

La tutela del derecho al honor. Daños causados al honor de la personas por lo medios de comunicación. Aspectos constitucionales.

Por: Marcela I. Basterra.

Sumario. 1. Introducción. 2. Conceptualización. 2.1. Derecho a la Intimidad. 2.2. Derecho al Honor. 2.3. Derecho a la Imagen. 3. La Protección Jurídica Constitucional y la responsabilidad prevista en el Código Civil y en el Proyecto de Unificación del CC y CO. 4. Lesión al derecho al honor a través del ejercicio de la libertad de información de los medios de prensa. 5. La protección del derecho al honor en la historia jurisprudencial. 5.1. Período 1863-1983. 5.2. Período 1983-2001. 5.3. Período 2001-2013. 6. El caso de España. 7. Conclusiones.

1. Introducción.

En el presente me propongo abordar la tutela que tiene el derecho al honor en el sistema jurídico argentino; más precisamente, el objeto de estudio será la permanente relación de tirantez que existe entre dos derechos fundamentales; por un lado, el derecho a la libertad de expresión e información, y por el otro, el derecho al honor.

Para ello partiré de la premisa que considera a la libertad de expresión como una de las denominadas libertades estratégicas en el Estado constitucional. Esto es así ya que si realizáramos un orden de prelación, el derecho a expresar libremente las ideas ocupa un lugar preponderante entre los bienes plausibles de protección jurídica.

Coexisten diferentes teorías que argumentan por qué la libertad de expresión debe ser considerada como una libertad preferida^{1[1]}; éstas no resultan mutuamente excluyentes. Pueden mencionarse como las tres principales a: 1) la teoría de la verdad y la libre discusión a través del mercado de ideas, que expresa que dado que todas las voces posiblemente tengan una porción de verdad, es necesario escuchar a la multiplicidad de expresiones que existe en la sociedad; 2) la autorrealización personal, implica que la libertad de expresión no debe limitarse sólo a ideas, sino que comprende también expresiones artísticas, literarias o fotográficas; y 3) la teoría que aborda a la libertad de expresión como fundamento del ejercicio de autogobierno en una sociedad democrática, por medio de la cual se establece que aquellas personas que no puedan acceder a todos los discursos, no se encuentran lo suficientemente capacitados e informados para ejercer el autogobierno.

Entre las denominadas “teorías adicionales”, se destacan: 1) la válvula de seguridad, que pronuncia que la libertad de expresión es también la posibilidad de elegir el propio plan de vida; 2) la tolerancia, propone que se debe educar a los ciudadanos en la tolerancia de ideas que sean distintas a las propias; 3) la tradición romántica, es un símbolo de protección de las minorías ya que generalmente no tienen acceso al micrófono; y 4) la *public choice theory*, que

1[1] Ampliar de BIANCHI, Enrique Tomás y GULLCO, Hernán Víctor, *El Derecho a la Libre Expresión –Análisis de fallos nacionales y extranjeros-*, Editorial Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, Buenos Aires, 1997, p. 8/14.

exige educar a la ciudadanía en el ejercicio del derecho al acceso a la información estatal. El acceso a la información pública es un bien necesario y va de la mano con el derecho que tiene cada persona a expresarse libremente.

Efectuada esta aclaración preliminar, en primer término me abocaré a delimitar el concepto del derecho al honor, como también a diferenciarlo del derecho a la intimidad y a la propia imagen. Posteriormente se examinará cuál es el marco normativo que otorga protección a este derecho personalísimo, y cómo éste ha sido interpretado por la jurisprudencia de nuestros tribunales. Finalmente, me detendré en el caso de España con el fin de evidenciar las ventajas de contar con una norma que regule de manera específica esta problemática.

2. Conceptualización.

El derecho al honor se encuentra dentro de la categoría de los derechos que suelen denominarse “personalísimos o de la personalidad”, los cuales son definidos como las prerrogativas de contenido extrapatrimonial, inalienables, perpetuas y oponibles *erga omnes*, que corresponden a toda persona por su sola condición de tal. Ningún individuo puede ser privado de este derecho fundamental por la acción del Estado ni de otros particulares, porque ello implicaría un desmedro o menoscabo en su personalidad²[2].

El derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, constituyen tres prerrogativas específicas, pero claramente diferenciadas. No obstante, se reconoce entre éstos una estrecha vinculación dado que en primer lugar; comparten determinados elementos comunes -característicos de los derechos de la personalidad-, y en segundo término; porque a través del ejercicio de la libertad de información, pueden menoscabarse de manera conjunta todos estos derechos, o cada uno de los mismos en forma separada.

En efecto, se trata en los tres casos de derechos que tienen su origen en la dignidad humana, direccionados a la tutela de la pertenencia moral de las personas; sin embargo, cada uno presenta un contenido concreto, en tanto ninguno queda totalmente comprendido, en los otros derechos fundamentales mencionados.

Puede afirmarse que todos ellos poseen las siguientes características; 1) son originarios, en tanto surgen con la existencia del sujeto, 2) son subjetivos privados, debido a que le garantizan a las personas el disfrute de sus facultades propias, 3) son oponibles a terceros, 4) son personalísimos, en la medida que sólo los puede ejercer el titular, 5) son variables, dado que su contenido obedece a las circunstancias en que se desarrollan, 6) resultan irrenunciables, ya que no pueden desaparecer por la sola voluntad individual, 7) son imprescriptibles, toda vez que el transcurso del tiempo no los altera, y 8) revisten la categoría de derechos internos, por su consistencia particular y de conciencia³[3].

²[2] RIVERA, Julio César, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Tº I, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 272.

³[3] GAMBOA MONTEJANO, Claudia y AYALA CORDERO, Arturo, “Derecho a la intimidad y el honor vs. Derecho a la información. Estudio teórico conceptual, marco jurídico a nivel federal y

Aunque posean elementos distintivos que los convierten en diferentes derechos, a fin de determinar los componentes que los distinguen, se definirán cada uno de los conceptos involucrados⁴[4].

2.1. Derecho a la Intimidad.

La intimidad, según el Diccionario de la Real Academia Española⁵[5], es la zona espiritual, íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. Se trata del derecho personalísimo que permite retraer a un individuo de la publicidad o del conocimiento de terceras personas, ciertas manifestaciones que reserva para su espacio íntimo.

Igualmente, esta esfera subjetiva no se reducirá al mero hecho de no ser molestado, o no ser conocido en algunos aspectos por los demás. Por el contrario, es una prerrogativa que comprende la facultad del individuo de poder controlar el uso que otras personas hagan de la información concerniente a sí mismo.

2.2. Derecho al Honor.

El honor es el derecho personalísimo que tiene todo individuo a ser respetado ante sí mismo y ante los demás, con fundamento en su dignidad personal.

Comprende dos aspectos bien diferenciados; el primero de ellos, denominado honor subjetivo fuertemente relacionado con la “honra”, y consiste en la autovaloración, que es el íntimo sentimiento que cada persona tiene de la propia dignidad y la de su familia, al margen de los defectos o debilidades que el mismo sujeto pueda reconocer.

El segundo, el honor objetivo relacionado en este caso con el “honor” en sentido estricto; se refiere al buen nombre y a la buena reputación objetivamente adquiridos por la virtud y el mérito de la persona o de la familia de que se trate, dentro del ámbito social en el que se desenvuelve⁶[6].

estatal e iniciativas presentadas en la materia en la LIX Legislatura”, Centro de Documentación, Información y Análisis. Servicio de Investigación y Análisis. Política Interior, México, 2007, p. 5.

4[4] BASTERRA, Marcela I., *Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2012, p. 149/154.

5[5] Ver Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 21 Edición, Editorial Espasa Calpe SA, Madrid, España, 1999. También Diccionario Enciclopédico Ilustrado de la Lengua Española, t. II, Editorial Ramón Sopeña S.A., Barcelona. Edición especial hecha en la República Argentina, Concesionario e Impresora, Editoriales Reunidas S.A., Buenos Aires, p. 129.

6[6] RIVERA, Julio César, *Instituciones de Derecho Civil*, tº II, 3º edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 109.

Implica una valoración integral de la persona, tanto en sus proyecciones individuales como sociales, comprendiendo un aspecto subjetivo -el de la autoestima del ofendido-, y otro objetivo -que hace a su reputación frente a terceros-.

Este derecho no es absoluto. Su contenido específico importa, en ciertas ocasiones, la restricción de la libertad de acción de otra persona, produciéndose una colisión entre derechos, que queda dirimida según las reglas que definen la protección de los derechos subjetivos^{7[7]}.

En este sentido, la Cámara Nacional Civil^{8[8]} ha expresado que; *“Los actos que afecten al honor, generan responsabilidad y la consiguiente obligación de resarcir el daño moral y los otros perjuicios que se produzca (...) Es por ello que, el ataque al honor no requiere necesariamente imputaciones explícitas de conductas delictivas, inmorales o desdorosas. Bien puede ser tácito, indirecto, sugerido, sin perder por ello claridad y contundencia. Así, no es preciso un exceso de suspicacia para advertir que una noticia que involucra a alguien dentro de una nómina de adherentes o practicantes de comportamientos sexuales cuestionables, cuando no, para algunos repudiables- constituye auténtica injuria”*.

2.3. Derecho a la Imagen.

La imagen, es toda reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible^{9[9]}. De este modo, es una prerrogativa que tienen los individuos para impedir que se reproduzca su aspecto físico, a través de cualquier medio, sin su consentimiento.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de imagen es más amplio que el de “retrato”, siendo comprensiva no sólo de este último, sino también de toda forma gráfica o visual que reproduzca u ostensiblemente pretenda reproducir a determinada persona, sin importar el medio empleado, teniendo en cuenta sólo la finalidad perseguida^{10[10]}.

