

El derecho a la Intimidad de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por Marcela I. Basterra.

Sumario: 1. Introducción. 2. La libertad de expresión en el sistema jurídico argentino. 2.a. La prohibición constitucional de la censura previa. 3. El derecho a la intimidad. 4. Protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Nacional Nº 26.061. 5. El caso “S., V c/ M., D. A.”^[1]. 5.a. Los hechos. 5.b. La sentencia. 6. Reflexiones finales.

1. Introducción.

En la sentencia objeto de análisis, se examina uno de los conflictos centrales que involucra el ejercicio de la libertad de información de los medios de comunicación. Concretamente estoy haciendo referencia a 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 a la intimidad personal.

Desde una perspectiva general, debe reafirmarse el carácter de libertad preferida que ostenta la libertad de expresión e información, como premisa jurídica y axiológica angular del Estado constitucional de derecho.

Ésta adquiere una posición de preeminencia frente a los demás derechos, entre varios objetivos; para la salvaguarda de otras prerrogativa básicas, el ejercicio del control de los poderes del Estado, la configuración de una opinión pública libre y pluralista; así como la plena concreción del sistema democrático.

No obstante lo referido, lejos de suponer la impunidad de la prensa esta condición implica una demanda en el ejercicio de informar acorde con la ética, realizada de manera socialmente responsable.

La finalidad del presente trabajo reside en examinar el derecho a la intimidad tal y como resulta configurado en la relación dialéctica que mantiene con los medios de comunicación desde una óptica específica, toda vez que en el precedente “S., V c/ M., D. A.”, se encuentra en juego el derecho a la intimidad de una menor de edad.

Sin embargo, el objeto de estudio no se agota allí ya que el caso presenta otras aristas que son abordadas por el Máximo Tribunal, tales como el umbral de protección al que puede aspirar una persona pública –teniendo en cuenta que el padre de la menor es un futbolista reconocido-, y si eso influye o no en la tutela de la esfera de intimidad de la niña.

[1] CSJN, Fallos 324:975, “S., V. c/ M., D. A.”, (2001).

Paralelamente, la Corte se avoca al estudio del alcance del concepto de censura previa, toda vez que la acción se refería a una medida cautelar de abstención por parte de los medios de prensa en general, a difundir cualquier noticia y/o información que involucre a la menor, cuya filiación se reclamaba en el caso.

Por ello la mecánica a seguir será la siguiente; partiré de la tutela constitucional que se le otorga a la libertad de expresión, y la peculiar protección frente a la censura previa. Luego, haré referencia al marco tuitivo del derecho a la intimidad, haciendo especial hincapié en el amparo a la intimidad de los menores de edad. Finalmente, previa síntesis del decisorio en cuestión, analizaré si la sentencia de la Corte se ajusta a esta plataforma normativa, así como la opinión de los juristas que en el tema se han pronunciado.

2. La libertad de expresión en el sistema jurídico argentino.

En el sistema constitucional argentino, la protección a la libertad expresión surge de la interpretación armónica de varios artículos, a saber; 14, 32, 33, 68 y 83. A partir de la reforma de 1994, esta tutela se amplía con la incorporación, en el artículo 43, 3º párrafo, de la salvaguarda del secreto de las fuentes de información periodística; y por el artículo 75 inciso 22, que reconoce a los Tratados de Derechos Humanos jerarquía constitucional.

En primer término, el artículo 14 dispone que *“Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber (...) de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa (...)”*.

Según Carlos Nino^{2[2]}, en el sistema demoliberal identificado con la división de poderes, la libertad de expresión de las ideas es un bien central en la concepción liberal de la sociedad. Sin embargo, no siempre son tan evidentes las justificaciones de esa centralidad, como tampoco lo son las razones que fundan una protección mayor para aquella libertad de la que gozan los actos humanos, que no causan daño a terceros.

El conjunto de derechos y libertades relacionados con la comunicación de ideas y noticias, ha tenido diversas denominaciones en la doctrina y la legislación comparada. En efecto, se hace referencia a la libertad de expresión, de prensa, de imprenta, de opinión, de palabra, de información, etcétera.

Ekmekdjian^{3[3]} siguiendo la definición dada por la Corte Suprema de Justicia en el caso *“Ponzetti de Balbin”*^{4[4]}, los agrupó bajo el rótulo “derecho a la información”, abarcando en

2[2] NINO, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la practica constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 260.

3[3] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 516.

4[4] CSJN, Fallos 306:1892, *“Ponzetti de Balbín Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”*, (1984).

este concepto a todo el haz de derechos y libertades que comprenden a la expresión y a la comunicación pública de ideas y noticias.

La norma reconoce a la libertad de prensa, otorgándole un resguardo peculiar frente a la censura previa. De este modo, queda efectivamente tutelada en el marco constitucional esta libertad, sin perjuicio de la connotación política, cultural, religiosa, económica o comercial que puedan tener las ideas, tal como lo establecía el Reglamento sobre la Libertad de Imprenta de 1811.

Se trata por lo tanto, de la potestad de transmitir a los demás el pensamiento propio mediante cualquier forma de comunicación. El rol que juega en este punto la prohibición de la censura previa, será abordado *in extenso* en el siguiente título.

En segundo lugar, expresamente el artículo 32 prohíbe al Congreso Federal “(...) *dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal (...)*”.

Esta previsión fue incorporada en la primera reforma que se hizo a la Constitución Nacional en el año 1860, a instancias de la Convención de la Provincia de Buenos Aires, siendo su fuente directa la Enmienda I de la Constitución de los Estados Unidos. La modificación estuvo motivada en que “*la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo que use de ella*”^{5[5]}.

La prohibición de sancionar leyes restrictivas de la libertad de imprenta, significa que no se pueden sancionar normas jurídicas específicas y únicamente aplicables al ejercicio de la libertad de prensa y al desenvolvimiento de las empresas periodísticas. Sin perjuicio de ello, la actividad y el ejercicio de la libertad de informar, puede ser objeto de reglamentación razonable, tal como lo dispone el artículo 28 de la Ley Fundamental.

El artículo 32 contiene dos tipos de limitaciones; por un lado, la restricción a que el Congreso dicte normas que restrinjan la libertad de prensa; y por el otro, el impedimento de establecer sobre ésta la jurisdicción federal.

Este criterio puede visualizarse claramente en los primeros pronunciamientos^{6[6]} de la Corte Federal, en los que el Alto Tribunal se encargó de precisar los límites de la competencia del Congreso Nacional para dictar leyes federales, de acuerdo a lo dispuesto en la norma constitucional.

