege cuatro situaciones distintas; a) intromisión en la

²² ampliar de BIANCHI Alberto A.B, “Habeas Data y Derecho a la Privacidad”; E.D, 15 de febrero de1995; p. 867-878

²³ WARREN, Samuel y BRANDEIS Louis , 4 Harvard Law Review 193 (1890). cit por Bianchi A. ob.cit. p.871

²⁴ PROSSER William L. “Privacy”, 48 California Law Review (1960); cit. por Bianchi Alberto ob. cit. p.872

soledad, vida privada o asuntos privados de una persona; b) divulgación de hechos que dañen a otras personas; c) publicidad tendiente a difamar a una persona ante la opinión pública y d) apropiación del nombre o aspecto físico del querellante. Este artículo fue criticado por considerar que quebraba el concepto unitario del derecho a la privacidad tal como lo planteara el artículo de 1890.

El artículo de 1890 “right of privacy” criticaba a la prensa por “transgredir en todas sus formas los límites del decoro y la decencia” y propuso un nuevo agravio (*tort*) por la violación al derecho a la privacidad.

Hacia 1960, su aceptación se había propagado y la mayoría de los Estados reconocía el derecho a la privacidad en alguna de sus formas. Desde entonces, el concepto de privacidad evolucionó en cuatro aspectos distintos: a) invasión irrazonable sobre el aislamiento de una persona; b) exposición pública de hechos privados, c) publicidad que coloca a una persona bajo una luz falsa, d) apropiación del nombre de otra persona o algo similar. Sin embargo, la habilidad de estos agravios para proteger la privacidad es cuestionable, ya que la tecnología “siempre en desarrollo” hace públicos esos lugares y actividades que fueron una vez privados.

David Flaherty²⁵, en un estudio más reciente analiza todos los aspectos que comprende el “*right of privacy*” actualmente entendiendo que son los siguientes: el derecho a la autonomía personal; el derecho de ser dejado a solas; el derecho a una vida privada; el derecho a controlar la información a cerca de uno mismo; el derecho de limitar el acceso a dicha información; el derecho de control exclusivo acerca de quienes tienen acceso a nuestro mundo privado –*the right of exclusive control of access to private realms*–; el derecho a minimizar las intromisiones; el derecho a una expectativa de confidencialidad; el derecho a disfrutar de la soledad; el derecho a disfrutar de la intimidad; el derecho a disfrutar del anonimato; el derecho a disfrutar de reserva y el derecho al secreto.

Actualmente en los Estados Unidos se advierte una clara preocupación por la tendencia a la invasión de la privacidad y porque la protección legal de la misma en los últimos cien años, -desde el célebre artículo publicado en 1890 por Warrens y Brandais- es considerada

²⁵ FLAGHERTY David, “Protecting Privacy in Surveillance Societies”, University of North Caroline press, 1989, p.8. Citado por CATE, Fred “Privacy in the Information Age”, The Brookings Institute, Washington D.C, 1997, Capítulo 3, p.21.

“débil” a tal punto que en un reciente trabajo de Rodney Smolla²⁶ se lee algo así como “si esperas protección legal para tu privacidad, deberías permanecer en tu casa con las persianas cerradas”. En el explica que la mencionada “debilidad”; se debe justamente a la tirantez que siempre hubo entre el derecho a privacidad y la primera enmienda – protectora de la libertad de prensa -

Actualmente, los cazadores de noticias utilizan cámaras de alto poder, micrófonos e inclusive fotografías satelitales. En algunos casos se ajustan a muy pocas normas éticas y no dan cuentas a casi nadie. En un mundo en el que las leyes no logran salvaguardar nuestra intimidad; ya es rutina conseguir información protegida, desde grabaciones telefónicas hasta historias clínicas. A menudo, aquéllas son el punto de partida de una investigación; en la mayoría de los Estados norteamericanos, estas grabaciones caen en una zona gris, entre lo ilícito y lo ilegal. Lo llaman “revolver el basural”... “Estoy dispuesto a meterme en cualquier basurero y enfocar una cámara oculta hacia cualquier ángulo. Tomo casos de republicanos, demócratas, conservadores y liberales...” asiduamente reciben una tarjeta con este anuncio los más importantes candidatos políticos para “desenterrar” datos de sus rivales.²⁷

El “agravio” de invasión ha fallado en mantenerse al paso con estas tecnologías. El alcance de éste incluye aquellas invasiones que ocurren físicamente o de otra forma, lo que sugiere que el agravio se aplica a actividades que usan la tecnología para alcanzar el mismo resultado que la invasión física. Algunos jueces le han dado a este agravio una definición amplia, pero la mayoría lo han limitado tanto que no tienen utilidad ante el avance de la prensa intrusiva. Es difícil explicar la indiferencia de los jueces ante la tecnología. Algunos unen los intereses particulares al decoro o corrección y no consideran que exista invasión irrazonable si no hay invasión física. Sin embargo, como la mayoría de los jueces reconoce, la invasión no necesita ser física para ser irrazonablemente ofensiva.. La invasión, requiere una expectativa razonable de privacidad en un lugar, conversación o actividad, y requiere

²⁶ SMOLLA, Rodney “Free Speech in an Open Society”, Knof, New York, 1992, “...lesson of modern privacy law in the tort arena is that if you expect legal protection for your privacy, you should stay inside your house with the blinds closed”

²⁷ FRANZ, Douglas “Hombres públicos, vidas privadas” para The New York Time; traducido para La Nación por Zoraida Valcárcel; (1999)

que sea altamente ofensiva. El problema con esta formulación es que permite que el concepto de privacidad se vea disminuído a medida que la nueva tecnología reduce lo que un individuo puede razonablemente esperar que sea privado y que las actitudes sociales aceptan cada vez más el uso intrusivo de la tecnología.

En el caso “**Shulman v. Group W. Productions Inc.**”²⁸, la Corte Suprema de California distinguió entre la escena de un accidente cercano a una autopista, que un reportero pudo gravar en video sin invadir, y un rescate dentro de un helicóptero, donde el demandante pudo razonablemente tener un expectativa de privacidad.. La diferencia entre estos dos lugares es que la presencia de periodistas y fotógrafos en la escena de un accidente es esperada, pero no hay ley o costumbre que permita a la prensa subirse a ambulancias sin el consentimiento del paciente. Este razonamiento indica, que la expectativa de una persona a la privacidad depende en parte de los métodos de información disponibles a la prensa y al público -una vez que la prensa establece una “ley o costumbre” que permite una forma de búsqueda de noticias que una vez no fue común y que hace que el actor no tenga más una expectativa razonable de privacidad respecto de ese método de caza de noticias-.