Para algunos autores^{11[11]}, el recorrido del derecho a la propia imagen hasta su reconocimiento como derecho humano, se divide en tres períodos^{12[12]}.

7[7] ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 139.

8[8] CNC, Sala B, *“Romano Larroca José Gerardo c/ Editorial perfil S.A. s/ Daños y Perjuicios”*, 03/09/2001.

9[9] HERCE DE LA PRADA, Vicente, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Editorial José María Bosch, Baelona, España, 1994, p. 31.

10[10] VILLALBA, Carlos y LIPSZYC, Delia, *“Protección de la propia imagen”*, LL, 1980-C, p. 819.

11[11] AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El Derecho a la Propia Imagen*, Editorial Civitas, Universidad de Navarra, Madrid, España, 1997, p. 46.

12[12] BASTERRA, Marcela I., *“¿Son el derecho a la vida privada, al honor y a la propia imagen un límite válido para la libertad de Prensa?”*, Revista Etcétera -una ventana al mundo de los medios-. Ciudad de México, DF, México, enero de 2007.

1. La primera etapa está comprendida entre los años 1839 a 1900. En ésta comienza el reconocimiento del derecho a la imagen, pero considerado como un aspecto particular del derecho de autor. No se aprecia aún, una conciencia jurídica de la existencia de un derecho a la propia imagen.

2. La segunda etapa es la que abarca desde el año 1900 hasta 1919, cuando comenzó a tratarse al derecho a la imagen como un bien esencial de la persona; resultando decisiva la influencia de la doctrina alemana, y el célebre artículo "*The right to privacy*", de Warren y Brandeis.

3. La tercera etapa se ubica entre los años 1920 y 1948, en la que definitivamente éste se consolida, orientándose hacia el marco jurídico de los derechos humanos. Con las características propias de los planteos jurídicos de cada país, tiene sus primeras manifestaciones en la consolidación de los derechos de la personalidad, como el marco ideal para su comprensión.

Ahora bien, desde la jurisprudencia se advierte que existen cierta confusión al momento de plantear o resolver cuál es el derecho afectado, ante la colisión de algunas de las prerrogativas referidas -a la personalidad-, con el derecho a la información de los medios de comunicación.

De cualquier manera, aún cuando los aportes realizados resultan de gran relevancia, a tal punto que permiten delinear algunos contornos propios de cada uno de los derechos personalísimos en juego; tales pronunciamientos no justifican la ausencia de una ley reglamentaria de los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen.

Esta laguna en el ámbito de la protección legal específica que los tutela, hace que se torne imprecisa la delimitación de las lesiones que se producen en cada caso concreto. En ese sentido, al referirnos a la habilitación constitucional del derecho a la intimidad -textualmente-, la protección sólo surge del artículo 19 de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados tras la reforma de 1994 en el artículo 75, inciso 22.

El derecho a la intimidad y el derecho a la imagen pueden superponerse, en tanto a través de la publicación de una imagen, puede vulnerarse -también- el derecho a la intimidad personal.

La publicación de un retrato sin que exista el consentimiento previo del titular, constituye en principio, una violación al derecho a la imagen. Pero, para que la difusión configure una lesión, será necesario que quien la divulgue haya obtenido dicha imagen en forma abusiva, ilegítima o en un lugar estrictamente reservado a un ámbito de privacidad.

Para que se produzca un menoscabo al derecho a la intimidad, es necesario que en forma arbitraria se revele un acto íntimo de la vida privada de una persona. Asimismo, para que implique una violación a la intimidad, los hechos difundidos deben ser verdaderos, dado que en caso contrario, si la información resulta falsa o errónea, ya no se verá afectada la esfera íntima de la persona, sino que se ocasionará una lesión al honor o a su honra.

En síntesis, desde un punto de vista teórico conceptual, no queda duda que se trata de tres derechos con entidad propia, toda vez que tutelan diferentes bienes jurídicos.

No obstante, la confusión se presenta desde un punto de vista práctico y es aquí, donde la sanción de una ley -como se estudiará en el caso de España- reviste fundamental importancia.

En definitiva, se torna imprescindible contar con elementos de valoración, es decir, la existencia de pautas claras y específicas que coadyuven a la coexistencia armónica de estos derechos fundamentales, ambivalentes por su propia naturaleza. Si bien una adecuada reglamentación otorgaría eficacia a efectos de delimitar con cierto grado de precisión el contenido de estas libertades básicas, como también los supuestos de lesión de cada una de aquellas; lo cierto es que deberá tenerse especialmente en cuenta las circunstancias imperantes en cada momento, dado que no es fácticamente viable contar con reglas generales que engloben absolutamente todas las variables posibles y que se apliquen en todos los contextos.

3. La Protección Jurídica Constitucional y la responsabilidad prevista en el Código Civil y en el Proyecto de Unificación del CC y CO.

En el marco constitucional el derecho al honor no se encuentra consagrado de manera expresa en el texto de la Ley Suprema. Sin embargo, ello no es un obstáculo para afirmar su reconocimiento, dado que por un lado se lo consideró incluido en el artículo 33 como un derecho implícito; y por el otro, también fue receptado por los distintos Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³[13] (1948), la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁴[14] (1948), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁵[15] (1966), la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁶[16] (1969), entre otros.

Además el derecho al honor se encuentra protegido de manera explícita en el Código Civil y en el Código Penal. El ordenamiento civil, protege el derecho al honor a través de distintas

13[13]Declaración Universal de Derechos Humanos, 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 a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.*

14[14]Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 5°.- *“Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.*

15[15]Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.- *“1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

16[16]Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.- *“Protección de la Honra y de la Dignidad. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

disposiciones; y en el Proyecto de Unificación del CC y CO se prevé un régimen sistemático de los derechos de la personalidad.

3.a. En primer término el artículo 1068 establece en qué situaciones se estará frente a un “daño”, entendiendo que el mismo puede producirse no sólo sobre las cosas de su dominio o posesión, sino también sobre la persona, sus derechos o facultades.

3.b. Segundo, el artículo 1071 hace referencia al ejercicio abusivo del derecho, concibiéndolo como aquél que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

3.c. Tercero, el artículo 1071 bis es donde el derecho al honor encuentra su mayor protección. El dispositivo legal estipula que quien arbitrariamente se entrometiera en la vida ajena; publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actividades si es que no hubieran cesado antes, y a pagar una indemnización que fijará el juez de manera equitativa de acuerdo con las circunstancias, siempre que no fuere un delito penal. También a pedido del agraviado, el juez podrá ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si fuese procedente para una adecuada reparación.

Se adoptó una norma destinada a amparar específicamente el derecho a la intimidad; si bien se utiliza la expresión “vida ajena”, el bien jurídico tutelado es la vida ajena pero en lo que hace a su aspecto privado. En este caso, el legislador ha utilizado el término “intimidad” en un sentido amplio dentro del cual se encuentra comprendido el derecho al honor.

No obstante, no todos los hechos que conforman la vida de otras personas están asegurados por las disposiciones del Código Civil, sino sólo aquéllos que se consideran pertenecientes al ámbito de reserva de cada individuo.

El artículo 1071 bis resguarda uno de los aspectos de la persona que proyecta sobre sus cuestiones privadas, que naturalmente mantiene en reserva y desea ocultar a los demás. Establece asimismo, que el individuo que atente contra la intimidad de otro, deberá cesar inmediatamente en su accionar y reparar el detrimento, a través de una indemnización que determinará el juez^{17[17]}.

Es del caso destacar que la enumeración de supuestos referidos no es taxativa, sino meramente ejemplificativa. En consecuencia, puede abarcar conductas que consistan en la revelación de información de cuestiones personales y familiares, que el sujeto pretendía que permanezcan en secreto.

Se advierte en esta norma dos características peculiares; 1) la facultad de supresión que este derecho concede a su titular, por lo que puede excluir a terceros de la intromisión a su esfera de intimidad, y 2) que a cada sujeto corresponde la capacidad de definir el ámbito de

17[17] Ampliar de FERREIRA RUBIO, Delia, *El Derecho a la Intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil, Segunda Parte*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1982, p. 96 y ss.

privacidad que desea preservar, manteniendo a partir de sus acciones, mayor o menor reserva según sus necesidades o aspiraciones.

Ahora bien, la norma contempla la lesión del derecho a la intimidad personal y el pago de una indemnización como daño, pero no prevé acción alguna tendiente a evitar o a prevenir la violación del derecho, antes que se produzca el perjuicio o por el cese de sus efectos.

Se trata de una regla representativa de la función preventiva de la responsabilidad civil, porque la acción principal que consagra no es la de daños, sino la de cesación de perturbación de la intimidad. Así se ha sostenido, que *“El entrometimiento arbitrario, enmarca a la conducta contraria a la ley por la que es reprobada, pudiendo 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”*^{18[18]}.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1071 bis, para que la intromisión en la esfera de la intimidad de un individuo sea ilegítima, ésta debe ser arbitraria; lo que implica que la acción de entrometimiento sea efectuada sin derecho, es decir, de forma abusiva. Este tipo de regulaciones resultan positivas, en tanto 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 las nuevas tecnologías. Éstas logran captar una imagen, o la voz de una persona en cualquier momento o lugar, utilizando medios muy sofisticados que permiten hacer realidad, lo que para George Orwell fue una ficción en su obra titulada *“1984”*^{19[19]}.

3.d. Cuarto, el artículo 1089 específicamente contempla los delitos de “calumnia o injuria”, estableciendo que, el ofendido tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria si a raíz de ello se le produjo algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre y cuando el delincuente no probare la verdad de la imputación.