Esta norma excede el marco de los derechos individuales. La previsión del artículo 32, se funda en uno de los cimientos sobre los cuales se estructura la organización del sistema democrático constitucional.

5[5] Sexta sesión ordinaria de la Convención de Estado de Buenos Aires, 01/05/1860.

6[6] CSJN, Fallos 1:130, “*El Fiscal de la Nación c/ Argerich, Manuel G.*”, (1864); CSJN, Fallos 30:112, “*Eliseo F. Acevedo*”, (1866); CSJN, Fallos 33:228, “*Gorostiaga, Manuel c/ García Aguilera, Vicente s/ desacato cometido por la prensa*”, (1888); entre otros.

Tercero, la libertad de expresión surge aunque en forma implícita del artículo 33, por cuanto prescribe que “(...) las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

La norma reconoce que los derechos no mencionados expresamente en la Constitución, tienen igual validez que los consagrados explícitamente, siempre que se deriven de la forma republicana de gobierno y de la soberanía popular.

Sin duda, la libertad de expresión importa un claro desprendimiento de uno de los pilares fundamentales en los que descansa la República, que es el principio de publicidad de los actos estatales.

Si bien *prima facie* es formalmente una declaración que no crea derechos subjetivos para las personas, la misma ha conformado una fuente relevante en el desarrollo de los derechos y en el afianzamiento de las garantías constitucionales. Efectivamente, ha coadyuvado a delinear los límites del poder en la reglamentación de aquéllos^{7[7]}.

La transparencia y la publicidad de los actos gubernamentales son elementos determinantes del derecho de acceso a la información pública, que hoy constituye una de las condiciones necesarias para el funcionamiento adecuado de los sistemas democráticos^{8[8]}.

Esta situación ha sido recogida por el derecho, al considerar que la libertad de información es parte esencial de los derechos fundamentales. Reconocer el derecho de acceso a la información y hacer efectivo su ejercicio, es un parámetro de suma importancia al momento de evaluar el grado de transparencia del que goza una sociedad. En tal sentido, es inconcebible pensar en bajar los índices de corrupción de la actividad administrativa y de los actos de los gobernantes, si como contrapartida, no se garantiza el acceso al público para tomar conocimiento de los asuntos de la “cosa pública”.

En cuarto lugar, es importante mencionar que a partir de la reforma de 1994 se incorpora el artículo 43, tercer párrafo, *in fine*, que prescribe; “(...) no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”^{9[9]}.

El rol destacado de las fuentes de información en la tarea de investigación que realizan los periodistas, se vincula directamente con un eficaz ejercicio de la libertad de expresión.

7[7] GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 15.

8[8] BASTERRA, Marcela I. *El Derecho Fundamental de Acceso a la Información Pública*. Editorial Lexis Nexis Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 5.

9[9] Ampliar de BASTERRA, Marcela I., *Protección de Datos Personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 Comentados. Derecho Constitucional Provincial. Iberoamérica y México*. 1° ed., Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina y Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2008, p. 100/110.

Con frecuencia la posibilidad de obtener información de manera lícita por los hombres de prensa, está condicionada a la no divulgación de las fuentes que la brindan. Se trata de una de las reglas básicas en el arte del periodismo, a cuyo estricto cumplimiento está condicionada la credibilidad que pueda merecer el informador, y la posibilidad de recabar un caudal significativo e inédito de datos, a los fines de cumplir con su obligación^{10[10]}.

La libertad de prensa en la sociedad moderna tiene un papel protagónico. En el fallo "Verbitsky"^{11[11]}, el ministro Fayt en su voto expresa con claridad meridiana que, "(...) *la prensa tiene una situación estratégica en la sociedad contemporánea. Saber qué pasa, estar informado, acceder a la verdad objetiva, constituyen reclamos de nuestro tiempo. La información condiciona la existencia y las actividades de cada sociedad y la participación resulta imposible sin ella*".

También la Cámara Criminal y Correccional Federal en el precedente "Thomas Catan"^{12[12]}, interpretó que la previsión del artículo 43 de la Constitución no debe circunscribirse únicamente al ámbito de la acción de hábeas data. Por el contrario, el secreto de las fuentes de información periodística se encuentra resguardado en contextos diferentes, tal es el caso de una investigación criminal. De este modo, la protección constitucional también existe en otras situaciones, sólo que no por imperio de aquella norma sino por formar parte esencial de la libertad de informar.

Con razón, explica Gelli^{13[13]} que si bien el secreto de las fuentes de información periodística y el rechazo a las interferencias posibles sobre éstas, son funcionales a la libertad informativa; a su vez, esta última es condición necesaria para la existencia de la república democrática, ya que el alcance de la reserva del secreto se medirá en función de la preservación del sistema.

El resguardo de las fuentes no es un principio absoluto y admite razonables limitaciones establecidas por ley, o caso por caso en controversias judiciales. Distinguiendo incluso, para otorgar la protección, las fuentes del registro o bancos de informaciones periodísticas.

10[10] BADENI, Gregorio, "Secreto profesional y fuentes de la información periodística", LL, 1990-E, p. 43.

11[11] CSJN, Fallos 328:1146, "Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus", (2005). Ver Comentario de BASTERRA, Marcela I., "Procesos colectivos: La consagración del Habeas Corpus colectivo en un valioso precedente de la Corte Suprema de justicia de la Nación. El fallo Verbitsky". LL 2005-D, p. 530.

12[12] CNCrim y Corr Fed, Causa n° 19.480, "Incidente de Thomas Catan en autos n° 14.829/2002".

13[13] GELLI, María Angélica, "La libertad expresiva y el hábeas data. Los problemas de la reserva de la fuente informativa y del bloqueo de los datos periodísticos", JA 2004-II-, p. 1384.

Se trata de impedir a través de esta disposición, la virtual autocensura de todos aquéllos que tuvieren datos útiles a la función de informar e investigar que debe cumplir la prensa. Lo que podría ocurrir es que se produzca esta situación de autocensura por parte de quien teme involucrarse en un hecho que genere algún tipo de responsabilidad -civil o penal- o ser objeto de represalias, como consecuencia de haber facilitado los datos que luego la prensa hace públicos.

Sin una cláusula que garantice del secreto de las fuentes de información periodística, el ejercicio de la libertad de expresión podría tornarse en una utopía.