En “**Dow Chemical Co. v United States**”²⁹, la Corte Suprema sostuvo que la Agencia de Protección del Medio Ambiente no procedió conforme los propósitos de la Cuarta Enmienda – en la que el derecho americano considera implícito el derecho a la privacidad “*right of privacy*”- cuando voló sobre la planta de la actora y tomó fotografía con una cámara que agrandaba la imagen. La Corte entendió que aunque “la vigilancia sobre la propiedad privada usando equipos sofisticados que no están generalmente disponibles al público ... pueden ser constitucionalmente prohibidos si no existe una garantía”, el uso de la cámara no alcanzó ese problema porque era solamente una “cámara fotográfica convencional y que se utiliza comunmente para la confección de mapas”. La Corte explícitamente unió el grado de permisibilidad de invasión a la disponibilidad de la tecnología de vigilancia usada, una formulación idéntica al acercamiento realizado por la Corte de California en Shulman.

²⁸ “Privacy, Technology and The California “Anti-paparazzi” Statute; The Harvard Low Review Association; abril de 1999; Vol. 112; N° 6; pág.1373.

²⁹ Ob.Cit n°19, p. 1374

Si las expectativas razonables de privacidad de un individuo dependen de esto, entonces las innovaciones de la tecnología pueden disminuir irrazonablemente las expectativas de privacidad que una vez fueron razonables.

Sin perjuicio de señalar que en ningún caso se dijo directamente que la nueva tecnología afecta las expectativas razonables de privacidad de una persona, dos fallos sugieren que la tecnología sí desempeña ese rol. En “**Dieteman v.time Inc.**”³⁰ se entendió que existía invasión irrazonable cuando un periodista usaba un micrófono oculto para grabar la conversación que tuvo con el demandante dentro de su casa.

Por el contrario, en “**Deteresa v. American Broadcasting Cos**”³¹., que se resolvió veintiséis años después, se estableció que no existía invasión irrazonable cuando un periodista usaba un micrófono oculto en una conversación que tuvo con la accionante en la puerta de su casa. El juez de la causa Deteresa lo resuelve así por considerar que la diferencia estaba en que el reportero nunca entró en la casa de la actora y que la Sra. Deteresa sabía que la persona con quien estaba hablando era un periodista. Sin embargo, como primera distinción, la expectativa de privacidad de la Sra. Deteresa no se refería a su casa sino a la conversación con el periodista. Entonces, una distinción basada en el **lugar** por oposición a la confidencialidad de la **conversación**, parece inmaterial considerando que ambas conversaciones ocurrieron en lugares en los que generalmente el público no podía oír. Como segunda distinción, el juez de la causa Deteresa ignoró el razonamiento de la Corte en el caso Dieteman, en sentido de considerar que una persona que voluntariamente habla con otra asume el riesgo de que su conversación sea repetida. Por el contrario, el juez de la causa Deteresa solamente consideró que la Sra. Deteresa habló voluntaria y libremente con un individuo que ella sabía era un periodista, por lo que debió haber tomado conciencia de que lo que estaba diciendo podía estar siendo grabado, un riesgo que el Sr. Dieteman no tuvo que asumir. La accesibilidad a la tecnología del micrófono oculto parece ser la principal distinción entre lo que hizo irrazonable la pretensión de privacidad de la Sra. Deteresa y que sí era razonable para el Sr. Dietemann . De acuerdo a esto, la preponderancia de la tecnología disminuye aparentemente la protección dada por el “agravio de invasión”.

³⁰ Ob. Cit, N° 19; p.1375

³¹ Ob. Cit, N° 19; p.1375-1377

En 1997 Impulsados por el reclamo público, varios miembros del Congreso de los Estados Unidos propusieron una nueva legislación federal para controlar a la prensa; respondiendo a los reclamos sobre los paparazzi quienes “harían cualquier cosa y usarían la última tecnología para obtener fotos y sonidos”³² los legisladores se esforzaron por mejorar las penas referidas a la invasión de la privacidad, creando acciones civiles y penales contra las personas que se inmiscuyen en la privacidad de otras por cualquier intención. Sin perjuicio del apoyo de ambos partidos, el Congreso no aprobó el proyecto de ley federal.

IV. 2) LA LEY ANTI-PAPARAZZI DEL ESTADO DE CALIFORNIA

La legislatura del Estado de California, sin embargo y con la firma del Gobernador, en septiembre de 1998 convirtió el proyecto en ley; denominado “Antipaparazzi Statute”.³³

El Código Civil de California (1708.8); se descata no solo por su intento de solucionar los defectos del agravio de privacidad en el “common law” sino también por la forma en que lo hace.

El derecho californiano se distingue del método en que protege la privacidad el common law, el que regula la privacidad definiéndola en términos de “soledad”, “reclusión” o “asuntos privados”. En cambio, este derecho escrito busca proteger la privacidad indirectamente mejorando aquellas protecciones que no tienen regulación legal.

Además de la ley, existen al menos tres formas de coacción sobre el comportamiento de los individuos: las normas sociales, los mercados y las barreras físicas. La ley californiana reconoce la importancia de cada una de estas alternativas y utiliza cada una de ellas en su intento de crear mayores protecciones a la privacidad.

Las normas sociales son actitudes sociales de aprobación o desaprobación, que especifican lo que debe o no debe hacerse. Las normas sociales operan a través de la coerción de la comunidad que penaliza las conductas desviadas con la vergüenza pública, o fomenta la conducta favorable mediante el respaldo público. Como resultado, el manejo de las normas es una estrategia importante para acompañar los objetivos de la ley.

La coerción de los mercados, también influyen sobre el comportamiento del individuo. Los mercados regulan a través de los precios, mientras que las leyes y normas sociales lo

³² Congressional Testimony (Statement of Michael Fox- actor-); Ob. Cit, N° 19; p 1368

³³ AMPLIAR de : Ob.Cit N° 19; p. 1375 -1385

hacen a través de sanciones. Por ejemplo, el alto costo de un reloj Rolex en comparación con un Timex, hace que muchos consumidores compren éste último. En forma similar, la demanda por detalles sobre la relación sentimental de la princesa Diana de Inglaterra anterior al accidente que le costó la vida, creó un frenesí entre los fotógrafos por obtener sus fotografías. Estos ejemplos demuestran que los mercados afectan a ambos, los consumidores y los productores.