Por último, el artículo 1109 determina que todo aquel que ejecute un hecho, que por su culpa o negligencia ocasione un daño a otro, estará obligado a la reparación del perjuicio producido.

Por otra parte, el Código Penal dedica un capítulo entero a los delitos contra el honor. En éste se contempla la indemnización de los daños materiales y morales causados a la víctima, a su familia o a un tercero; por calumnias -artículo 109- o injurias -artículos 110 y 111-.

La calumnia será entendida como la falsa imputación a una persona física, de la comisión de un delito concreto; en cambio, estaremos frente a una injuria en aquellos casos en los cuales las expresiones no están de ningún modo vinculadas con asuntos de interés público. Ahora bien, si el acusado lograra probar la veracidad de la imputación en el supuesto concreto, quedará

18[18] VALENTE, Luís A. y CALCAGNO, Liliana, “El derecho a la intimidad y la *“exceptio veritatis”*”, LL, Doctrina Judicial, 1999-1, p. 469.

19[19] ORWELL, George, *1984*, Colección: Áncora y Delfín, Ediciones Destino, Barcelona, España, 1948.

exento de pena. Corresponde aclarar, que con fundamento en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “*Kimel*”^{20[20]}, el Congreso Nacional sancionó la Ley Nº 26.551^{21[21]} en el año 2009, que despenalizó los delitos de calumnias e injurias en casos de interés público.

3.e. Asimismo no puede soslayarse que en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial se incorpora un régimen de los derechos de la personalidad, que ha sido insistentemente reclamado por la doctrina argentina. El capítulo 3º “*Derechos y Actos Personalísimos*”, comienza con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, honor, imagen e identidad.

El artículo 52 del proyecto rige en materia de afectación a la dignidad estableciéndose que, “*La persona humana lesionada 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 prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1*”.

El artículo 53 en cambio, se refiere al derecho a la imagen y determina que “*para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte (20) años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre*”.

El proyecto de reforma adopta la idea que la persona tiene un valor en sí misma, y por lo tanto se le debe reconocer su dignidad, su derecho a ser respetado como persona, a no ser lesionado en su existencia ni en su dignidad, y a que se proteja su honor, intimidad e imagen. El respeto mutuo es la base de toda convivencia.

De esta manera, el artículo 52 del proyecto extiende su tutela a los derechos de la personalidad que se enumeran -no de manera taxativa-, y se refiere a la imagen, intimidad, identidad, honor o reputación, así como a cualquier otro que resulte de la dignidad personal.

Como puede observarse, cuando se ocasiona un daño al honor el ordenamiento jurídico reacciona poniendo a disposición del agraviado una serie de mecanismos legales, a efectos de sancionar al autor -si su conducta encuadra en el tipo penal-; y de obtener una adecuada reparación por los perjuicios sufridos.

20[20] Corte IDH, “*Kimel v. Argentina*”, (2008), Serie C, No. 177.

21[21] Ley Nº 26.551, publicada en el B.O. del 27/11/2009.

4. Lesión al derecho al honor a través del ejercicio de la libertad de información de los medios de prensa.

Sin duda, existe una situación de conflicto casi permanente entre el derecho al honor de las personas, y el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación. Esta problemática se profundiza si tenemos en cuenta que estamos en presencia de dos derechos fundamentales que poseen idéntico reconocimiento constitucional. Los derechos fundamentales tienen básicamente las siguientes características; son universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos; por contraposición a los derechos patrimoniales, que son disponibles por su naturaleza, negociables y alienables.

Al tratarse de dos prerrogativas con el mismo rango jerárquico, no se admite orden de prelación entre éstas, por lo que debe hacerse un análisis detallado en cada caso en particular para establecer que derecho debe prevalecer por sobre el otro.

No obstante, la disputa no requiere de mayorazgos a fin de lograr una solución, por el contrario, al finalizar cada contienda todos los derechos permanecen en un mismo pie de igualdad. En efecto, así como no hay derechos absolutos, tampoco hay liderazgos permanentes. En algunos casos, se privilegia un derecho sobre el otro, pero esta elección solamente indica una tendencia, es decir, un criterio único aplicable al litigio correspondiente^{22[22]}.

Si bien el punto de partida sobre la interpretación de las prerrogativas constitucionales es que los derechos coexisten, es decir que son armónicos entre sí, dado que la Constitución es un conjunto de derechos individuales y sociales que gozan de igualdad jerárquica, por lo que la convivencia entre ambos debe ser pacífica. No puede desconocerse que muchas veces -en casos concretos-, se advierte una presunta colisión entre derechos. Esta última hipótesis se constituye cuando en un determinado supuesto, un derecho es diametralmente opuesto a otro, de manera tal que su existencia implica la anulación del derecho que está enfrente.

A efectos de darle solución a esta situación de conflictividad, generalmente se utilizan dos métodos disímiles de decisión constitucional, por un lado; el principio de jerarquización de los derechos, y por el otro; el denominado "*balancing test*"^{23[23]}.

El primer sistema, consiste en establecer niveles de jerarquía entre derechos constitucionales. Así, se plantea la existencia en abstracto de un orden jerárquico entre éstos que lleva a determinar en caso de conflicto, qué derecho deberá prevalecer sobre el otro. Obviamente será aquél que posea el rango jerárquico superior en el régimen de categorización.

22[22] SHINA, Fernando E., *La libertad de expresión y otros derechos personalísimos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 30/31.

23[23] Ampliar de BASTERRA, Marcela I., "*Derecho a la Información vs. Derecho a la Intimidad.*", Op.cit , Capítulo I. Problemática y Resolución de Conflictos entre Derechos Fundamentales, p. 29/44.

El segundo sistema de interpretación constitucional, utilizado para superar las tensiones que se presentan entre derechos fundamentales, es el rotulado como *“balancing test”*. Se trata de una creación de la doctrina estadounidense, traducida como la búsqueda de equilibrio o balanceo entre derechos.

Este método consiste en evaluar los bienes jurídicos en colisión, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias existentes en un determinado proceso, para luego decidir qué derecho prevalece, a efectos de otorgarle solución al litigio. La decisión a la que se arribe únicamente tendrá aplicación en ese caso concreto. Es decir, que no existe un orden jerárquico que reconoce, en abstracto, el rango superior de un derecho; sino que una vez que se manifiesta la confrontación, se opta por uno de los derechos en pugna, ponderando los elementos característicos del proceso.

Los derechos de tipo personalísimos -como el honor- pueden verse lesionados, ya sea por una indebida intromisión de la prensa, por el ejercicio abusivo del derecho de informar, o por medio de manifestaciones injuriosas o calumniosas, entre otros supuestos.

Frente a esto, la persona que se haya sentido menoscabado su honor puede solicitar judicialmente la reparación del daño moral producido. Tal como se expresa en el fallo *“F., B. c/ Club Gimnasia y Esgrima”*²⁴[24], por daño moral debe entenderse *“cualquier lesión a los sentimientos o afecciones legítimas de una persona, o cuando se le ocasiona perjuicios que se traducen en padecimientos físicos o, en fin, cuando de una manera u otra se han perturbado la tranquilidad y el ritmo normal de vida del damnificado”*.

Para probar la existencia del daño moral no es necesario aportar prueba directa, lo cual resultaría imposible; sino que será el juez el encargado de evaluar las circunstancias del hecho lesivo y las calidades morales de la víctima, para establecer si hubo o no un agravio moral en su intimidad.

El daño moral no puede ser objeto de prueba, ya que habita en lo más íntimo de la personalidad. No se puede indagar el espíritu de otro de manera tan profunda, como para poder afirmar la existencia o la intensidad del dolor, la realidad de la angustia o la decepción.

5. La protección del derecho al honor en la historia jurisprudencial.

En nuestro sistema al no estar previstos estos supuestos de conflicto en una norma específica, se utiliza el sistema del *“balancing test”* para determinar qué derecho debe ponderarse en cada caso. Por ello, se torna relevante realizar un análisis jurisprudencial para poder visualizar cuál ha sido la tendencia en las diferentes hipótesis. Para aportar mayor claridad, hemos dividido el análisis en cuatro períodos, donde los puntos de corte estarán marcados por los cambios de doctrina judicial que he considerado más significativos para nuestro estudio.

5.1. Período 1863-1983.

²⁴[24] CNCIV, Sala E, *“F., B. c/ Club Gimnasia y Esgrima s/Cobro de sumas de dinero”*, 15/05/1996.

El punto de partida del presente relevamiento se ubica en el año 1863, dado que a pesar de ser el único Tribunal creado por la Constitución histórica de 1853/60, la CSJN recién inició su tarea diez años más tarde. En efecto, fue recién a partir de 1960 que el Alto Tribunal comienza a construir la doctrina sobre la libertad de expresión, entendiéndola como una libertad “preferida”. Esta calidad no implica que siempre y en todos los casos que sea confrontada con otros derechos, tenga absoluta prioridad; sino, que en la tarea del control de constitucionalidad normalmente se sacrifican otros derechos fundamentales cuando la misma esté en juego.

Esto genera la obligación por parte de los jueces, no sólo de actuar con especial prudencia al imponer responsabilidades por su desenvolvimiento, sino a realizar la tarea de interpretación con carácter sumamente restrictivo.

En materia de daños, fue a través del célebre *leading case* americano “*New York Times v. Sullivan*”^{25[25]}, por medio del que se prohíbe a los funcionarios públicos recibir indemnización por daños como consecuencia de falsedades difamatorias relativas a su conducta oficial; a menos que se pruebe que dichas aseveraciones fueron realizadas con “real malicia”, es decir, en el conocimiento de que las mismas eran falsas, o con indiferencia temeraria para verificar si lo eran o no.