La función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo, supone que quienes ejercen esa profesión han de poder actuar con la más amplia libertad para informar; no obstante, tal derecho no puede ser entendido en términos absolutos.

No es ajeno al ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los recaudos que le correspondan. Es por ello que el deber de aplicar la mayor diligencia y prudencia en la obtención de la información y en el modo de divulgarla; atañe a la obligación de los medios a ser veraces, lo que deberá entenderse concebirse como la calidad propia de quien usa o practica la verdad.

El secreto de las fuentes de información, contribuye a obtener y difundir las noticias que interesan a la sociedad, ya que tanto en el ámbito privado como en el público, se generan datos que son revelados, bajo la condición expresa de preservarse la reserva de la fuente del informante^{14[14]}.

En la parte orgánica, se establece un medio de protección a la libertad de expresión. El artículo 68 dispone que *“ninguno de los miembros del Congreso puede ser acusado, interrogado judicialmente, ni molestado por las opiniones o discursos que emita desempeñando su mandato de legislador”*.

La inmunidad constitucional conferida a los miembros del Poder Legislativo, se orienta a fijar un límite preciso frente a las manifestaciones que éstos puedan efectuar en otros ámbitos, siempre que se refieran a expresiones políticas que incumben a su función.

Por último, el artículo 83 de la Constitución Nacional establece que; *“Desechado en todo o en parte un proyecto por el Poder Ejecutivo (...) tanto los nombres y fundamentos de los sufragantes, como las objeciones del Poder Ejecutivo, se publicarán inmediatamente por la prensa (...)”*.

Según el convencional Zapata *“(...) se trata de una garantía dada al país respecto de los motivos y razones que habían pesado en el ánimo de los legisladores; una garantía de haber obrado bien, puesto que cada uno lleva sobre sí la responsabilidad de sus opiniones”*^{15[15]}.

14[14] BADENI, Gregorio, *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994, p. 256.

15[15] Sesión del 29/04/1853.

Esta disposición al igual que el artículo 1º de la Constitución, determina que las normas jurídicas no pueden alterar las relaciones sociales y los derechos subjetivos, mientras que no sean publicadas oficialmente. Si bien en algunos supuestos sus efectos pueden ser retroactivos, la vigencia de ésta presupone su publicación.

La publicidad de los actos de gobierno implicará el conocimiento por parte de la sociedad, de todos los sucesos administrativos y actuaciones originados en la actividad de los funcionarios que ejercen el gobierno, en cualquiera de sus poderes y en todos los niveles de descentralización. Significa que éstos deben ser comunicados a la opinión pública, para que los ciudadanos tengan la posibilidad de tomar conocimiento de los mismos en cuanto a su gestación y contenido, para ejercer el control del poder que les compete.

La Constitución no prescribe en ninguna cláusula el secreto de Estado. En consecuencia, cualquier normativa “secreta”, siempre debe interpretarse con carácter restrictivo y por consiguiente, en caso de duda se estará a favor de la publicidad.

En consonancia, el artículo 19 de la Constitución -segundo párrafo- prevé el principio de legalidad, al expresar que *“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Justamente, si al definir la ley se la considera una norma de alcance general y obligatorio para todos los habitantes, al no darse publicidad del contenido de la misma no reviste tal carácter, dado que los destinatarios no pueden conocerla.

Las reglamentaciones deben ser publicadas por imperio constitucional. Para generar obligaciones, implícitamente resulta indefectible la difusión de las mismas; si no, no existe tal ley.

El principio de legalidad, constituye el rasgo distintivo por excelencia del Estado de derecho. Esto es, que en una organización política debe imperar la voluntad de la ley, por sobre la de los gobernantes. Es decir, que toda obligación por la cual se pretenda imponer una conducta obligatoria a los ciudadanos, será legalmente autorizada, tanto en sus alcances como en sus consecuencias.

2.a. La prohibición constitucional de la censura previa.

La prohibición de la censura previa significa que el control, examen o autorización, al que pueda someterse a cualquier expresión de ideas queda totalmente vedada, ya sea con anterioridad a su comunicación a otras personas, o que se extienda a controles que pretendan efectuarse a la circulación posterior; salvo que se trate de casos concretos que generen responsabilidades ulteriores.

La cláusula constitucional referida al género de libertades individuales, especifica que el ejercicio de la libertad de prensa debe concretarse, de conformidad con las leyes reglamentarias.

Así, se advierte que el derecho a la libre expresión de ideas u opiniones, sin perjuicio que no puede ser objeto de censura, tampoco es un derecho absoluto. Por el contrario, se trata de una libertad en la que el individuo que la ejerce abusivamente, recibirá las sanciones establecidas por la ley. La normativa no ampara la extralimitación en el ejercicio de la libertad de informar, sino su ejercicio razonable como lo prevé la Ley Fundamental y el plexo normativo concordante.

Con acierto enseña Badeni^{16[16]}, que las normas sobre libertad de prensa encuentran su límite en la prescripción del artículo 28 Constitucional. En tal sentido, la Ley Suprema descalifica a aquellas disposiciones cuando su contenido altera o desnaturaliza derechos fundamentales. En caso de duda, debe ponderarse a la libertad de expresión, en virtud del principio *in dubio pro libertate* que rige la interpretación constitucional de las libertades y garantías.

Sagüés^{17[17]} interpreta que la libertad de expresión, cuenta con una cotización prevaleciente quizá con el máximo puntaje. Si bien ésta no es una postura unánime, fue fervientemente sostenida por el constitucionalismo liberal individualista, como principio decisivo para el origen y la supervivencia del Estado de derecho y la democracia. También como un arma letal e imprescindible contra el absolutismo preexistente o cualquier totalitarismo que aparezca en el horizonte político.

Se trata de una de las bases ideológicas del Estado constitucional mismo, puesto que prácticamente no se lo concibe sin libertad de expresión y sin prohibición de censura previa.

De este modo, entiende el autor que existen distintas teorías para abordar el tema de la censura previa:

1) Teoría permisiva; para esta postura la censura judicial se presenta como "*no censura*". Es decir, como un fenómeno ajeno, cuantitativa y cualitativamente, a la censura propiamente dicha. Desde este punto de vista, la censura -en sentido estricto- sería la administrativa o legislativa provenientes del Poder Ejecutivo o por el Congreso, inspirada en razones de naturaleza política, usualmente a través de normas generales por las que se exige a los medios, o a quien quiera expresarse, previa autorización o licencia.