Las barreras físicas son la tercera forma de coerción sobre el comportamiento. Como los mercados, las barreras físicas generalmente operan con anterioridad para dirigir la actividad. Por ejemplo, la habilidad de una persona para entrometerse o curiosear es constreñida por el hecho de que esa persona no puede ver a través de las paredes y su habilidad para el juego se ve limitada por la distancia.

La ley anti-paparazzi de California, se establece sobre las bases de que la ley puede ser usada para regular las barreras físicas, los mercados y las normas en forma directa en un esfuerzo de proteger la privacidad indirectamente. Más importante que eso, el código busca resucitar la protección a la privacidad tradicionalmente suministrada por las barreras físicas, redefiniendo lo que se entiende por espacio físico: el código define el espacio privado de una persona, no en términos de metros o kilómetros, sino en términos de lo que puede ser visto sin la utilización de tecnología. Además, esta ley confiere una gran significancia al daño causado por su violación, en un esfuerzo por cambiar el mercado y reducir las invasiones a la privacidad. Finalmente, aunque la ley no se refiere explícitamente a las normas sociales, refleja un esfuerzo en el uso de la ley para reforzar las aspiraciones de la sociedad a mayor protección de la privacidad.

Una de las protecciones tradicionales de la privacidad ha sido el espacio físico: los agravios de intrusión e invasión podrían proteger la expectativa razonable de privacidad de una persona si se recluyera a sí mismo del público. Sin embargo, el espacio físico como protección de la privacidad y coerción sobre el comportamiento está sujeto a erosión si cambian las circunstancias. Por ejemplo, a pesar de que el acceso físico a una propiedad puede estar limitado, un fotógrafo puede tener la misma proximidad a través de una lente de larga distancia. Entonces, es necesario que exista algún impedimento adicional que impida a ese fotógrafo utilizarla: la ausencia de ese tipo de tecnología (impedimento físico); el costo de esa tecnología (impedimento del mercado); la moral, en sentido de que esa

tecnología no puede ser utilizado para espiar (impedimento social); o una ley que prohíba esa tecnología (limitación legal). En un esfuerzo por reestablecer la protección del derecho a la privacidad que las barreras físicas proveyeron tradicionalmente, la legislatura del Estado de California hizo punible la captura de imágenes visuales o de sonidos a través del uso de tecnología de avanzada si esas imágenes no hubiesen podido ser obtenidas sin invadir o sin utilizar esa tecnología. Con esta formulación el agravio expande la protección que provee el espacio físico. No solo evita que otras personas caminen en el espacio físico alrededor de una propiedad privada, sino que impide el uso de tecnología para violar ese espacio por medio no físicos. El agravio, da al espacio físico un nuevo significado que no puede ser corroído por los avances tecnológicos y refuerza la protección que ese espacio a través de una forma más permanente de coacción.

La ley de California sostiene que un demandado puede ser condenado por una suma hasta tres veces mayor a la establecida por cualquier otro tipo de daño, además de la condena penal. Si la invasión fue cometida con propósitos comerciales, el actor puede recuperar lo ganado por el demandado como resultado de esa invasión.

A pesar de que la formulación de la ley de California parece prometedora, en realidad puede caer víctima del mismo destino que el agravio de invasión en el *common law*. La ley, intenta redefinir el espacio físico como una forma de evitar los problemas que crea la tecnología en avance y las normas de comportamiento social, e intenta hacer de la invasión un negocio más caro a fin de reducirla. Sin embargo en buena medida depende de los jueces; un examen de la causa “**Aisenson v. American Broadcasting Co**”³⁴, demuestra como los jueces pueden alcanzar este resultado. En dicho fallo, el juez entendió que el actor no podía tener una expectativa razonable de privacidad aún cuando fue fotografiado desde un lugar público estando en una propiedad privada, aunque fue motivo de debate si el fotógrafo hubiera podido obtener las fotos sin una lente de larga distancia.

El resultado, aparentemente hubiera sido el mismo bajo las leyes californianas: si bajo el régimen del *common law* el actor no ha tenido una expectativa razonable de privacidad y el método de caza de noticias fue inofensivo, entonces nada sugiere que la misma actividad resulte agravante bajo la nueva ley. Irónicamente, el nuevo agravio de invasión a la privacidad puede incluso proteger aún menos que el agravio irrazonable de intrusión; ¿ por

³⁴ Ob.Cit. N° 19, p.1383

qué ?; primero, el nuevo agravio requiere que la tecnología sea usada como sustituto de una invasión física, un requisito que limita el agravio a esas situaciones en las que el periodista no tenía derecho a acceder al lugar donde la actividad ocurrió. Segundo, la nueva ley requiere que el demandante se encuentre comprometido en una “actividad familiar o personal” que la ley define como: “incluyendo, pero no limitada a los detalles íntimos de la vida personal del actor, relaciones entre su familia o con otros, u otros aspectos de sus asuntos privados”. A pesar que esta definición parece bastante amplia, no existe requisito similar en el *common law*. En cambio, el único requerimiento que el *common law* pone en cabeza del actor es que la expectativa de privacidad sea razonable, un requisito que también se encuentra incierto en la nueva ley. Si los jueces de California dan a la “actividad familiar o personal” una interpretación restringida, se pueden disminuir aún más los alcances de la protección de la nueva ley. El efecto combinado de estas restricciones adicionales y la importación de elementos del *common law* pueden debilitar la nueva formulación de la ley californiana y sujetarla al mismo destino.

A pesar de que el alcance y efectividad de la nueva ley californiana tiene que ser aún determinado, sin embargo, es de gran importancia a nuestro criterio como el primer paso hacia una redefinición de la protección del derecho a la intimidad. En primer lugar porque la ley responde a la nueva tecnología en una forma innovativa reforzando la protección ofrecida por otras formas de coacción del comportamiento. Este acercamiento a la regulación no se encuentra limitado al derecho privado sino que su triunfo o fracaso puede tener importantes implicancias en otras áreas. En segundo lugar porque la ley subraya la importancia de ambos valores que la sociedad americana reconoce; tanto el derecho a la privacidad, como la libertad de expresión, son esenciales para mantener la dignidad humana y fortalecer el principio de autonomía de la persona.