Esto no significa conceder inmunidad absoluta a toda expresión de opinión relacionada con los asuntos del gobierno, ya que aquélla no se extiende a falsedades conscientes o temerarias. Ciertamente, se trata de lograr un adecuado equilibrio entre el interés de la libertad de expresión, y otro de igual jerarquía, como es el de proteger la reputación o el honor de las personas; toda vez que ambos derechos gozan de igual tutela en nuestro sistema jurídico.

En definitiva, la libertad de expresión constituye una herramienta eficaz para que la sociedad tenga conocimiento de las ideas y actitudes de los líderes políticos, erigiéndose en formadores de opinión pública, por lo que se considera inescindible el libre debate de ideas, de la forma democrática de gobierno.

En consecuencia, los límites de la crítica aceptable deben ser más amplios cuando se trata de un funcionario público, que de un particular. Ello por cuanto, los primeros cuando deciden ocupar un cargo gubernamental, aceptan implícitamente que sus palabras y su conducta sean objeto de interés por parte de la prensa, así como del público en general; motivo por el cual deben soportar un mayor grado de tolerancia.

Marc Carrillo^{26[26]}, afirma que la garantía del derecho a la intimidad no es obstáculo para que aquello que reviste interés general sea publicado. Señala que existen temas de indudable interés público o general, que por esa razón han de ser difundidos aunque pueda afectar la esfera privada de determinadas personas.

25[25] 376 US 254, “*New York Times v. Sullivan*”, (1964).

26[26] CARRILLO, Marc, *El Derecho a no ser Molestado*, Colección Divulgación Jurídica, Editorial Aranzani SA, Navarra, España, 2003, p. 60.

Los individuos que en razón de su profesión, oficio o en consecuencia del cargo público que ejercen, se encuentren sobre el escenario público; tienen la expectativa de privacidad más reducida, en comparación con una persona anónima; especialmente cuando se trate de expresiones o informaciones que tengan relación con la actividad por la cual son reconocidos. No obstante, fuera de ese ámbito el nivel de garantía ha de ser el mismo del que goza un ciudadano común.

En el caso de personas desconocidas, las cuestiones que forman parte del ámbito privado -son siempre- únicamente privadas, ya que los individuos a los que afectan no han asumido una posición que haga de ellas, un asunto de interés general.

Un significativo avance representó la sentencia "*García Mutto*"^{27[27]}, que es aquella en que la Corte señala que la esencia misma de la libertad de imprenta, consiste en el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa; ello, en tanto este criterio fue reiterado en la mayoría de los decisorios del Alto Tribunal, durante el período que abarca esta etapa.

Se había iniciado una querrela por desacato contra el director del periódico "*Noticias Gráficas*", en virtud de una publicación que contenía comentarios críticos y aún cáusticos, respecto de la actuación de determinados ministros y funcionarios de gobierno del ex Presidente José María Guido. En la nota se afirmaba que el querellante -García Mutto-, había sido separado de su cargo municipal por razones de deshonestidad. En Primera Instancia se absolvió al director del periódico, por juzgar que las manifestaciones efectuadas se encontraban amparadas por la inmunidad de las críticas al desempeño de los funcionarios públicos. La Cámara revocó la sentencia, en el entendimiento que se había cometido delito de desacato, al difundir acerca del actor datos de contenido injurioso; y además, falsos. La Corte Suprema decidió confirmar la sentencia de Cámara.

Es importante mencionar el dictamen del Procurador General, quien señaló que los funcionarios públicos no están colocados por encima de sus conciudadanos, por eso debe admitirse que sean libremente criticados; lo que no significa que pueda con justicia, negarse a su honor la protección de la ley. Ello implicaría la violación a otro derecho fundamental, como es el principio de igualdad.

Agrega, que es necesario defender la libertad de prensa, pero no cuando a través de la misma se lesionan otros derechos individuales como el derecho al honor, a la privacidad o a la intimidad. A los medios de comunicación les incumbe comunicar, respetando sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general. En consecuencia, un correcto análisis deberá versar sobre la ponderación del interés social de toda la comunidad, y la proporcionalidad de los medios utilizados para obtener los fines.

El caso "*Moreno y Timerman*"^{28[28]}, se trataba de la publicación de una carta bajo el epígrafe "*El Silencio*" en el semanario "*Primera Plana*", cuyo contenido hacía referencia al secuestro de la película con igual denominación. La misiva fue catalogada injuriosa por los magistrados y

27[27] CSJN, Fallos 269:189, "*García Mutto, Antonio E. c/ Donatti, Carlos A.*", (1967).

28[28] CSJN, Fallos 269:200, "*Moreno, Alejandro y otro*", (1967).

funcionarios judiciales que habían participado del mencionado secuestro; lo que motivó la condena al director del semanario, Jacobo Timerman por el delito de desacato.

La Corte resolvió revocar el fallo y absolver al imputado. Entre los argumentos esgrimidos, el tribunal recordó y convalidó el razonamiento efectuado en *"García Mutto"*, reafirmando que; *"(...) debe reputarse esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa el ejercicio de la libre crítica a los funcionarios por razón de actos de gobierno, ya que ello hace a los fundamentos mismos del régimen republicano"*. Asimismo, señaló *"(...) que ese modo de enfocar el asunto de El Silencio involucra una crítica a quienes tienen la obligación de velar por la moralidad pública; pero esa crítica severa sólo revela en el fondo una discrepancia de criterio insusceptible, por los términos en que está concebida, de deshonorar, desacreditar u ofender en su dignidad y decoro a los magistrados y funcionarios intervinientes en el episodio del secuestro (...)"*.

Podemos concluir que existe una clara delimitación sobre la libertad de expresión, en cuanto a la comisión de ilícitos a través de la misma. Ello en el entendimiento que la libertad de prensa, aún siendo un bien jurídico habitualmente ponderado, no puede ser utilizada para cometer delitos; o sea, para injuriar u ofender la dignidad o el honor de las personas. Es decir, que se van perfilando los límites razonables a los cuales se encuentra sometida la libertad de expresión en virtud de su carácter de derecho susceptible de reglamentación, constituyendo uno de estos límites, las injurias por lesión a la integridad personal. En otros términos, no es posible utilizar la libertad de expresión para violentar otros derechos fundamentales, como lo es el honor de las personas.

5.2. Período de 1983-2001.

Recién a partir de esta etapa puede advertirse con claridad el conflicto existente entre el pleno ejercicio del derecho a la intimidad y al honor, con el derecho de la libertad de expresión - deber de información- de los medios de comunicación. En consecuencia, puede afirmarse que la Corte en su carácter de último intérprete de la Constitución, comienza a construir su doctrina jurisprudencial en torno a la ponderación de uno u otro derecho, según el caso.

Esta tarea, fue acompañada por la labor de los tribunales inferiores, que a través de sus decisivos contribuyeron a la búsqueda del equilibrio entre el derecho al honor y la libertad de prensa. Justamente, de lo que se trata es de determinar dónde corresponde poner los límites de cada uno de los derechos en pugna, para lograr una armónica convivencia de ambos.

Generalmente, la mayoría de los agravios que se producen sobre el derecho a la intimidad o al honor, provienen de las publicaciones realizadas por los órganos de comunicación. Si bien es cierto que en un sistema constitucional democrático la prensa cumple un rol trascendental, ello no significa que los individuos no tengan la prerrogativa de disfrutar plenamente de su derecho a la privacidad y al honor.

Podemos afirmar que ante el supuesto de colisión entre estas dos libertades fundamentales, cobra vital importancia la función encomendada por la Constitución a los jueces. En efecto, éstos tienen una misión principal que es determinar -en cada caso particular- si la lesión se configura por el ejercicio abusivo de uno de estos derechos en detrimento del otro; o por el

contrario, si la confrontación se debe a que existe entre ambas prerrogativas una zona donde confluyen.

Frente a la primera hipótesis, la solución es sencilla ya que el sistema jurídico no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Sin embargo, en la segunda la tarea es más compleja, ya que se deberá decidir cuál de estos derechos habrá de ponderarse.

La sentencia que marcamos como el origen en el “cruce de caminos” entre los derechos en análisis es *“Ponzetti de Balbín”*;29[29] en la que se advierte por primera vez, no sólo la clara confrontación de estas libertades, sino, la contundente ponderación del derecho al honor por sobre el derecho/deber de información de los medios de prensa, aplicable al caso concreto, pero no como regla general.

Con este precedente, la Corte inicia el camino hacia la delimitación del concepto de derecho a la intimidad, estableciendo la existencia de un reducto jurídico dentro del cual el individuo es soberano, escapando legítimamente a la intervención o regulación del Estado. Pudiendo actualmente agregarse, *“y a la exposición pública -sin el consentimiento del titular o sus familiares”*-, a menos que se demuestre la existencia de un interés general.

Este fallo constituye un icono, un paradigma en el derecho argentino, dado que en el decisorio -con razón- se pondera el derecho a la intimidad o a la vida privada, por sobre el derecho a la libertad de expresión. La Corte en el caso, consideró necesario determinar el ámbito que es propio de cada uno de los derechos en juego.

Su importancia está dada, no sólo por el valor del resultado en sí mismo, sino porque aborda un tema singular no analizado hasta el momento en el derecho judicial de la Corte Federal; el caso de personajes “públicos o famosos”, y el posible conflicto con el derecho-deber de informar. Estableciendo así, los primeros estándares al concluir que la actuación pública o privada de estas personas, puede ser divulgada cuando esté estrictamente relacionada con la actividad que les otorga popularidad, y siempre que lo justifique el interés general. Lo que en modo alguno autoriza a dañar la imagen o el honor de esas personas, y mucho menos a sostener que éstas no tienen un ámbito de intimidad protegida constitucionalmente de toda intromisión arbitraria.