Cuando el Juez prohíbe anticipadamente la publicación de una idea, una exposición de arte, un film, etc., no se trata de "censura previa", sino de legítima defensa a la intimidad o al honor de una persona.

2) Teoría de admisión excepcional; para quienes adscriben a esta concepción, aún considerando que toda censura judicial tiende a ser inconstitucional, existen ciertos justificativos que permiten superar la valla prohibitiva en determinados casos. Tales

16[16] BADENI, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 480.

17[17] SAGÜÉS, Néstor P., "Censura judicial previa a la prensa. Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", LL, 2005-C, p. 1279.

excepciones se configuran cuando se trata de la tutela de un derecho humano de jerarquía superior, de las áreas exentas de la prohibición de censura, y de los medios de difusión con blindaje anticensura más tenue, entre otros.

Asimismo, ciertas posiciones provenientes del derecho civil^{18[18]} son más permisivas, por cuanto contemplan a la reprensión judicial como una herramienta que permite amparar al individuo de ciertas agresiones, a la esfera íntima o al honor de las personas. En síntesis, en esta argumentación expresa o tácitamente, se entiende que la libertad de expresión es un derecho secundario frente a la privacidad o al honor.

3) Teoría del rechazo frontal de la censura judicial; según esta corriente, la libertad de expresión se perfila como una libertad preferida o un derecho privilegiado. El fundamento liminar, tal como se ha referido anteriormente, parte de la concepción de la libertad de expresión como un derecho estratégico, vital para la funcionalidad y la supervivencia del sistema político y democrático.

Esta es la posición en la que se enrola la Corte IDH, al referirse a los límites de las restricciones que los Estados pueden establecer al ejercicio de la libertad información.

Es deber de todos los poderes estatales -por igual- respetar y garantizar el derecho a la libre expresión. Cualquier forma ilegítima de restricción a esta libertad, genera responsabilidad para los Estados partes de la Convención, sin importar qué poder las haya aplicado.

Siguiendo esta línea argumental en la sentencia "*La última tentación de Cristo*"^{19[19]}, el Tribunal sostuvo que; "*Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana (...) En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución, que establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.*"

A pesar de la prohibición de censura previa que firmemente resguarda el sistema interamericano, la única excepción aceptada es la posibilidad de reglamentar el acceso de niños y adolescentes a espectáculos públicos.

En 1988 el Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile, que en principio prohibió la exhibición de la película "*La última tentación de Cristo*"; posteriormente la recalificó, admitiendo que la misma pueda exhibirse sólo para adultos, mayores de 18 años. Si bien la resolución fue revisada por la Corte Suprema de Chile. La Corte IDH afirmó que la prohibición

18[18] RIVERA, Julio C. y MALICK, Anahí, "Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada", ED, p. 151/157.

19[19] Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, (2001), Serie C, No. 73, párrafo 72.

del *film* de referencia, había constituido censura previa y por tanto una violación del derecho a la libertad de expresión.

En este precedente la Corte termina de delinear su teoría acerca de la censura, al dejar establecido con claridad que; *“(...) el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión.”*

Sin duda, debe entenderse que cuando un ente idóneo y con competencia legal en la materia establece la prohibición de un espectáculo sólo para las personas menores de edad, no constituye *per se* un caso de censura previa. En contrario, puede válidamente interpretarse como una restricción proporcional y razonable, a favor de la protección de un derecho humano de igual jerarquía, como es el la protección integral de los niños o adolescentes.

La prohibición de censura se fundamenta en la necesidad de existencia de la libre circulación de ideas e información, para que los ciudadanos puedan formar su propio juicio y les permita adoptar decisiones y elegir libremente. En tal sentido, no sólo entra en juego el derecho de quien desea expresarse, sino también se postula el derecho de todos a conocer las ideas de los demás y cotejarlas con las propias; así como el interés del sistema democrático en la circulación fluida de la mayor cantidad de información. Es esta la posición adecuada, o al menos, la que coincide con los mejores estándares de un Estado constitucional.

3. El Derecho a la intimidad.

La Ley Fundamental otorga a esta prerrogativa una amplia tutela, principalmente en los artículos 18, 19 y 43 del texto constitucional. El artículo 19 la otorga una tutela con amplio alcance, al establecer 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 sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

El derecho a la intimidad, fue definido como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, que no puede ser invadido por terceros -ya sea que se trate de particulares o del propio Estado-, mediante intromisiones que pueden asumir diversos signos. Este derecho, requiere el respeto a las condiciones mínimas indispensables para que el hombre logre desarrollar sus aptitudes potenciales^{20[20]}.

El artículo 18 en consonancia, reasegura *“(...) la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados (...)”*, en tanto forman parte de la esfera intangible de la vida privada

20[20] EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, tº II, Op. Cit., p. 375.

que da mayor sentido a la libertad personal^{21[21]}. El precepto constituye una de las máximas garantías de la libertad individual frente al abuso del poder, imponiendo límites concretos a la potestad punitiva del Estado.

En otro orden de ideas, debe destacarse el rol preponderante que en la actualidad tiene la figura del habeas data, que específicamente fue incorporada para resguardar la intimidad de las personas frente a las nuevas tecnologías. [Esta acción fue constitucionalizada en el año 1994, en el tercer párrafo del artículo 43.](#)

Según el precepto constitucional, lo que caracteriza que un dato sea personal es la posibilidad de identificar -con alguna precisión- a la persona física o jurídica, titular de la información.

Esta contingencia es la que origina la protección, ya que a través del dato se puede llegar no sólo al individuo, sino incluso a establecer conductas y prácticas que únicamente mediando la expresa voluntad de éste pueden trascender la esfera de su intimidad^{22[22]}. Siguiendo esta línea argumental, es que puede interpretarse al derecho a la autodeterminación informativa como fundamento de la protección de los datos personales^{23[23]}.

A mayor abundamiento, cabe recordar que los instrumentos internacionales enumerados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, que adquieren jerarquía constitucional a partir 1994 amplían el ámbito de protección de este derecho. Justamente, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948^{24[24]}, en el artículo 5º dispone 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 consonancia, en los artículos 9º y 10 respectivamente establece que *“toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad del domicilio”* y *“(…) a la inviolabilidad y circulación de la correspondencia”*.

La Declaración Universal de Derechos Humanos^{25[25]} -también de 1948- en el artículo 12 prevé que *“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”*.

21[21] GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1983, p. 205.

22[22] BASTERRA, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Rubunzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2012, p. 127/131.