V-1) EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO. NORMAS CONSTITUCIONALES

El derecho a la intimidad; en primer término se encuentra protegido por la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional, la que consideramos es uno de los ejes en torno al cual gira nuestro sistema de derechos, el mismo establece en la primera parte que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral

pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”. Este principio que podemos denominar de autonomía de la persona, o de autorreferencia, abarca también el derecho a la intimidad o la privacidad.

Es un tema muy controvertido el de delimitar cuales son las acciones privadas; o sea cual es el ámbito de intimidad protegido en esta norma. Si repasáramos los fallos de nuestro máximo tribunal al respecto sobre todo a partir de 1978 con el caso **“Colavini”** (L.L 1978-B,448); **“Ponzetti de Balbín”** (cit.nº8), 1984; **“Bazterrica”**(L.L1986-D,550), **“Capalbo”** (J.A 1986-III-pag.230) y **“Sejean”** (Fallos:308:2268) todos de 1986; **“Portillo”** (ED 133-372) 1989, **“Montalvo”** (L.L1991-C,80) 1990; **“Comunidad Homosexual Argentina”**(L.L1991-E,679) 1991 y **“Bahamondez”**(L.L-D,130) de 1993 , advertiríamos que ha creado una rica pero no por ello menos contradictoria jurisprudencia, advirtiéndose en el seno mismo de la Corte una cierta “tirantez” en relación a posturas diferentes; acerca de una mayor o menor amplitud de protección de la privacidad.³⁵

Marcamos como punto de partida de la evolución en la protección de la intimidad el fallo **“V.I,E c/ S.L,R”**³⁶ de 1976 ; en el mismo la Corte al resolver en favor de la constitucionalidad de una norma de la ley de matrimonio civil establece que el artículo 19 de la Constitución Nacional está delimitando claramente en sentido que “Acciones privadas son pues las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y solo a ellas concierne sin concretarse en actos exteriores que pueden incidir en los derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en las que ellas se asientan y por las cuales, a su vez son protegidas aquellas para la adecuada consecución del bien común temporal fin último de la ley dada y aplicada por los hombres en el seno de una comunidad política”. En éste fallo se visualiza claramente la llamada “doctrina de la interioridad”, puesto que queda establecido por parte de la Corte que las únicas acciones que no permiten la intromisión estatal son aquellas que permanecen en el fuero interno de cada individuo, sean buenas o malas son “ajurídicas”; pero la simple exteriorización de las mismas torna posible la

³⁵ Ver nuestro trabajo sobre “Principio de Autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”; Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES); Nº1, primavera-verano 1999; p.57-75

³⁶ La Ley; 1977-A p. 34 –40, con nota de Eduardo ZANONNI

jurisdicción estatal.

Esta postura fue sostenida en doctrina por Joaquín V. González³⁷ quien al interpretar la primera parte del artículo 19 de la Constitución sostuvo “...el ámbito de las acciones privadas está limitado a la interioridad de las personas; la ejecución de lo pensado y lo querido ya es algo que cae lícitamente bajo la esfera de la regulación legal”. Al respecto dice Germán Bidart Campos³⁸ “no se ha de creer que la intimidad se aloje y proteja únicamente a las acciones que de ninguna manera se exteriorizan al público. El derecho judicial de la Corte anterior a 1984 pudo inducir a error cuando se refirió a las conductas que permanecen en la “interioridad” del hombre. Y no es así; conductas y situaciones que pueden ser advertidas y conocidas por terceros públicamente admiten refugiarse en la intimidad cuando hacen esencialmente a la vida privada” , y agrega que la “exteriorización” de una acción no alcanza para sustraerla del ámbito de la privacidad ya que la intimidad o privacidad de una persona excede el “fuero interno”. Compartimos plenamente este criterio puesto que en caso contrario tendríamos que pensar que el único ámbito de privacidad protegido por nuestra Carta Magna es la privacidad de pensamiento; y si bien el análisis podría extenderse, de la simple lectura de la norma surge que la protección se refiere a las “acciones”, entendiéndose por tales -según el diccionario de la real academia española-; efecto de hacer (sinónimo de acto, actividad o hecho), de manera que no hemos encontrado ningún fundamento para sostener esta “doctrina de interioridad”, afortunadamente dejada de lado por la Corte en 1984 en el caso **“Ponzetti de Balbín”**³⁹ el que consideramos marcó un antes y un después en relación al derecho a la intimidad.

Es necesario destacar que éste fallo ha sido ejemplar a nuestro criterio por dos motivos; el primero de ellos porque deja el “criterio de interioridad” al que habíamos presentado como fuera del contexto del artículo 19; o por lo menos no encontráramos argumentos sólidos que lo respalden; reducido a nada si tenemos en cuenta la notoria ampliación que hace la Corte al definir cuales son las acciones privadas protegidas por la norma constitucional en cuestión; y el segundo y, directamente relacionado con el tema que nos ocupa, en sentido

³⁷ GONZÁLEZ Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1983

³⁸ BIDART CAMPOS, Germán J. “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”; Editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, T1, p.253

³⁹ Cit. N°8

de haber logrado el difícil equilibrio entre el derecho a la intimidad y la libertad de expresión.

En “Ponzetti de Balbín” la Corte acoge la tutela demandada por la esposa del fallecido Dr. Ricardo Balbín, consistente en un reclamo indemnizatorio con fundamento en el artículo 1071 bis del código civil⁴⁰, condenando a pagar una indemnización a Editorial Atlántida por haber publicado una foto en la tapa de una de sus revistas, del extinto líder, semidesnudo en terapia intensiva. Los representantes de la editorial se ampararon en el derecho a informar; alegando que en realidad intentaron documentar un hecho de la realidad; que tenía especial relevancia para la historia argentina; en sentido que líder del partido radical había sido uno de los actores más importantes en las últimas décadas del escenario político del país.