Tanto el derecho a la intimidad como la libertad de información -considerada una derivación o especie de la libertad de expresión- tienen fundamento constitucional. Es doctrina pacífica, que si bien las normas constitucionales tienen todas el mismo rango, ello no impide que los derechos en sí mismos puedan tener jerarquía diferente. La solución, sin duda, es acertada por dos razones básicas; 1) porque los abusos, a veces intolerables de cierta prensa, deben tener su condigna limitación a través del Poder Judicial que constituye la garantía última de los derechos de todos los habitantes; y 2) porque el derecho a la intimidad constituye uno de los últimos bastiones de la libertad30[30].

29[29] CSJN, fallos 306:1892, *“Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida, S. A.”*, (1984).

30[30] RIVERA, Julio César, *“Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente”*, LL 1985-B, p. 9/10.

A partir del mencionado *leading case*, pueden extraerse los siguientes principios elementales sobre el conflicto que nos ocupa; 1) las cláusulas constitucionales, en abstracto, gozan de la misma jerarquía, lo que no impide que en determinados casos se pondere un derecho sobre otro; 2) la libertad de prensa, como todos los derechos que consagra la Constitución, no es absoluto; por ende puede ser sometido a responsabilidades ulteriores, quien ha ejercido este derecho con exceso a sus límites legítimos; y 3) todos los individuos tienen derecho a la intimidad y a la protección de su honor, incluso aquellas personas públicas, cuando no esté en juego el interés general.

Al poco tiempo, el Máximo Tribunal elabora la doctrina sobre las responsabilidades de la prensa, a partir del uso abusivo de la libertad de informar. Así, en el precedente "*Campillay*"³¹[31] entendió que los medios de comunicación quedan eximidos de responsabilidad civil por la publicación de una noticia de interés público, cuando hayan cumplido con alguno de los siguientes requisitos; 1) atribuir directamente la noticia a su fuente y reproducirla fielmente, 2) mantener en reserva la identidad de las personas involucradas y/o; 3) formular la noticia en tiempo de verbo potencial. Este criterio aún sigue siendo de aplicación por nuestros tribunales.

En el caso "*Elías, Gutiérrez Arcaya c/ Clarín*"³²[32], el General Arcaya -militar de la embajada de Bolivia en Argentina- demanda a las Editoriales Clarín y Sarmiento S.A. por una nota periodística publicada en los diarios "*Clarín*" y "*Crónica*", en las que aparecía vinculado al tráfico de drogas. Manifestó que la noticia era falsa, por lo que le había ocasionado un grave perjuicio a su honor y reputación.

"*Clarín*" reconoció que la información que le había sido suministrada no era veraz, ya que la persona detenida no era el actor sino otro; por lo cual se había ofrecido a publicar la retractación en iguales condiciones que las utilizadas para dar a conocer la noticia. Por su parte, "*Crónica*" había publicado la noticia rectificatoria.

El actor igualmente inicia una acción por el resarcimiento de daños y perjuicios, más el derivado del daño moral sufrido por dichas publicaciones.

La Cámara entendió que resultaría imposible exigir a la prensa el control de la "verdad" de toda la información que recepta. No obstante ello, estableció la obligación de los medios frente a la responsabilidad que pudiera caberles, por el incumplimiento del deber de estándares mínimos de "veracidad" de la noticia que transmiten, en base a la información recibida. Ello por cuanto, la comunidad tiene derecho a que la prensa libre sea fuente de información veraz.

Esta postura fue reafirmada por la Cámara –Sala D- un año después, en el precedente "*Sánchez Abelenda*"³³[33] en el que el tribunal interviniente realiza una encendida defensa del derecho

31[31]CSJN, fallos 308:789, "*Campillay, Julio c/ La Razón y Otros*", (1986).

32[32] CNCIV, Sala A, "*Gutiérrez Ardaya, Elías c. Clarín, S. A. y otro*", 07/07/1986.

33[33] CNCIV, Sala D, "*Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de La Urraca S. A. y otro*", 27/02/1987.

a la intimidad y del honor en los siguientes términos; “(...) si bien el derecho a la información posee preferencia en un régimen republicano, no puede irse tan lejos que se admita el carácter absoluto del mismo; no puede extenderse en detrimento de la armonía que debe imperar con los restantes derechos de rango constitucional, entre los que sin lugar a dudas están la integridad moral y el honor de las personas. De allí que, en caso de conflicto entre ambos, debe preferirse el amparo del que tenga un rango menor en beneficio del de rango mayor. Ello nos lleva a admitir -como lo hace Ekmekdjian- que el derecho a la dignidad individual de los ciudadanos no puede ser lesionado por el ejercicio de la libertad de prensa” (Considerando I).

Existen derechos que usualmente son preferidos a otros, pero no es una regla o escala estricta e inamovible. Así, en este caso, no toda afectación al honor o intimidad de una persona es mala *in se*, es decir, punible -civil o penalmente- por el sólo hecho de ser tal. Si el ataque resultara justificado -cuando se acusa a un funcionario o a un particular de la comisión de determinado delito y se comprueba la veracidad de tal acusación-, se trata de una restricción del derecho a la intimidad, justificada por el interés general. En cambio, nunca podría justificarse un ataque a la dignidad, privacidad u honor de una persona, por ejemplo, torturándola o humillándola, so pretexto del interés público.

La importancia del caso “*Triacca c/ La Razón*”^{34[34]} está dada, porque tal como lo afirma Barrancos y Vedia^{35[35]}, la Corte Suprema no sólo robustece, sino delimita con absoluta claridad los alcances de la doctrina del fallo “*Campillay*”.

Alberto Triacca promovió demanda en concepto de resarcimiento por daño moral, contra los diarios; “*La Razón*”, “*La Nación*” y la agencia “*Diarios y Noticias*”. La acción se originó por la difusión en estos medios, de una noticia en la que se revelaba que el actor estaría vinculado con la muerte del Sr. Cuervo y con temas relacionados con la actividad del narcotráfico. Fundamentó su petición, en que la divulgación de hechos falsos vinculados a su persona configuraba el delito de calumnia, ya que lesionaba la honra, el honor, su buena reputación e integridad moral. De la misma forma planteó, con base en el precedente “*Campillay*” que la demandada no podía alegar el desconocimiento acerca de la falsedad de los hechos publicados.

La Corte afianza la doctrina establecida por mayoría en el caso “*Campillay*”, delimitando el alcance y los límites de la responsabilidad civil de los medios. Entendió que estos requisitos habían sido cumplimentados ampliamente por las empresas demandadas; toda vez que se indicaba inequívocamente cuál era la fuente, resultando además que la información era una transcripción sustancialmente idéntica. En síntesis, concluyó que la conducta de la demandada se encontraba amparada por los artículos 14 y 32 de la Constitución, por lo que juzgó necesario revocar la sentencia apelada.

El Alto Tribunal con firmeza, decidió salvaguardar definitivamente el derecho a la libre expresión de ideas y a la difusión de la información por la prensa; en el entendimiento que “*La*

34[34] CSJN, Fallos 316:2416, “*Triacca, Alberto c/ Diario La Razón y otros*”, (1993).

35[35] BARRANCOS y VEDIA, Fernando N., “La Corte Suprema refirma y fija el alcance de la doctrina del caso “*Campillay*””, LL 1994-A, p. 237.

protección del honor de personas públicas debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público, en comparación con la que se brinda a los simples particulares. Ello así, por cuanto las personalidades públicas tienen un mayor acceso a los medios periodísticos para replicar las falsas imputaciones y porque aquéllas se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias”.

El criterio expuesto responde al prioritario valor constitucional, según el cual debe resguardarse el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a tales personas, como garantía esencial del sistema republicano.

El caso “*Morales Solá*”^{36[36]} reviste una importancia superlativa en la materia, toda vez que implicó la consagración definitiva de la doctrina de la “Real Malicia”. A partir de este fallo, puede afirmarse con certeza que queda definitivamente incorporada al derecho argentino esta teoría.

Joaquín M. Morales Solá fue querellado por el delito de injurias por el Sr. Dante Giadone, quien entendió que su honor había sido lesionado como consecuencia de que aquél, había publicado en un libro de su autoría titulado “*Asalto a la ilusión*” de Editorial Planeta^{37[37]}, un episodio que lo involucraba. En el relato, el escritor cuenta que el querellante “*le habría sugerido al entonces Presidente de la Nación, Dr. Raúl Alfonsín la posibilidad de sacarle el uniforme al Regimiento de Granaderos (tradicional custodio de mandatarios) y vestirlos de civil. Alfonsín levantó la mirada y le suplicó “por favor piensen lo que dicen antes de hacerme perder el tiempo”.*

La Cámara revoca la sentencia de primera instancia que había absuelto a Morales Solá, por considerarlo penalmente responsable del delito de injurias. El Tribunal hace hincapié especialmente en que el periodista “*(...) no podía desconocer de ninguna manera el carácter injurioso de la afirmación”.*

Sin embargo, la Corte descalificó por arbitrario el pronunciamiento apelado. Señaló 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 actos ilícitos civiles pues, 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 se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa”.*

Tuvo en cuenta el Superior, que la misma noticia había sido publicada por el periodista cinco años atrás, sin que el querellante hubiera cuestionado la veracidad de la misma o el menoscabo a su honor. En consecuencia, interpretó se había cumplido con el deber de informar con veracidad, por lo que había un eximente de responsabilidad.

36[36] CSJN, Fallos 319:2741, “*Morales Solá, Joaquín M.*”, (1996).

37[37] MORALES SOLÁ, Joaquín, “*Asalto a la ilusión*”, Editorial Planeta, Buenos Aires, 1990, p. 143.