23[23] PIZZOLO, Calógero, "Tipología y protección de datos personales. El sistema establecido en la ley 25326 y la legislación comparada", JA 2004-II, p. 1439.

24[24] Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

25[25] Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

En similar sentido, se reconoce el derecho a la intimidad en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos^{26[26]} de 1966, en el artículo 17. Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969^{27[27]} en el artículo 11, se refiere a la protección de la honra y de la dignidad, en tanto señala que; “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*”.

En relación a esta normativa, la Corte IDH en el caso “*Tristán Donoso v. Panamá*”^{28[28]}, sostuvo que de la norma referida se desprende que el derecho a la vida privada no es absoluto; por tanto, puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias. Por ello, estas restricciones deberán; 1) estar previstas por ley, 2) perseguir un fin legítimo, y 3) considerarse necesarias para el desarrollo de una sociedad democrática.

Finalmente, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, reitera en un ámbito personal concreto como es el del menor, la protección a la privacidad en idéntico sentido a los mencionados, con la diferencia que en lugar de referirse a “toda persona” se refiere específicamente a los niños. Sobre este punto me explayaré en el apartado siguiente.

Del análisis sistematizado e integrador del plexo normativo referido al derecho fundamental a la intimidad, surgen tal como lo he señalado oportunamente^{29[29]} cuatro niveles de protección: 1) el principio de autonomía personal, 2) el derecho a la intimidad, 3) el derecho a la privacidad, y 4) el derecho a la autodeterminación informática.

El principio de autoreferencia de la persona humana es uno de los ejes del sistema de derechos individuales, y por lo tanto, del Estado constitucional de derecho que tiene como fin esencial al ser humano; a diferencia de las formas totalitarias cuyos fines son “transpersonalistas”, es decir van más allá del individuo, dado que el fin es el Estado en sí mismo.

26[26] Aprobada en Argentina por Ley Nº 23.313, publicada en B.O. del 13/04/1986.

27[27] Aprobada en Argentina por Ley Nº 23.054, publicada en B.O. del 27/03/1984.

28[28] Corte IDH, “*Caso Tristán Donoso v. Panamá*”. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, www.corteideh.or.cr.

29[29] Ampliar de BASTERRA, Marcela I., “*Derecho a la Información Vs. Derecho a la Intimidad*”, Op. Cit., p. 113 y ss. También de BASTERRA, Marcela I. “*Derechos humanos y justicia constitucional: intimidad y autonomía personal*”, p. 57/95, AAVV, *Los Derechos Humanos del Siglo XXI. La revolución inconclusa*. Coordinadores Germán J. BIDART CAMPOS y Guido RISSO, Ediar, Buenos Aires, 2005.

En relación a la segunda y tercera esfera de protección, esto es el derecho a la intimidad por un lado, y el derecho a la privacidad por el otro, corresponde aclarar que en forma genérica la doctrina usa estos dos términos como sinónimos, o al menos de manera indistinta en la mayoría de los casos.

Sin perjuicio de ello, existe entre ambos conceptos una relación de género -privacidad- a especie -intimidad-; vale decir, que lo íntimo es más “íntimo” que lo privado, y si bien se pueden utilizar como sinónimos en muchos casos, son conceptos diferentes.

Siguiendo la línea argumental referida, para conceptualizar a la privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados, y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias.

En cambio, todo individuo tiene la misma protección en relación a su intimidad. En la intimidad personal, nadie por ningún motivo o circunstancia puede tener acceso sin autorización del titular del derecho. No obstante, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un personaje público o famoso tendrá una expectativa menor que alguien anónimo o desconocido.

Esto es, que la privacidad puede tener límites en razón de las personas o del lugar. Es razonable que alguien “famoso” tenga una expectativa menor de privacidad, que alguien que completamente anónimo. Asimismo, es lógico que un individuo por desconocido que sea tenga más reducido el ámbito de privacidad en un lugar público, que en su propia casa. Expectativa que se verá severamente disminuida cuando se cumpla con la doble condición de “personaje público” y “lugar público”.

Lo que no parece proporcional es sostener que los personajes famosos o funcionarios públicos, tengan el derecho a la intimidad cercenado o alterado respecto de alguien desconocido o anónimo. Sólo tendrán limitada su expectativa de privacidad.

En efecto, el concepto de vida privada es de mayor amplitud que el de intimidad, ya que comprende todos los elementos que no queremos exponer al conocimiento de los demás, toda vez que forma parte de nuestras vidas y pretendemos mantenerlos en un ámbito de reserva. Ahora bien, dentro de esas acciones privadas existe un ámbito de mayor resguardo que solemos proteger, ya que es una parte esencial de nuestra configuración subjetiva, es aquello que se denomina “intimidad”, y por lo tanto, requiere de una tutela más estricta.

La privacidad o vida privada es todo lo que genéricamente está reservado, por ejemplo, el estado civil de una persona, si tiene o no hijos. La intimidad es aquello absolutamente vedado al conocimiento de los demás; las relaciones sexuales dentro de ese matrimonio, si el individuo en cuestión no se casó porque no pudo o no quiso, y no tuvo hijos porque tiene un impedimento físico, o simplemente no quiso ser madre o padre.

Quedan a salvo en ambos supuestos, las situaciones en que el mismo sujeto decida hacer públicos cualquiera de los aspectos pertenecientes tanto a su intimidad, como a la propia privacidad; al margen del ámbito de protección que ambos merezcan, en su calidad de derechos fundamentales.

4. Protección jurídica del derecho a la intimidad de los menores. La Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Nacional Nº 26.061.

Tal como se ha mencionado la Convención sobre los Derechos del Niño, que obtuvo jerarquía constitucional en el año 1994 de conformidad con lo prescripto en el artículo 75, inciso 22 de la Ley Suprema, tiene el propósito de reasegurar los derechos de los menores frente a cualquier acción u omisión que pueda restringirlos.

Ya desde el preámbulo el citado instrumento establece que; *"... el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

Específicamente en lo que respecta al derecho a la intimidad, el artículo 16 lo tutela expresamente, al señalar que; *"Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación"*. Agregando en el inciso 2º, que *"El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques"*.

Tampoco puede soslayarse que es la propia Convención la que determina claramente en el artículo 3.1 que; *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño"*.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el punto de inflexión en el sendero hacia el reconocimiento de los derechos humanos de la niñez. Se trata de un instrumento de vital importancia, toda vez que promueve una nueva relación entre el derecho y los niños, vínculo conocido como paradigma de la protección integral de derechos.