La corte sostuvo que la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional *“Protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo. En rigor el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar o de amistad sino a otros aspectos de la personalidad física o espiritual de las personas tales como la integridad corporal o la imagen...”* (considerando 8º). Quedando así delimitado desde la jurisprudencia el concepto de derecho a la intimidad en nuestro derecho. Asimismo merece dar importancia que en todos los votos que contiene el fallo quedó firmemente asentado que “es fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad protegido por la norma del artículo 19 de la Carta Magna”, que es “un derecho inscripto en la propia constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre”.

En el caso **“Costa c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”**⁴¹ la Corte amplía la

⁴⁰ Artículo 1071 bis del código civil “ El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena...perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiere cesado y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias”

⁴¹ CSJN, Fallos 310:510 (1987)

protección a la intimidad pero consideramos que no logra el equilibrio necesario entre la protección de la privacidad y la libertad de informar. En el mismo se plantea que un canal de televisión filma la conversación entre un empleado municipal (el actor), y un vendedor ambulante; sobre la base de esa conversación sumado a la circunstancia de que el empleado municipal huye porque aparentemente se había atribuído falsamente el cargo de inspector de la municipalidad; se lo acusa por el delito de exacciones ilegales. El mismo es sobreseído; y el canal de televisión es condenado a pagar una indemnización por daño moral. En su disidencia el ministro Fayt considera que no procede tal indemnización por considerar que en este caso prevalece la expectativa general que genera en la opinión pública los temas vinculados con la moral social; tema sobre el que versaba la nota periodística.

En este caso fijémonos que no se toma el “standad” que creemos es correcto de la corte americana en el citado caso “Gertz v. Welch Inc” (cit.nº11) en el que establece que los funcionarios públicos tiene una expectativa menor de privacidad que los particulares; en razón de que son ellos mismos los que voluntariamente se han expuesto.

Consideramos que la expectativa de privacidad de un funcionario público o una persona famosa no es la misma que la que puede tener un simple particular o una persona anónima. Esto no solo parte de la jurisprudencia americana sino también la Europea; basta recordar los célebres casos en Francia; “Marlene Dietrich” o “Brigitte Bardot”; o en Italia el caso “Carusso”; en los cuales se estableció que los hombres públicos tienen vida privada, pero las personas célebres han de soportar cierto sacrificio en su reserva personal impuesto por la necesidad de la sociedad de conocer su vida y sus obras. También el Tribunal Constitucional español destacó que las libertades de expresión e información tienen un límite en el honor de las personas, y con mayor razón cuando ellas son particulares que no participan voluntariamente de una controversia pública. Sin embargo se reduce ese límite cuando las mismas libertades se refieren a personas públicas o que ejercen funciones públicas, que por esas razones están obligadas a soportar el riesgo de que sus derechos subjetivos en ocasiones se vean conculcados en pos del interés general, porque así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una sociedad democrática⁴².

⁴² TC,Nº 165/87 y TC,Nº 107/88; cit . por BADENI, Gregorio, ob.cit. p.816

La diferencia entre “Ponzetti de Balbín” y “Costa” a nuestro criterio es que si bien las dos personas entran en el “standard” de persona pública o funcionario público; y por lo tanto tienen una expectativa de privacidad inferior a una persona desconocida o anónima; porque son ellos mismos quienes se han expuesto; en el primer caso se trataba de una acción enmarcada dentro del estricto ámbito de privacidad o intimidad de una persona; como no ser fotografiado en su lecho de muerte; por famosa o célebre que fuera la misma. Si aceptamos esta posibilidad equivaldría a decir que las personas públicas “no tienen vida privada”. En el caso “Costa”, es diferente puesto que consideramos debe prevalecer en este caso el interés general de la sociedad de develar un posible actos de corrupción; y en este caso debe prevalecer el derecho de informar.

También se otorga protección constitucional al derecho a la intimidad en el artículo 18 al asegurar la inviolabilidad del domicilio; los papeles privados y la correspondencia epistolar. La violación más flagrante del derecho a ser dejado a solas (“*the right to be let alone*”)⁴³ consiste sin duda en la intromisión en el domicilio o habitación de una persona; de la apertura de sus bolsos, de sus papeles privados o correspondencia . Consideramos que esta norma hoy debe leerse a la luz de las nuevas tecnologías y debe abarcar las comunicaciones telefónicas; las escuchas o cámaras ocultas en lugares privados; los archivos de datos que sean personales; los datos sensibles de cada persona; los videos o filmaciones familiares, etcétera.

Luego de la reforma de la constitución de 1994 quedan incorporadas un conjunto de normas que abren el abanico de protección de la Intimidad; así el artículo 43 de la constitución nacional, al incorpora la garantía de “habeas data” asegura 1) la posibilidad de acceder al conocimiento de nuestros datos personales y de conocer la finalidad o uso que se dará a los mismos; 2) la posibilidad de exigir la supresión, rectificación; confidencialidad o actualización de datos en caso de que aquellos sean falsos, o se haga de los mismos un uso con fines discriminatorios; 3) también procederá contar datos obsoletos y “sensibles”- aquellos que tienen que ver con creencias religiosas, orientación sexual o filiación política- que aunque no lo diga expresamente la norma; hay acuerdo desde la doctrina y la

⁴³ Expesión tomada por el juez COOLEY ; del artículo de WARREN y BRANDAIS de 1890, “The right of privacy”; publicado en la Harvard Law Review; considerado unánimemente por la doctrina nacional y extranjera el artículo fundacional del derecho a la privacidad.

jurisprudencia⁴⁴; 4) asegura la posibilidad de acceso a bancos de datos públicos y a los privados “destinados a proveer informes”; con ello se asegura el acceso a los bancos de datos privados que operan en el mercado en forma de empresas que brindan informes crediticios; y salvaguarda el acceso a los bancos de datos personales o “estrictamente privados”. A nuestro criterio esta nueva garantía constitucional es una “garantía de tercera generación” que se presenta como una respuesta a este nuevo poder que es el “ poder informático”; que tutela el derecho a la intimidad informática y el derecho a la imagen o el propio perfil⁴⁵

En los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional que quedan incorporados en el artículo 75, inciso 22; también contienen normas protectoras de la privacidad. En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); artículo 5; establece que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”; en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales ataques o injerencias”. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); artículo 17.1 y 2; y en la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), artículo 11.1, en términos idénticos a los Instrumentos de 1948.