Expresamente la Corte establece el principio general, que respecto de las manifestaciones concernientes a temas de interés público, sólo se podrá reclamar judicialmente cuando se compruebe que la información era falsa y fue divulgada a sabiendas de su falsedad. Esto es, con total desprecio o desaprensión acerca de la averiguación de la verdad de la noticia publicada.

En *“Locche c/ Míguez”*³⁸[38] la Corte Suprema restringe el derecho de los medios masivos de comunicación, a publicar aquella información que tuviera contenido manifiestamente calumnioso, independientemente de la veracidad de la misma.

El boxeador Nicolino Locche, promueve una demanda contra la señora Herrera de Noble, Arte Gráfico Editorial Argentino y Daniel Míguez; por una nota que se publicara en el diario *“Clarín”*, titulada *“Como Ballas, muchos ex boxeadores enfrentaron problemas con la justicia”*. En ésta, se hacía referencia a las vicisitudes sufridas por algunos deportistas después de abandonar la práctica de boxeo, entre los cuales se mencionaba al actor.

La Cámara revocó la decisión de primera instancia, condenando a la parte demandada a pagar una suma determinada de dinero en concepto de indemnización por el daño moral ocasionado a raíz de la publicación; a la que consideró lesiva del honor y reputación del deportista, ordenando que se publicara parcialmente la sentencia en el periódico. Esa decisión fue apelada, no obstante, el Alto Tribunal confirmó la resolución.

La Alzada, entre sus argumentos entendió que *“(…) la retractación efectuada en sede penal importaba la admisión de haber agraviado al querellante y tal circunstancia no se veía desvirtuada por el hecho de que las afirmaciones contenidas en este artículo resultaran verdaderas, pues al no haber sido planteada en la causa criminal la “exceptio veritatis”, no correspondía invocar dicha defensa en el presente juicio de acuerdo con la recta interpretación del art. 1089 del Cód. Civil*³⁹[39]”.

Con igual criterio, la Corte consideró *“(…) deben ser rechazadas las afirmaciones de los demandados referentes a que la difusión objetiva y veraz no podía engendrar responsabilidad de su parte, ello toda vez que el último párrafo del art. 1089 del Cód. Civil debe integrarse en su sentido con el alcance restrictivo que el Código Penal reconoce a la “exceptio veritatis” en el delito de injurias (art. 111), interpretación receptada por el a quo, quien manifestó acertadamente que “si se niega la prueba de la verdad cuando está en juego la libertad misma -comprometida por la sanción represiva- “a fortiori” con mucha más razón, debe rechazársela cuando sólo están comprometidos intereses puramente materiales”*.

Puede concluirse que la Corte Suprema de Justicia en este caso, no reconoce el derecho a los medios, de informar acerca de los hechos de la vida privada de las personas; aún cuando éstas

38[38] CSJN, Fallos 321:2250, *“Locche, Nicolino c/ Míguez, Daniel A. y otros”*, (1998).

39[39] Código Civil, artículo 1089, *“Si el delito fuere de calumnia o de injuria de cualquier especie, el ofendido sólo tendrá derecho a exigir una indemnización pecuniaria, si probare que por la calumnia o injuria le resultó algún daño efectivo o cesación de ganancia apreciable en dinero, siempre que el delincuente no probare la verdad de la imputación”*.

fueran públicas si la información tuviera un contenido agravante de manera contundente. Es decir, que no sólo se les exige a los periodistas cumplimentar el requisito de veracidad de lo informado, sino además, se impone el deber de realizar un análisis tendiente a determinar si la noticia que se va a ser publicada contiene datos palmariamente injuriosos.

El Supremo Tribunal entendió que resultaba irrelevante la veracidad de los hechos, dado que la retractación en sede penal implica reconocer implícitamente el carácter ofensivo de la publicación.

5.3. Período 2001-2013.

En este período, se pone de manifiesto el arduo trabajo realizado por los tribunales -a través de la elaboración de una nutrida jurisprudencia-, con la finalidad de lograr la necesaria proporción entre estos derechos fundamentales; de manera tal que el ejercicio de uno, no importe el menoscabo del ejercicio del otro.

Si bien puede aseverarse que el camino del cruce de ambos derechos comenzó a trazarse en el lapso temporal abarcado en el primer período que comprende desde el año 1863 a 1983; lo cierto es que actualmente no ha finalizado, en contrario, continúa en permanente desarrollo.

Afortunadamente en este último ciclo, no sólo se reafirman y perfeccionan los estándares de protección de la libertad de informar, y los límites derivados tanto de la libertad de intimidad como del derecho al honor que habían sido elaborados anteriormente, sino que además se adicionan nuevos -y superiores- principios rectores en la materia.

La peculiaridad de esta fase, radica en que la labor jurisprudencial estuvo dedicada a abordar principalmente, la tutela diferenciada que con relación al derecho a la intimidad o al honor corresponde otorgarles a aquellos personajes que revisten carácter público o que gozan de notoria popularidad. El centro de atención se circunscribe a determinar los estándares mínimos de protección que merecen los personajes célebres, famosos o que tienen proyección pública.

La prueba contundente de la circunstancia referida la constituye el precedente "*Menem c/ Editorial Perfil*"⁴⁰[40], por ser la primera y única vez -hasta el momento- en que la historia jurisprudencial argentina, aborda directamente la temática vinculada con los límites a la privacidad y al honor del funcionario de máxima relevancia del Estado.

En esta sentencia puede visualizarse con absoluta claridad, que ni aún tratándose del propio Presidente de la Nación, el ejercicio de la función pública puede comprender la renuncia del derecho a la intimidad personal, familiar, ni al honor. En sentido contrario, lo que se advierte en estos supuestos es una disminución del ámbito de privacidad, como consecuencia de la actividad que desempeñan. Pero nunca, el aval para reducir a "la nada" un derecho fundamental, reconocido en la norma constitucional. En diciembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a jurisdicción de la Corte IDH el conocimiento

40[40] CSJN, Fallos 324:2895, "*Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A. y otros*", (2001).

de estas actuaciones. El Máximo Tribunal Internacional, decide dejar sin efecto la condena civil impuesta a los Sres. Fontavecchia y D'Amico, por entender que producía una violación al derecho de Libertad de expresión. El fallo otorga nuevos estándares de protección a este derecho fundamental, esta vez en relación al derecho a la intimidad y honor que tiene el Presidente de un país.

De manera más concreta, se advierte con absoluta claridad la temática que nos ocupa en el precedente "*Azuaga, M. A. c/ Semanario Usted*"^{41[41]}, donde el conflicto abordado estaba relacionado con la tensión entre el derecho al honor de los funcionarios públicos y la libertad de prensa. La actora -quien se había desempeñado como directora e integrante del *Consejo Directivo del Instituto Provincial del Desarrollo Habitacional* (IPRODHA) de la provincia de Misiones-, entabló demanda contra el semanario "*Usted*"; con la finalidad de obtener un resarcimiento por el daño moral que le habría ocasionado un artículo periodístico, basado en la denuncia penal efectuada por el presidente del Tribunal de Cuentas provincial, que la involucraba en varios delitos contra la administración.

Las instancias inferiores hacen lugar a la acción, dado que al momento de la publicación se había dictado el sobreseimiento por prescripción de la acción penal, hacía más de un mes. La parte demandada interpuso recurso de inaplicabilidad de ley, que fue rechazado -en mayoría- por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Misiones.

Argumenta para tomar esta decisión, que se encontraba demostrado en autos que la noticia mencionada era falsa, tomando como referencia los prolongados lapsos trascurridos entre la denuncia y la publicación; entendiendo que lo mínimo que se le podía exigir a la demandada, era la verificación del estado de la causa penal con anterioridad a la difusión de noticias sobre la misma, debiendo cumplir con la obligación periodística de informar con veracidad.

Igualmente, consideró que el medio periodístico actuó con total imprudencia y manifiesta despreocupación por constatar la real situación del caso. Asimismo, interpreta que tampoco es exigente de responsabilidad, la fuente invocada por el medio, ya que se trataba de una versión recogida en los "pasillos de tribunales", por lo que la misma no podía ser identificable.

Siguiendo esta línea argumental distinguió que; "*(...) cuando se exteriorizan noticias que poseen un claro potencial ofensivo para la reputación de los involucrados, debe exigirse el mayor rigor para asegurar al menos la identificación de la fuente y la veracidad de sus términos que, en la especie, aparecen como altamente inexactos (...)*". "*En otras palabras, lo que pudo haber sido una información útil a la sociedad, protegida indudablemente por la libertad de prensa pese a sus conceptos fuertemente incriminatorios y ofensivos por su carácter mordaz, se convierte en un abuso de ese derecho por causa de la inexactitud y falta de veracidad de sus términos*".

El Superior Tribunal provincial, abrevó en los dos parámetros que aplica la Corte Federal para resolver los conflictos que se suscitan, cuando la prensa difunde información que podría tener

41[41] STJ de la Provincia de Misiones, "*Editorial e Impresora Usted S.R.L. s/rec. de inaplic. de Ley en: Azuaga, María de los Ángeles c/ Semanario Usted y/o resp.*", (2001).

entidad difamatoria para un tercero, en especial cuando la persona aludida es un funcionario público⁴²[42].

El Tribunal provincial aplicó adecuadamente los principios emergentes de las doctrinas “*Campillay*” y de la “*real malicia*”. Por un lado, juzgó que la publicación no superaba los parámetros del *test* de “*Campillay*”, toda vez que no atribuyó la noticia a una fuente concreta e identificable. Y por el otro, comprendió que el medio periodístico había actuado con real malicia, debido a que no arbitró las herramientas mínimas necesarias a fin de constatar la realidad de los hechos. Es decir, que procedió de manera imprudente y con evidente despreocupación acerca de la posible falsedad de la información.