Lo que caracteriza a este modelo es justamente la concepción del niño como "sujeto" titular de los mismos derechos fundamentales que los adultos, más un "plus" de derechos específicos justificados por su condición de persona en desarrollo³⁰[30].

Es que en materia de minoridad el interés superior del niño debe ser el principio rector, lo que significa que el niño, como sujeto activo y autónomo, tiene derecho a una protección especial que debe prevalecer sobre cualquier otra circunstancia. Se trata de un criterio de ponderación ineludible en cualquier ámbito sea judicial o extrajudicial, donde se encuentren involucrados menores de edad.

En tal sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido en la OC Nº 17/2002³¹[31] que el interés superior del niño debe ser entendido *"como la premisa bajo la*

³⁰[30] FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, "Crónica de una ley anunciada y ansiada", LL ADLA 2005-E, p. 5809.

cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

En consonancia, nuestro Máximo Tribunal³²[32] ha enfatizado; *“(…) la regla del artículo 3.1 de la CDN que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho, de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Por lo tanto, la coincidencia entre uno y otro interés ya no será algo lógicamente necesario, sino una situación normal y regular pero contingente que, ante el conflicto, exigirá justificación puntual en cada caso concreto”.*

A su vez, afirma la Corte que ante decisiones judiciales susceptibles de causarle algún perjuicio, estas reglas hermenéuticas son las que regirán la solución del caso. Es decir que la estricta aplicación del “interés superior del niño”, debe llevar a los magistrados a extremar los recaudos para asegurar la satisfacción efectiva de los derechos de menores que resultaren conculcados (del voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay).

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece -como regla general- que toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública. Sin embargo, inmediatamente después consagra la excepción; *“en los casos en que el interés de los menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores”* (artículo 14, punto 1º). Esta normativa guarda estrecha relación con la Convención, que garantiza a los menores -en las actuaciones penales que los involucran- el respeto pleno de su vida privada en todas las fases del procedimiento (artículo 40, punto 2º, inciso b, apartado VIII).

En lo que refiere al derecho infraconstitucional interno, no puede omitirse mencionar que en el año 2005 fue sancionada la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes -Ley N° 26.06133[33]-, con el objeto de garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los mismos, según lo establece la ley, *“están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño”* (artículo 1º).

31[31] Corte IDH, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

32[32] CSJN, Fallos 328:2870, “S., C.”, (2005).

33[33] Ley N° 26.061, publicada en el B.O. del 26/10/2005.

El artículo 3º, contiene pautas hermenéuticas concretas del término "interés superior del niño", que constituye el eje fundamental del sistema de protección integral de derechos. El dispositivo legal lo conceptualiza en los siguientes términos; *“se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”*.

A su vez, enumera una serie de extremos que deben ser respetados a tal fin; estos son: 1) la condición de sujeto de derecho; 2) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; 3) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; 4) edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; 5) el equilibrio entre los derechos y garantías de los menores de edad y las exigencias del bien común; 6) su centro de vida; esto es el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Además la misma cláusula de manera categórica ordena que; *“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”*.

Por otro parte, esta norma no sólo refuerza y consolida derechos fundamentales de los niños y adolescentes, sino que además cambia radicalmente la forma de intervención cuando éstos se encuentran amenazados, a través de dos tipos de medidas que prevé la propia legislación; a) medidas de protección (artículo 3334[34]) y b) medidas excepcionales (artículo 3935[35]), dependiendo de la gravedad de la situación fáctica planteada³⁶[36].

34[34] Ley N° 26.061, artículo 33.- *“Medidas de Protección Integral de Derechos. Son aquellas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias. La amenaza o violación a que se refiere este artículo puede provenir de la acción u omisión del Estado, la Sociedad, los particulares, los padres, la familia, representantes legales, o responsables, o de la propia conducta de la niña, niño o adolescente. La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización”*.

35[35] Ley N° 26.061, artículo 39.- *“Medidas Excepcionales. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos*

El derecho a la intimidad de los menores se encuentra expresamente tutelado en el artículo 10 bajo la siguiente fórmula de redacción; *“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar. Estos derechos no pueden ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales”*.

De la plataforma normativa reseñada, se desprende claramente la protección peculiar que ostenta la esfera íntima de los menores de edad, posición que ha sido reafirmada por la jurisprudencia; como el caso que nos ocupa.

Tanto desde la perspectiva nacional como internacional, se preserva la exposición pública de los niños con el fin de evitarles futuros estigmas en su juventud y adultez. De ahí que cualquier tipo de publicación de fotos o nombres sin los cuidados respectivos, constituye una violación a la intimidad y garantías constitucionales³⁷[37].

5. El caso “S., V c/ M., D. A.”.

5.a. Los hechos.

En el fallo la parte actora, en un juicio de filiación promovido contra un famoso futbolista, solicitó y obtuvo de la juez de primera instancia una medida cautelar de abstención por parte de los medios de prensa en general, de difundir cualquier noticia y/o información que involucre a la menor –cuya filiación reclamaba–, bajo apercibimiento de multa. Esta resolución fue apelada por la agencia Diarios y Noticias -DYN-, por lo que la Cámara decide limitar la prohibición, sólo a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación; motivo por el cual la agencia interpuso recurso extraordinario. La Corte por mayoría, confirmó el decisorio sólo en lo concerniente a los datos que fueran útiles para identificar a la menor.

5.b. La sentencia.

Según el Máximo Tribunal, el foco del debate se centraba en armonizar la debida protección a la libertad de prensa y la prohibición de censura previa; con la tutela del derecho de un menor, a no ser objeto de intromisiones arbitrarias en su intimidad, conforme lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 16. Subrayó que el amparo judicial en protección del interés del menor, debe estar juiciosamente reducido a lo que resulta imprescindible para impedir una injustificada restricción a la libertad de expresión; toda vez

vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen”.

36[36] FAMÁ, María Victoria, GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y HERRERA, Marisa, “Las medidas excepcionales previstas en la ley 26.061. Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”, LL 2007-D, p. 876.

37[37] HERSALIS, Marcelo, “El derecho a la intimidad de los menores”, LLBA 2012, p. 839.

que el derecho de prensa, requiere que las limitaciones sean impuestas exclusivamente por ley, y que su interpretación sea de carácter sumamente restrictivo.

Concluyendo que la publicación en los medios de comunicación, del nombre de la menor, que en un proceso judicial reclama el reconocimiento de la filiación de su presunto padre; representa una injerencia arbitraria en su esfera íntima, incluso pudiendo causar daños irreparables.