V. 2) NORMAS INFRA -CONSTITUCIONALES

Hay normas de rango inferior a la constitución que brindan protección a la privacidad de las personas. En el **Código Civil** a través de la incorporación del artículo 1071 bis (cit. n° 31) se adopta una norma destinada a proteger específicamente el derecho a la intimidad. Si bien habla de protección a la “vida ajena”. El bien jurídico tutelado es la vida ajena en lo que hace a su aspecto privado. En este caso el legislador ha utilizado el término “intimidad” en

⁴⁴ Ver: DALLA VIA, Alberto y BASTERRA Marcela I. “Habeas data y otras garantías constitucionales”, Editorial Némesis, Buenos Aires agosto de 1999, p. 129-130

⁴⁵ Ver nuestro trabajo “Habeas data: derechos tutelados”; La Ley, Doctrina Judicial; 1999-3, p.77-83

un sentido amplio. No todos los hechos que conforman la vida de otras personas quedaran amparados por esta disposición, sino aquellos que se consideran pertenecientes al ámbito de reserva de la existencia de cada individuo. El artículo 1071 protege uno de los aspectos de la persona que proyecta sobre asuntos que naturalmente mantiene en reserva, que desea ocultar a los demás. Estableciendo asimismo que la persona que atentara contra la intimidad de otra deberá cesar inmediatamente en su accionar y enjugar el detrimento a través de una indemnización que establecerá el juez⁴⁶

Se advierte en esta norma dos características peculiares; primero la facultad de exclusión que el mentado derecho concede a su titular y puede este excluir a terceros de la intromisión de esa esfera de lo íntimo; y segundo que a cada sujeto corresponde un poder definidor del ámbito de su intimidad protegido, manteniendo a partir de sus acciones mayor o menor reserva a partir de sus necesidades o aspiraciones.

El “entrometimiento arbitrario” enmarca a la conducta contraria a la ley, por la que es reprobada, y puede manifestarse de diferentes maneras, tal como lo establece el propio precepto legal, “publicando retratos, difundiendo correspondencia”, o en definitiva, “mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos” que como conclusión “perturban de cualquier modo la intimidad de otro”⁴⁷

Esta protección es ampliada en el Proyecto de nuevo Código Civil, el que en su Capítulo VI. “Derechos de la Personalidad” que en el artículo 105 establece; “La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos. Agrega el artículo 107 que “para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona de cualquier modo que se haga es necesario su consentimiento..”; establece como excepciones; aquellas captadas en actos públicos;

⁴⁶ Ampliar de FERREIRA RUBIO Delia, “El Derecho a la Intimidad”- Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil-, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, Segunda Parte; p. 96 y ssgtes.

⁴⁷Ver VALENTE Luis A y CALCAGNO Liliana, “El derecho a la intimidad y la “exceptio veritatis”; L.L, Doctrina Judicial, 1999-1; p.469

cuando exista un interés científico, cultural o educacional prioritario y, “si se trata del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”.

Es cierto que siempre estaremos supeditados a la interpretación que los jueces hagan en relación a qué es y cómo se ejerce el “regular derecho de informar”; así como también cuándo los acontecimientos tienen interés general o científico y educacional prioritario. Sin embargo consideramos positivas estas regulaciones porque demuestran un intento de comenzar a recorrer el camino tendiente a hallar algunas soluciones al grave problema que se presenta a partir de la incorporación en nuestras vidas de nuevas tecnologías que logran captar cualquier imagen o la voz de una persona en cualquier momento y lugar; por medios sumamente sofisticados que permiten hacer realidad lo que para George Orwell fue una ficción en 1984.

En el **Código Penal** también hay normas tradicionales que protegen la intimidad. En el Título 5, titulado “Delitos contra la libertad”; Capítulo 2; se protege la violación de domicilio (artículos 150, 151 y 152); en el Capítulo 3⁴⁸ se protege la violación de correspondencia (artículos 153, 154 y 155) y secretos (artículos 156 y 157).

Sin embargo, dichas normas no contienen una actualización acorde a los adelantos tecnológicos que se han producido en las últimas décadas en el campo de la informática, telemática y nuevas formas de comunicación. Esta preocupación, también se advierte en nuestros legisladores desde que en los últimos años ha habido numerosos proyectos de ley, en su mayoría con el firme propósito de incorporar en nuestro código penal sanciones a las “nuevas” formas de violación al derecho a la privacidad de las personas.

⁴⁸ En relación al capítulo 3; (texto ordenado 1984); la ley 24.766 (B.O. 30/12/96) referida a la confidencialidad sobre información y productos legítimamente bajo control de una persona que se divulgue indebidamente extiende en su artículo 12, el ámbito de aplicación de estos textos. Verlo en el Código de Comercio.

Los más relevantes; entre otros de los diputados: Rampi⁴⁹; propone incorporar al Código Penal el artículo 155 bis; establece una penalidad para “ el que facilitare, dispusiere medios o realizare actos tendientes a escuchar una comunicación telefónica ajena”, se establece la ampliación de la pena para quien difundiere o publicare el contenido de dicha conversación. Aramburu⁵⁰; establece que se incorpore al Código Penal los artículos 154 bis y 154, ter.; en el primero se establece una penalidad a quien grabare una conversación no destinada al público, sin consentimiento y, a quien reprodujere esa grabación.; en la segunda reforma propone una penalidad para quien “registrare imágenes de otro sin su consentimiento, cuando el hecho importare una grave intrusión en el ámbito de su intimidad... también será penado quien hiciere pública dicha imagen”. Giles y otros⁵¹; en este caso se establece la penalización a través de los artículos 157 bis y ter.; de quien “para descubrir secretos se apoderare de mensajes de correo electrónico o ...cualquier otro soporte técnico; intercepte comunicaciones o utilice artefactos técnicos de escucha, transmisión o grabación de sonidos o imagen ...”. Asimismo contempla la posibilidad de sanción a quien sin mediar autorización se apodere o modifique datos personales de determinados ficheros o archivos públicos o privados, causando un perjuicio a otro. También prevé una pena mayor para quien utilice datos denominados “sensibles”; o sea los que revelen ideología, religión, creencias, salud, origen racial, vida sexual. En igual sentido los proyectos de las diputadas Godoy⁵² y Camaño⁵³

El proyecto de la diputada Melongo y otros⁵⁴, se titula “ La privacidad telefónica tiene tanto o más valor que la correspondencia epistolar”; nosotros no pensamos que tenga “más” valor pero sí igual la privacidad de una comunicación telefónica que la de correspondencia epistolar; son conceptos equivalentes. Se prevé sanciones para quien intercepte una comunicación telefónica sin autorización del juez competente; y fuertes multas para los casos en que dichas acciones sean perpetradas por empleados de compañías telefónicas.