En “*G., A. R. c/ G., V.*”⁴³[43] la Cámara también recepta la pacífica doctrina de la Corte, sobre la responsabilidad que le incumbe a los medios de comunicación por la publicación de noticias falsas o inexactas.

El actor inició demanda por violación del derecho a la intimidad, contra un periodista –G., V- que había afirmado en un programa televisivo de gran difusión –“*Almorzando con Mirtha Legrand*”-, que existía un *cassette* en poder de la justicia, en el que la hija del accionante habría reconocido que mantuvo relaciones sexuales con su padre.

La Cámara encuadró la conducta ilícita como lesión al derecho al honor. Reconoce la importancia fundamental de la libertad de expresión en un sistema democrático, siendo un derecho que goza de especial tutela jurisdiccional; pero como reiteradamente lo ha destacado la Corte este principio no significa la impunidad de la prensa. Por lo que se tornaba necesario exigir el cumplimiento de determinados recaudos en la divulgación de las noticias.

Aplicando los estándares de “*Campillay*” subrayó que en el caso, “(...) *no se utilizó una forma no asertiva, ni tiempos de verbos potenciales y, peor aún, no se reservó la identidad de los implicados*”. De lo que se infiere que carece de trascendencia, a los efectos de determinar la responsabilidad del periodista, acreditar dolo o culpa grave. La actitud negligente o desaprensiva del informador, constituye un supuesto que genera responsabilidad civil a su cargo.

Se consolida la doctrina judicial del Alto Tribunal, al reafirmarse que la violación a la intimidad, comprende también la difusión de hechos verdaderos. En sentido contrario, si la información difundida es falsa o errónea no afecta la privacidad, sino, al honor de las personas. Por ello, al no estar acreditada la veracidad de las manifestaciones realizadas en el programa televisivo, corresponde indemnizar adecuadamente la violación del derecho al honor del reclamante.

El Tribunal de Alzada en “*K., D. G. s/ desestimación*”⁴⁴[44], aplicó con excelente criterio, los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “*Kimel*”⁴⁵[45].

42[42] FLORES, Oscar, “Una sentencia del Superior Tribunal de Misiones que respeta y anticipa la doctrina de la Corte Suprema sobre libertad de prensa”, LL Litoral 2002, p. 709.

43[43] CNCIV, Sala H, “*G., A. R. c/ G., V.*”, 08/11/2002.

En el caso, un legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –K., D.- en un reportaje periodístico había criticado fuertemente la designación de un funcionario público en el mismo ámbito estatal, motivo por el cual fue querrellado por el delito de calumnias e injurias.

Los comentarios presuntamente lesivos estaban vinculados al desempeño del actor –A. M. E.- como director de un hospital. Daba cuenta que en el marco del cumplimiento de dichas funciones, fue procesado por supuestas irregularidades, siendo posteriormente sobreseído sin haberse presentado a declarar.

La Cámara confirmó el decisorio del *a quo* que había desestimado la acción. Para así decidir, tuvo especialmente en cuenta la reciente reforma al Código Penal; específicamente sobre calumnias e injurias introducida por la Ley 26.551, la que en forma categórica descarta la configuración de esta tipología de delitos cuando las expresiones esgrimidas versan sobre asuntos de interés público.

Sin duda, las manifestaciones efectuadas por el querrellado estaban vinculadas a cuestiones que resultaban relevantes para la comunidad. En consecuencia, la conducta que se le reprochaba no configuraba una acción tipificada en el ordenamiento penal, conforme lo dispuesto por la nueva legislación que rige en la materia.

Entre los fundamentos puntualizó que al ser el actor una figura pública, la entidad y gravedad de las expresiones susceptibles de lesionar su honor, debían tener una mayor aptitud ofensiva para ser consideradas injuriosas en los términos del Código Penal, máxime en el presente caso, que versa sobre cuestiones que revisten interés general.

Destaca que las declaraciones cuestionadas eran de notable trascendencia, toda vez que se referían al desenvolvimiento profesional de un funcionario, en la órbita de un organismo dependiente de la comuna metropolitana.

El interés público se encuentra intrínsecamente relacionado con el buen funcionamiento del sistema democrático, el respeto de los principios y reglas existentes en un Estado constitucional, las garantías de los derechos, y con la participación de los ciudadanos en asuntos de la administración pública, entre otros. La Alzada consideró que las expresiones del legislador, tenían como propósito limitar la censura en los supuestos de estas características.

En consonancia, la prohibición expresa de criminalización contenida en la nueva normativa, veda la persecución penal sobre aquellas publicaciones que están relacionadas con asuntos de interés comunitario, como sucede en autos.

Por último, es del caso mencionar que en el momento que se denunciaron los sucesos, aún no se encontraba vigente la legislación referida. Sin embargo, el Tribunal con acierto, juzgó que de todos modos resultaba aplicable por tratarse de una norma más benigna. Si bien indicó que la regla general es la irretroactividad de la ley, conforme el principio de legalidad contenido en el artículo 18 de la Carta Magna, en el derecho penal rige la tesis de la irretroactividad relativa.

44[44] CNCRIM y CORREC., Sala IV, "K., D. G. s/ desestimación", 01/02/2010.

45[45] Corte IDH, "Kimel vs. Argentina", (2008), Serie C, No. 177.

Según esta doctrina, cuando se verifica al momento del fallo que la nueva ley resulta más beneficiosa para el imputado, se debe aplicar a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia.

En el fallo *“Barrantes, Juan Martín; Malinas de Barrantes Teresa c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.46[46]”*, los propietarios de una empresa dedicada al turismo y un empleado de ésta última, promovieron demanda contra “Artear”, en reclamo por los daños y perjuicios sufridos debido a la difusión de un informe periodístico, que tuvo por objeto indagar acerca de actividades relacionadas con la pornografía infantil, el turismo sexual y la prostitución de menores en el país. A su vez, manifestaron que se sentían agraviados por la presunta falsedad de la noticia, la que les ocasionaba un menoscabo al derecho al honor.

La Cámara de Apelaciones decide hacer lugar al pedido de indemnización por el daño moral y material producido a los actores. Sin embargo, una vez llegada la causa al Superior Tribunal Provincial, éste lo rechazó en el entendimiento que no se había cumplido con el requisito de fundamentación autónoma, debido a que la recurrente no se habría hecho cargo de los argumentos en los que se basó el pronunciamiento de la Cámara.

Contra esta decisión se interpone recurso extraordinario, el cual fuera denegado. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja interpuesta revocando el pronunciamiento. Así, consideró que la cuestión principal debatida en el *sub examine* se relacionaba con el alcance y los límites del derecho a la libertad de prensa. Este derecho puede entrar en colisión con otros -como el honor-, que del mismo modo merecen una amplia protección. En estos supuestos, por consiguiente se hace necesario analizar los alcances y límites de todos los derechos en pugna, y ponderar cuidadosamente cuál debe prevalecer.

Siguiendo esta línea de pensamiento sostuvo que los actores no ejercían ningún cargo público, como tampoco habían asumido un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad; por lo que no se evidenciaba renuncia tácita al interés en la protección de su buen nombre, y por ende, contaban con argumentos concluyentes para acudir ante los tribunales, a fin de obtener la reparación de los perjuicios producidos por falsedades difamatorias.

6. El caso de España.

En cumplimiento del mandato constitucional del artículo 1847[47], se sancionó la ley 1/82 de *“Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar, y a la Propia Imagen”*.

46[46] CSJN, *“Barrantes, Juan Martín; Malinas de Barrantes, Teresa - TEA S.R.L. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”*, (2013).

47[47]Artículo 18 *“Derecho a la intimidad. Inviolabilidad del domicilio. 1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. 3. Se garantiza el secreto de las*

Es relevante destacar que con anterioridad a la misma, resultaba de aplicación la previsión del artículo 190248[48] del Código Civil, alcanzándose a través de la invocación de esta norma, la reparación de los perjuicios ocasionados como derivación de una intromisión en la intimidad de las personas.

La ley 1/82 establece en el artículo 1º, la tutela civil de los derechos fundamentales; a) al honor, b) a la intimidad personal y familiar y, c) a la propia imagen, frente a todo tipo de injerencia o intromisiones ilegítimas.

Sin embargo, en tanto algunos de esos derechos gozan de protección penal, como ocurre con el derecho al honor amparado por las prescripciones contenidas en el libro II, Título X, del Código Penal49[49]; esta última -la tutela penal- prevalecerá en virtud de que ostenta mayor efectividad.

comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial. 4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

48[48]Código Civil, artículo 1902.- *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.*

49[49] Código Penal, artículo 197.- *“1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero. 3. Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores. Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Si los hechos descritos en los apartados 1 y 2 de este artículo se realizan por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años, y si se difunden, ceden o revelan los datos reservados, se impondrá la pena en su mitad superior. 5. Igualmente, cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, se impondrán las penas previstas en su mitad superior. 6. Si los hechos se realizan con fines lucrativos, se impondrán las penas respectivamente previstas en los apartados 1 al 4 de este artículo en su mitad superior. Si*

Los bienes protegidos -honor, intimidad e imagen- no conforman un único derecho con tres facetas diferenciadas; sino por el contrario, constituyen tres prerrogativas específicas y distintas, aún cuando existe una estrecha relación entre las mismas.