No obstante, advirtió que la prohibición en los términos dispuestos por la Alzada, esto era que los órganos de prensa se abstengan de divulgar *“cualquier noticia vinculada a la filiación de autos”*, resultaba excesiva dado que conducía al extremo de impedir cualquier difusión relacionada con el juicio, aún cuando se limitase debidamente la propagación masiva de los datos que llevaran a su identificación.

Por ello, la Corte decide declarar procedente el recurso extraordinario, revocando con el alcance indicado la mencionada resolución. Dispuso además, que las actuaciones volvieran al juzgado de origen, a efectos de obtener el dictado de una sentencia con arreglo a las pautas establecidas.

En su voto, los jueces Moliné O'Connor y López parten de la fuerte protección que ostenta la libertad de expresión en nuestro sistema jurídico. Sin perjuicio de ello, señalan -con cita en la doctrina norteamericana- que el hecho que cualquier sistema de restricciones previas tenga una fuerte presunción de inconstitucionalidad, no implica otorgar inmunidad absoluta de estas limitaciones.

Por tanto a su criterio, lo que en el caso debía corroborarse era si se trataba de una hipótesis ante la cual el ejercicio del derecho a publicar las ideas no admite restricción. En otros términos, al estar la libertad de expresión enfrentada con el ejercicio de otro derecho con idéntico rango normativo -la intimidad de un menor-, la tarea del Tribunal consistía en determinar si la tutela preventiva judicial que se le había concedido al derecho a la intimidad estaba alcanzada por la prohibición de censura previa.

Advirtiendo por un lado, el lugar de privilegio que la Convención Americana le confiere a los derechos del niño, los que -entre otros derechos fundamentales- no pueden ser suspendidos siquiera en caso de guerra, peligro público o de otras emergencias que amenacen al Estado (artículos 27 y 19). Como también que por el otro, este instrumento *“ (...) admite la censura previa -en desmedro de la libertad de expresión- en materia de espectáculos públicos, “para la protección moral de la infancia y adolescencia”, previsión reveladora de la primacía que se reconoce a los derechos de la infancia frente a una concreta colisión con otros derechos también reconocidos”* (Considerando 17).

Razonamiento que los lleva a concluir de conformidad con el interés superior del niño, que *“Asiste razón por ello al a quo, cuando afirma que, por tratarse la actora de una persona en plena formación y carente de discernimiento para disponer de un aspecto tan íntimo de su personalidad -como el que ya había comenzado a difundirse por algunos medios periodísticos- correspondía evitar preventivamente la producción de daños que tornarían ilusoria la garantía constitucional invocada”* (Considerando 20).

Agregan a su vez, que en el caso la prevención del daño es la única medida que permite garantizar la protección judicial efectiva, ello en el entendimiento que las responsabilidades ulteriores no son idóneas para reparar eventuales agravios derivados de la divulgación de la identidad del menor, que reclama por su filiación en el pleito.

Finalmente, en relación a la prohibición de censura previa señalan que la tutela preventiva ordenada no era equiparable cualitativamente a un supuesto de censura, dado que -a su criterio- *"La intervención preventiva de los jueces -que impropiamente podría denominarse censura-, supone siempre la actuación de un órgano rodeado de las máximas garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, que resulta ajeno a los intereses en disputa, y que toma sus decisiones observando el derecho de defensa en juicio de los involucrados"*.

Los Jueces Boggiano y Vázquez que también se expidieron según su voto, con claridad meridiana apuntaron que lo que correspondía analizar era si la decisión judicial cuestionada, en aras de preservar la protección del menor en una cuestión de estricta índole familiar, vulneraba la prohibición de censura previa.

Aclararon en primer lugar, que al caso en estudio no resultaba aplicable la doctrina referida al ejercicio de la libertad de expresión cuando están involucradas personalidades públicas; que había sido invocada por el recurrente. Ello, en tanto la intromisión a la vida privada que había sido alegada, no se refiere al presunto padre que sí es una persona pública, sino en relación a la menor de quien debía resguardarse el propio interés.

En otro orden de ideas, estimaron que no podía sustraerse del caso el análisis de la ley N° 20.05638[38], en tanto prohíbe en todo el territorio de la República la difusión o publicidad por cualquier medio de sucesos referentes a menores de 18 años de edad, que se encuentren -entre otros supuestos- en peligro moral o material, a efectos de evitar que el menor pueda ser identificado, otorgándole a los jueces la facultad de autorizar la difusión cuando lo estimen conveniente.

En idéntico sentido que los demás decisorios, manifestaron que la notoriedad del presunto padre no justificaba la publicidad de una controversia que indudablemente interesa más a las partes que a la sociedad. Añadiendo que los detalles y vicisitudes del proceso pertenecen a la intimidad del niño.

Por consiguiente, mientras transcurra el proceso la información deberá aguardar, no pudiendo divulgarse. Ahora, una vez que se dicte sentencia, ésta puede trascender al público; alcanzando de esta forma la adecuada armonía que debe existir entre el derecho a la información y el de intimidad.

A mayor abundamiento, expresan que esta interpretación es acorde a los estándares de la Corte Interamericana de Derecho Humanos que afirma; *"las garantías de la libertad de*

38[38] Ley N° 20.056, *Prohibición de la difusión o publicidad de hechos referidos a menores de edad*, publicada en el B.O. del 05/04/1973.

expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas". De lo que se infiere según su argumento, que la prohibición de censura no es absoluta sino que puede ser restringida en supuestos especialísimos, como ocurre en autos (Considerando 34).

Fayt, como criterio rector de su decisorio también subraya que el canon interpretativo jurisprudencial ha sido consecuente en reconocerle al derecho de prensa en nuestro ordenamiento una posición privilegiada. No obstante, sostiene que *"(...) todo anclaje fragmentario y dogmático en la prohibición de la censura previa como única herramienta valedera en el presente caso, en primer lugar, no resulta sino de una construcción que desconoce y vacía de contenido las demás previsiones constitucionales (...) en efecto, de la prohibición de censura previa que establece nuestra Constitución, no se sigue, sin más, que otros derechos queden anulados o reducidos a meras articulaciones declamatorias"* (Considerando 10 y 11).

Por ello, considero que la sola reserva de aquellos datos que pudieran permitir la identificación de la menor, en nada obstaculiza el pleno debate público en un Estado democrático; a la vez que conjura el inconmensurable daño que podría causar a la niña la exposición de su padecer.