⁴⁹ T.P. N°1, 1998, p.73 (Reproduce proyecto de 1996 de su autoría)

⁵⁰ T.P N° 36, 1998, p.2717

⁵¹ T.P, N° 65, 1998, p.4241.

⁵² T.P, N° 104, p. 5529

⁵³ T.P, N° 122, 1998, p. 6334

⁵⁴ T.P, N° 68, 1998, p.4381

Asimismo a quienes copieren mensajes electrónicos, información telemática, servicios de fax...etcétera.

La normas, salvo contadas excepciones, no han presentado remedios jurídicos acorde al vertiginoso desarrollo de las tecnologías. “Urge la búsqueda de rápidas soluciones desde el campo del derecho. Se trata de salvaguardar los derechos de las personas, en particular en lo que hace a la preservación de su intimidad... Resulta necesario formular nuevos instrumentos que permitan resguardar la vida privada de las personas..”⁵⁵

Consideramos que es necesaria la sanción de una ley reglamentaria de “habeas data”; o “ley de protección de datos personales”, como un camino seguro hacia la protección de la intimidad de los datos de las personas, haciendo efectiva la garantía que recogieran la reforma constitucional de 1994, en su artículo 43, 3° párrafo; porque si bien se trata de una norma operativa; resulta sumamente útil una ley reglamentaria que establezca; cómo accedemos al conocimiento y finalidad de uso de nuestros datos; cómo será el acceso en relación a los bancos de datos públicos y privados; las obligaciones de los titulares de dichos registros, así también las penalidades y sanciones en caso de incumplimiento de las mismas; que se establezca la calidad de los datos, cómo se prestará el consentimiento para el uso de los mismos por parte de los registros, los derechos de los registrados, la transmisión de datos, etcétera. La reglamentación del habeas data ha sido objeto de numerosas iniciativas parlamentarias, empero en la actualidad no existe una norma vigente – salvo la norma constitucional del artículo 43 – que regule el instituto. Sin embargo merece destacarse que en 1996 se sancionó ley 24.745 de “Protección de datos”, que fuera vetada totalmente por el Poder Ejecutivo por decreto 1616/96⁵⁶

⁵⁵ VANOSSI Jorge Reinaldo, “El Derecho de Información”; “Nuevos Derechos a la Información”; Instituto de Investigaciones del Nuevo Estado de la Universidad de Belgrano; noviembre de 1999, p.21-22

⁵⁶ Ver DALLA VIA, Alberto y BASTERRA , Marcela “Habeas data y otras Garantías Constitucionales”; ob. cit p.74 -96

VI- LIBERTAD DE PRENSA Y DERECHO A LA INTIMIDAD. ¿Es posible su armonía?

La libertad de expresión y el derecho a la intimidad generalmente se presentan como derechos antagónicos y de difícil armonía. En el hombre permanecen dos tendencias instintivas; por un lado la necesidad de saber y por otro la de ocultar; justamente de establecer un equilibrio entre esas dos necesidades se trata. Sin embargo nosotros consideramos que es posible un punto de armonía y aún de complementación entre los mismos.

En primer lugar porque ambos derechos son esenciales en orden a la dignidad humana y a la autonomía plena de la persona y, en segundo lugar porque ambos son considerados derechos esenciales al sistema democrático de gobierno. De manera que no nos es posible sustraernos a ensayar una fórmula de armonización, que por otra parte consideramos muy necesaria.

George Orwell en “1984” traza el perfil de “Big Brother”, con la mirada puesta en el totalitarismo; un Estado que todo lo ve, todo lo controla; lo que llamó la “sociedad asfixiante”. Inspirado en esta novela es que se realiza en Holanda; Alemania y España el programa televisivo del mismo nombre “Big Brother”; solo que los productores no tienen la mirada vuelta hacia los totalitarismos políticos; sino hacia la tiranía del rating, que por otra parte ha registrados marcaciones inéditas. ¿ En que consiste dicho programa?.

Diez personas de ambos sexos son encerradas en una casa sin contacto con el exterior; y filmadas las 24 horas del día; hay treinta cámaras y sesenta micrófonos que permiten que la audiencia vea “todo” y oiga hasta el menor ruido que se producen en el baño, en el dormitorio, en la cocina y en toda la casa. El público mira el programa y vota quién de los integrantes del equipo “se va”; el participante que logre permanecer más tiempo en la serie gana el premio de \$ 125.000 ⁵⁷.

⁵⁷ “LA NACIÓN” “La intimidad, a la vista de todos” ,nota de Ariel Hauptmeier,secc. Cultura, p.18, 1° de abril del 2000.

En este caso se ve claramente la transformación que hay en el mundo y lo desdibujadas que están las fronteras entre lo público y lo privado. Muchas personas por dinero cuentan a diario las cosas más íntimas que suceden en su vida a quien quiera escucharlos; en cualquier medio; algunos hasta han decidido mostrar como hacen el amor en “internet”; hay evidentemente una desvalorización de la vida privada y una necesidad de exhibicionismo que se ve día a día en los medios de comunicación. Solo que quienes así lo eligen saben a que se exponen; y como toda elección es merecedora del más absoluto respeto; por parte de quienes propugnamos como valor esencial la autonomía de cada persona para elegir su propio plan de vida -con el solo límite de no causar daños a terceros-.

El problema se presenta cuando son los medios los que pretenden hacer participar de esa exposición a personas que no lo han elegido; y pretenden bajo el rótulo del derecho a informar, inmiscuirse en las intimidades de los demás sin el consentimiento de los mismos. ¿cuáles son los límites de esa intromisión?; ¿no debe haber límites en nombre de la libertad de expresión?