El derecho a la intimidad ha sido definido como el derecho fundamental que tiene todo ser humano a; a) poder graduar libremente *el eje mismidad-alteridad*, en sus relaciones con los extraños o forasteros; b) mantener exentos de toda injerencia -oficial o particular- aquellos aspectos más personales de la vida individual y familiar, que deseen mantener reservados de toda divulgación o de su utilización para fines publicitarios y; c) solicitar y obtener de los poderes públicos, el pertinente amparo en caso de transgresión o vulneración de la zona acotada de soledad física o privacidad moral⁵⁰[50].

Por ello, puede ser entendido como el ámbito individual y privado, reconocido por el Estado como el espacio lícito de desenvolvimiento de la personalidad, excluido de cualquier tipo de intromisión por parte de terceros o del propio Estado⁵¹[51].

Esta esfera permite a su titular disponer sobre el conocimiento de su ámbito privado, de tal manera que sea inaccesible a los demás, salvo que medie su previo consentimiento. Se trata de un derecho de la personalidad, al que le son aplicables todos los caracteres y formas que distinguen a los mismos.

El concepto de imagen, hace referencia a toda representación de la figura humana en forma visible y reconocible⁵²[52]. Se trata del derecho que tienen los individuos para impedir que sea difundida su imagen física, a través cualquier medio.

El derecho al honor; se deriva de la participación de los individuos en la sociedad. Es la prerrogativa que tienen todas las personas respecto de la propia estimación y su buen nombre⁵³[53]. Se constituye por las relaciones de reconocimiento entre los distintos miembros de la comunidad, que actúan como presupuestos de la participación del individuo

además afectan a datos de los mencionados en el apartado 5, la pena a imponer será la de prisión de cuatro a siete años”.

⁵⁰[50] PUY, Francisco, *Derechos humanos*, Volumen 2, Santiago de Compostela, España, 1983, p. 35, citado por GARCIA GARCIA, Clemente, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Colección Estudios de Derecho, Universidad de Murcia, España, 2003 p. 155.

⁵¹[51] LELLO SÁNCHEZ, Sergio Enrique, “El derecho a la intimidad de la propia imagen y las conversaciones telefónicas e informáticas como bienes jurídicos penalmente protegidos. Propuesta de incorporación al Código Penal”, LLNOA 2003 (julio), p. 317.

⁵²[52] HERCE DE LA PRADA, Vicente, *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Editorial José María Bosch, Barcelona, España, 1994, p. 31.

⁵³[53] SARAZA JIMENA, Rafael, *Libertad de Expresión e Información Frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Aranzadi, Navarra, España, 1995, p. 111.

en el sistema social. Precisamente, parte de su contenido será consecuencia directa de su participación en este sistema⁵⁴[54].

Existen distintas formulaciones que se han utilizado sucesivamente a fin de explicar el concepto del honor⁵⁵[55]. En primer término, las teorías objetivas; referidas a la reputación que se ostenta socialmente, merced a los hechos que han llegado a trascender sobre una persona. En segundo lugar, las teorías subjetivas; que relacionan al honor con la autoestima o propia estimación. Por último, las teorías normativas; las cuales consideran al honor como una parte de la dignidad de la persona, cuyo contenido aparece vinculado al efectivo cumplimiento de deberes éticos.

Igualmente en todos los casos -intimidad, honor e imagen-, son derechos de la personalidad, orientados a la protección del patrimonio moral de las personas. El carácter autónomo de estos derechos supone que ninguno tiene respecto de los demás, la categoría de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros dos derechos fundamentales, que prevé el artículo 18 Constitucional. La especificidad de cada uno, impide considerar en alguno de éstos, las vulneraciones que puedan ocasionarse a cualquiera de los otros.

Desde una perspectiva constitucional, la desvalorización de la acción no es la misma cuando los hechos realizados sólo pueden entenderse lesivos del derecho a la imagen, que cuando además, a través de ésta, se vulnera el derecho al honor o a la intimidad, o a ambos conjuntamente⁵⁶[56]. La imagen es un objeto digno de resguardo jurídico en sí mismo, sin perjuicio que su uso afecte o no, a otro bien jurídico como la intimidad o el honor.

El artículo 2º de la ley de 1982 regula el ámbito de protección de los derechos, quedando la tutela delimitada por las leyes y los usos sociales, atendiendo al espacio que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. De esta manera, se faculta al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección, en función de datos variables, ya sea según los tiempos o las personas de que se trate.

Los derechos protegidos no pueden considerarse ilimitados. Por el contrario, será legítima la intromisión en el ámbito de la intimidad cuando el interés público lo justifique, o cuando la injerencia sea consentida por el propio interesado. En consonancia con lo expuesto, la ley exige que el consentimiento sea expreso; y dada la índole particular de estos derechos permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con la indemnización de los perjuicios ocasionados al destinatario del mismo por la revocación anticipada.

54[54] MONTILLA ZAVALIA, Félix A., "Derecho a la información y respeto al honor a la intimidad y a la propia imagen en España", JA 2000-II, p. 1100.

55[55] CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, *Derecho a la intimidad*, Tirant lo blanch, Valencia, España, 1998, p. 48 y ss.

56[56] HERNANDEZ FERNANDEZ, Abelardo, "El honor, la intimidad y la imagen...", Op. Cit., p. 64.

7. Conclusiones.

El objeto del presente trabajo, no fue otro que examinar el derecho al honor en la relación dialéctica con los medios de comunicación. En otros términos, analizamos este derecho fundamental y los daños que pueden producir los medios de prensa al hacer un uso abusivo de su derecho a informar.

Durante el desarrollo de este trabajo ha quedado evidenciado que en lo fáctico, habitualmente los conceptos de intimidad y honor se confunden, a tal punto que se torna sumamente difícil delimitar los contornos de cada uno. Sin embargo, es necesario destacar que no toda lesión a la intimidad produce un daño al honor y viceversa.

En efecto, cuando se abordan los perjuicios al honor, adquiere importancia superlativa el carácter de la información que se reputa lesiva, es decir, si ésta es verdadera o falsa; toda vez que cuando hablamos de lesión al honor personal, los hechos difundidos para que la configuren deben reputarse inexactos, de lo contrario estaríamos en la esfera del derecho a la intimidad.

Independientemente de ello en la jurisprudencia se advierte algún grado de confusión al identificar cuál es el bien jurídico afectado, al momento de ponderar la colisión entre los derechos personalísimos y el derecho a la información de los órganos de prensa.

Aunque se han realizado intentos sumamente valiosos para delimitar el alcance y contenido de cada una de estas prerrogativas en juego -e incluso han posibilitado un gran avance-; esto no ha sido suficiente para paliar las desventajas que ocasiona la ausencia de una reglamentación de los derechos a la intimidad, al honor y a la imagen.

Ante la inexistencia de una ley que regule el constante conflicto que se da entre la libertad de información y el derecho al honor; el rol de los tribunales adquiere un papel de singular preponderancia al momento de resolver la contienda. Ello por cuanto, en definitiva son los jueces quienes a través del ejercicio de la actividad jurisdiccional, se encargan de delimitar el alcance de cada una de las prerrogativas en colisión, estableciendo en cada litigio qué derecho deberá ponderarse, así como los daños producidos en cada caso.

Recordemos que en Argentina no existe, a diferencia de los Estados Unidos, la doctrina del *stare decisis*. Es decir, que no pesa obligación alguna para los magistrados de continuar la doctrina judicial de otros tribunales; aún de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, circunstancia que agrava la situación descrita, redundando en detrimento del mínimo grado de seguridad jurídica que debe existir en un Estado constitucional de derecho.

Se torna imprescindible reconocer el rol destacado y de singular importancia que cumple la casuística en el entrecruzamiento de estas dos libertades básicas, toda vez que nuestro país carece también de una pauta normativa que otorgue criterios inalterables de resolución de conflictos.

Surgen del análisis de la jurisprudencia (1863-2013), básicamente dos estándares que operan como pautas hermenéuticas para los jueces y que pueden ser sintetizados de la siguiente manera; 1) *En caso de funcionarios públicos, personas famosas, o que posean notoriedad*

social, su actuación pública o privada, puede ser divulgada cuando esté estrictamente relacionada con la actividad que les otorga popularidad; siempre que además, lo justifique el interés general. Lo que significa que no existe tutela legal al derecho de informar, cuando implique un daño a la imagen o al honor personal. Este criterio ha sido aplicado en *“Ponzetti de Balbín”* y *“Triacca c/ La Razón”*, por sólo mencionar algunos ejemplos.

2) El *“test” de veracidad no significa que se pueda exigir a los órganos de prensa, que antes de dar una información verifiquen la verdad absoluta de la misma.* Resulta imposible exigir a la prensa el control de la *“verdad”* de toda la información que recepta. Sin perjuicio de ello, se impone el deber a los medios -frente a la responsabilidad que pudiera haberles-, por el incumplimiento de estándares mínimos de *“veracidad”* de las noticias que transmiten en base a la información recibida. Ello por cuanto, la comunidad tiene derecho a que la prensa libre sea fuente de información veraz. Doctrina aplicada en el precedente *“Gutiérrez Arcaya c/ Clarín”*, entre otros.

Si bien el punto de partida sobre la interpretación de las prerrogativas constitucionales, es que los derechos coexisten -es decir que son armónicos entre sí y no hay derechos más fundamentales que otros-, dado que la Constitución es un conjunto de derechos individuales y sociales que gozan de igualdad jerárquica, la convivencia entre ambos debe ser pacífica. Por ello, toda persona que haya sufrido menoscabo en su honor, puede solicitar judicialmente la reparación del daño material y/o moral producido.

Para probar la existencia del daño moral no es necesario aportar prueba directa, sino que será el juez el encargado de evaluar las circunstancias del hecho lesivo y la situación personal de la víctima, a fin de establecer si hubo o no un agravio a su honor o en su intimidad, según el caso.