En disidencia se pronunciaron Belluscio y Petracchi: el primero, con un criterio diametralmente opuesto a los votos de mayoría, aseveró que *"(...) la prohibición de censura previa es absoluta en la Constitución Nacional, del mismo modo que lo es la prohibición al Congreso de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. La Constitución veda terminantemente el control previo de lo que se va a expresar por medio de la prensa, y la coordinación válida entre la libertad de hacerlo y la protección de la dignidad y de la intimidad de las personas está en la responsabilidad civil y penal de quienes, desvirtuando la libertad que la Constitución les reconoce, utilizan la prensa para cometer delitos o actos ilícitos civiles"* (Considerando 6º).

Al mismo tiempo, señala que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adopta esta postura, y sólo admite la censura previa de los espectáculos públicos *"con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2"*. Lo que significa que ni aun para esos elevados fines admite la censura impeditiva de la exhibición, la que acepta únicamente a los efectos de regular el acceso de los menores a las representaciones. Por estos argumentos decide revocar la decisión apelada.

En la misma línea de pensamiento, Petracchi expresó que *"(...) la prohibición de censurar en forma previa alcanza también a los órganos judiciales, que no pueden alzarse contra aquella invocando su facultad de dictar medidas cautelares o preventivas"* (Considerando 14).

Autorizada doctrina como Ventura³⁹[39] ha considerado acertado el criterio de la disidencia, en tanto advierten en el voto de la mayoría una grave falencia, a la que descalifica en el entendimiento que los jueces no pueden citar a favor de su criterio, ninguna norma de la

39[39] VENTURA, Adrián, "Evolución del concepto de libertad de expresión a través de los fallos de la Corte", LL 2005, p. 413.

Constitución nacional o de un tratado de derechos humanos que autorice la censura previa. Así, considera que la Corte abrió la puerta para que en futuras ocasiones se autoricen judicialmente otros casos de censura previa, que está expresamente prohibida por las normas superiores del ordenamiento nacional y supranacional.

6. Reflexiones finales.

Sin duda, la publicación de los datos concernientes a un menor de edad -en el caso una niña-, cuando aún no está comprobada la paternidad objeto del juicio de filiación, constituye una intromisión arbitraria en su intimidad y una injerencia abusiva, susceptible de generar responsabilidades ulteriores, por muy famoso que fuere el supuesto padre.

El razonamiento contrario llevaría al absurdo de considerar que la simple iniciación de un proceso judicial, convalida necesariamente la restricción del derecho a la intimidad, con la consiguiente posibilidad de exponer la situación de un menor al conocimiento público.

No puede soslayarse que a partir del año 1984 a través del precedente "*Ponzetti de Balbín*", la Corte elaboró un estándar de protección de la intimidad de las personas públicas. Ello obedece a que la libertad de expresión se encuentra en constante conflicto con el derecho a la intimidad.

Si bien el grado de protección es mayor en el supuesto de personas anónimas que en el de personajes célebres, en los que puede existir un interés social relevante que justifique la divulgación de determinados aspectos de su vida privada. No obstante, aún en esta hipótesis también existen límites, dado que en modo alguno puede válidamente negarse a un individuo el derecho a la intimidad; lo que sucede es que su condición social o su actividad política o pública, funcionan como justificativos de reducción del ámbito de privacidad.

Ciertamente, el Tribunal debía exhortar tanto a la observancia estricta de la regla de razonabilidad, como a la aplicación de un criterio restrictivo sobre el alcance y la perpetuación temporal de la medida preventiva dispuesta, a fin de restringir con el menor impacto posible la libertad de información. Así fue decidido en el voto de la mayoría, al enfatizar que la trascendencia de una garantía como la libertad de informar, demanda precisamente con miras a su preservación, que no sea utilizada para menoscabar otros derechos esenciales.

Por ello, expandir la limitación fuera de lo que constituye una indebida intromisión en la esfera íntima de la menor, excedería la tutela que requiere la intimidad, e importaría lisa y llanamente una forma encubierta de censura previa. Si bien esta premisa es verdadera, no lo es menos que dentro de esos límites genuinos la prohibición funciona como la herramienta idónea para evitar un daño irreparable.

La misión cardinal de la Justicia es contribuir a la concreción del debido respeto a los derechos fundamentales que tienen garantizado amparo constitucional. En consecuencia, es deber de

los jueces preservar el bien jurídico protegido; en el caso concreto, el derecho a la intimidad que no es subalterno ni secundario frente a la libertad de información⁴⁰[40].

El criterio que adecuadamente sigue la Corte, demuestra que vivir en una sociedad democrática implica un amplio espacio para el disfrute de los derechos, y en contraposición, un mismo grado de respeto y responsabilidad para permitir el ejercicio de los derechos del otro, máxime cuando ese otro es una persona menor de edad⁴¹[41].

En efecto, el pluralismo de libertades individuales que consagra la Ley Fundamental, impone la necesidad de armonizarlas para evitar que el ejercicio de alguna de éstas implique la negación de otras. El principio constitucional que establece la existencia de libertades individuales, se extiende -lógicamente- a la libertad de intimidad.

Por “preferida” que sea la libertad de expresión, en la dimensión individual tiene igual jerarquía que las demás libertades constitucionales. Todas ellas son especie de un género único; la libertad. De modo que el reconocimiento del derecho a la intimidad como limitante, no puede conducir al exceso de anular otras libertades constitucionales, ni tampoco el ejercicio de cualquiera de estas últimas puede llevar al cercenamiento liso y llano de la intimidad.

En definitiva, se trata de la búsqueda del equilibrio, no es posible sostener una posición en extremo purista con relación a la libertad de expresión e información y a la privacidad. Los extremos son funcionales entre sí, y disfuncionales para un sistema valorativo que termina colapsando.

Como lo ha expresado la Corte Suprema, no hay derechos absolutos. La misma noción de absoluto atenta contra la de derecho. Entonces, nuevamente habrá que realizar un examen del tipo *balancing test*, a efectos de poder determinar dónde se encuentran establecidos los límites de cada derecho en juego.

⁴⁰[40] MORELLO, Augusto M., “Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial preventiva en resguardo del derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa”, LL 2002-A, p. 754.

⁴¹[41] BEDROSSIAN, Gabriel, “La libertad de expresión de los medios periodísticos y el derecho a la intimidad de los menores”, LL 2001-F, p. 232.