La libertad de prensa ha conquistado un rol fundamental en la sociedad moderna; (que consideramos debe tener); y se ha dado prevalencia a ella por sobre otros derechos; luego con la doctrina “Sullivan”, se impuso el criterio de que quien se considere difamado debe probar que el informador actuó con “real malicia”; y posteriormente se establece que si se trata de personas que no son “públicas” bastará con que exista negligencia por parte del informador en no preocuparse por la veracidad o no del hecho. Sin embargo estas “limitaciones” han producido el efecto contrario, aumentando el poder de la prensa hasta tal punto de pretender convertirlo en un poder incontrolado. Es necesario defender la libertad de prensa, pero no cuando a través de la misma se lesionan derechos fundamentales del individuo como el derecho a la privacidad o a la intimidad; derecho que tal como lo planteamos en varias partes de este trabajo se encuentra en una etapa de “reformulación de sus contornos”; en razón de no haberse podido aún recuperar de los cambios producidos como consecuencia de los avances técnicos.

Calsamiglia⁵⁸, quizá exagera, pero es para pensar su propuesta “Si aceptamos leyes antimonopolio en el mercado económico; ¿porque no aceptar leyes en el mercado de las ideas, cuyo último y único objetivo sea el funcionamiento del mercado?”

A nuestro criterio el foco central del problema está en delimitar que cosas pertenecen al ámbito exclusivo de intimidad; sobre las que sin consentimiento no se puede informar; y cuales deben informarse por la necesidad de prevalencia del interés público o general.

Rodney Smolla⁵⁹ permite visualizar aquellos casos de conflicto; así establece cuatro combinaciones posibles a cerca de la información de una persona: 1) de interés público y no privada; 2) de interés público y privada; 3) no privada y no de interés público y 4) privada y no de interés público.

En los casos 1 y 3 no habría conflicto pues si hay interés público y la información no es privada; debe haber una clara prevelencia de la libertad de informar; también en el supuesto en que la información no es privada y tampoco tiene un interés publico; puede o no informarse sin consecuencias.

El conflicto para nosotros tampoco existe en el caso 4; porque si esa información tiene el carácter de privada pero no es de interés público debe prevalecer, el derecho a la privacidad o intimidad de la persona.

El verdadero conflicto se plantea en el supuesto 2; hay un interés público, pero la información es privada. A este supuesto además habría que agregar la diferencia en considerar si el hecho privado divulgado pertenece a una persona pública o a una persona anónima.

⁵⁸ CALSAMIGLIA, Albert (Universidad Pompeu Fabra- Barcelona), “Libertad de expresión e intimidad de los personajes públicos”; Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 1999, p.131-139.

⁵⁹ SMOLLA, Rodney , cit. Por GIL LAVEDRA, Ricardo “El derecho a la privacidad y la libre expresión”,Revista Jurídica Universidad de Palermo,Año 199, p.141-149

Smolla entiende que para los casos en que la información se refiere a una persona pública, en ningún caso se encuentra habilitada a ningún tipo de reclamos por la publicación de hechos de su vida privada. Nosotros no compartimos esta posición porque este argumento nos llevaría a considerar que las personas célebres, famosas o funcionarios públicos; no tienen vida privada. Si bien consideramos que la expectativa de privacidad es menor que la de una persona anónima; que no se ha expuesto voluntariamente; y que al no ser famosa no debe resignar ninguna parte de su vida privada, que sí los famosos deben hacer. (Lo hemos tratado en páginas 24 y 25).

Ricardo Gil Lavedra⁶⁰ tiene una posición más “ecléctica” al considerar que la determinación sobre si algo es o no de interés público, en los casos de personas públicas es imposible de efectuar sin atender a ciertas prevaloraciones ideológicas o culturales. También tendrá en cuenta para saber si un determinado hecho de la vida de un político es privado o no, la valoración personal que el mismo realice. Agrega que es posible que en algún caso se vulnere algún derecho individual de los personajes públicos. Sin embargo merece correrse el riesgo de otorgarse amplitud a la libertad de expresión, en función de proteger un interés colectivo superior, que es el derecho del pueblo a estar bien informado para poder determinarse y autogobernarse; porque es inherente a la democracia.

Nosotros consideramos que en este supuesto de colisión entre una información que afecte la vida privada de una persona y la libertad de informar; se deberá atender cada caso en particular. Sin embargo hay que comenzar por crear remedios jurídicos que salvaguarden el actualmente menoscabado “derecho a la intimidad”.

A través de la sanción de una “ley de protección de datos personales” y de las reformas correspondientes -en los términos de los proyectos antes mencionados, u otros- a los Códigos Civil y Penal; y por medio de la sanción de una ley en la que se puntualice en que casos se podrá usar cámaras ocultas, micrófonos, imágenes, etcétera; sin autorización. Y cuales casos son del ámbito estricto de privacidad de una persona en los que se requerirá expresa autorización del interesado.

⁶⁰ GIL LAVEDRA, Ricardo, ob.cit N° 47, p.147

Esto no debe importar un menoscabo para la libre prensa; indiscutible valor esencial de nuestro sistema; más bien en contrario, necesitamos hacer un equilibrio en pos de uno de los derechos fundamentales de los beneficiarios de ese sistema; el derecho a la intimidad del individuo, que actualmente consideramos “en peligro”, en razón de la mora en que nos encontramos respecto a la creación de los remedios jurídicos necesarios para hacer “contrapeso” ante el vertiginoso avance de la tecnología.

Pensamos que al hablar de libertades preferidas; es obvio que para salvaguarda del sistema democrático la libertad de prensa debe ser una de ellas; pero no la única. Una de las diferencias esenciales entre un Estado totalitario y un Estado democrático es que mientras que el primero tiene fines transpersonalistas; el segundo tiene como fin fundamental el respeto más absoluto de los derechos del individuo; y uno de los derechos fundamentales del individuo es el derecho a que se respete su intimidad; su privacidad y su propia imagen. Consideramos que así como en un momento de la historia fue necesario luchar sin tregua por el derecho a la libre expresión de las ideas; ahora ganada esa batalla, y de la que se ha concientizado a la sociedad; es necesario iniciar la lucha por una protección más fuerte, a un derecho que ante los avances tecnológicos que no dan tregua ha quedado minimizado o reducido a “casi nada” que es el derecho a la privacidad o intimidad.

Nunca el ejercicio de un derecho constitucional debe realizarse violentando sistemáticamente otro; sino que dicho ejercicio deberá ser en necesaria armonía con los restantes.

“La privacidad, como la libertad de expresión, son valores esenciales para mantener la dignidad humana y la autonomía” (Rodney Smolla)