

DELIA MATILDE FERREIRA RUBIO

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 1071 BIS DEL CÓDIGO CIVIL

A LA LUZ DE LA DOCTRINA, LA LEGISLACIÓN COMPARADA
Y LA JURISPRUDENCIA



BUENOS AIRES
1982

PARTE SEGUNDA

Preliminar	95
------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO

EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO POR EL
ARTICULO 1071 BIS

I. La vida privada. Concepto y caracterización	99
a) La veracidad de los hechos	102
b) Los hechos deben ser desconocidos	104
c) El conocimiento o difusión de los hechos debe ser virtualmente dañoso	104
II. Algunos aspectos que quedan comprendidos en la órbita de la vida privada	105
a) La salud	106
b) La situación económica	107
c) Filiación y demás relaciones de parentesco	108
d) Otras situaciones protegidas	108
III. Los actos y hechos desarrollados en lugares públicos	109
IV. Variaciones en el contenido de la categoría de la intimidad según los titulares del derecho	112
V. Diferencias entre el derecho a la intimidad y otros derechos de la personalidad	113
a) Vida privada e imagen	115
b) Vida privada y voz	118
c) Vida privada y honor	119
d) Vida privada y nombre	121

CAPÍTULO SEGUNDO

ATENTADOS CONTRA LA INTIMIDAD

Sección primera

I. Distintas posibilidades	123
a) Ataque por difusión	123
b) Ataque por conocimiento	124
c) Tesis mixta	125

PRELIMINAR

La incorporación de la norma destinada a proteger específicamente el derecho a la intimidad sufrió en su proceso legislativo una serie de vicisitudes, hasta la consagración definitiva del art. 1071 bis. No nos detendremos en el estudio de los problemas técnico-constitucionales y parlamentarios que suscitó la sanción de la ley 20.889, pues excederíamos los límites del presente ensayo ¹¹⁴.

Señalemos, sí, los diversos textos y ubicaciones que se atribuyeron a la norma en las distintas etapas. El proyecto presentado a la Cámara de Diputados y aprobado por la respectiva comisión disponía incorporar al Código Civil, como art. 32 bis, el siguiente texto:

"Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indem-

¹¹⁴ Sobre el particular pueden verse, entre otros, los siguientes trabajos: Guastavino, Elías: ob. cit. en nota 110; Rocca, Ival: ob. cit. en nota 110; Risolia, Marco Aurelio: *A propósito de la protección jurídica de la intimidad*. Una cuestión previa, publicado en "E.D.", 58-599; Sagüés, Héctor Pedro: *Un problema de Derecho parlamentario (la tramitación de la ley 20.889)*, publicado en "L.L.", 1975-C-655; Risolia, Marco A., en un interesante estudio analiza la validez temporal de la ley 20.889: *Sobre la derogación de un texto que no pudo ser ley y el alcance del art. 1071 bis del Código Civil*, publicado en "L.L.", 1977-B-279.

nizar al agraviado. Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas dos sanciones".

El texto votado por la Cámara disponía incorporar, como art. 51 bis, el siguiente texto:

"Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que por cualquier medio se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actitudes y a indemnizar al agraviado. Los tribunales, con arreglo a las circunstancias del caso, aplicarán razonablemente estas dos sanciones".

Como se advierte, en el texto que recibe la aprobación de Diputados se ha modificado la ubicación de la norma que será colocada después del art. 51, con lo cual —sin duda— se mejoraba el criterio propuesto originariamente. La otra alteración producida es la supresión de la frase "sin dolo, ni culpa"¹¹⁶.

Por un error, la Cámara de Diputados remite a Senadores el proyecto original como si hubiera recibido la media sanción correspondiente. En el Senado se aprueba dicho proyecto y el Poder Ejecutivo promulga la ley 20.889 que introduce en la normativa del Código Civil el art. 32 bis.

Posteriormente y para sanear los defectos de origen de la mencionada disposición, en 1975 se sanciona y promulga la ley 21.173 que deroga a la anterior e incorpora al Código, como art. 1071 bis, el siguiente texto:

"El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren ce-

¹¹⁶ Volveremos sobre el punto en el Capítulo Segundo, Secc. I y II.

sado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

El dispositivo consagrado por la ley 21.173 presenta varias modificaciones con respecto a los proyectos y "leyes" anteriores. Además, es menester señalar que el proyecto presentado en mayo de 1975 también sufrió algunas modificaciones antes de su aprobación en la Cámara de Diputados. La segunda propuesta del diputado Tróccoli, que tenía su fuente en la fórmula pergeñada por Orgaz, propiciaba la incorporación del siguiente texto, como art. 1090 bis.:

"El que arbitrariamente, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubiesen cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

La Comisión que estudió el proyecto en la Cámara baja suprimió la frase "sin dolo ni culpa" y alteró la ubicación propuesta para el artículo, sin que se brindara explicación de tal proceder.

CAPÍTULO PRIMERO

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO POR EL ARTÍCULO 1071 BIS

I. LA VIDA PRIVADA. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN.

A primera vista el art. 1071 bis de nuestro Código protege la "vida ajena", sin embargo la misma norma aclara luego que se refiere a la "intimidad"; ambos conceptos deben coordinarse. El bien jurídico tutelado es la vida ajena en lo que hace a su aspecto privado; en este sentido diremos que el legislador ha utilizado la expresión "intimidad" en sentido amplio. No todos los hechos que conforman la vida de otras personas quedarán amparados por la disposición legal, sino sólo aquellos que se tipifiquen como pertenecientes al ámbito de reserva de la existencia de cada individuo.

Ya en la Parte Primera del presente ensayo nos referimos al concepto de vida privada¹¹⁶; dijimos allí que hay dos posibilidades para definir la vida privada, una negativa y la otra positiva, y dentro de esta última distinguimos, a su vez, la definición por vía de enumeraciones y la que consiste en la formulación de un concepto global. Entendemos que la utilización de fórmulas generales y flexibles es el camino más apropiado a

¹¹⁶ Ver Capítulo Segundo de la Parte Primera.

seguir cuando se tiene como meta la definición de la vida privada, por la variabilidad de su contenido y por la imposibilidad de fijar en forma más o menos unánime aquellos factores que se considerarán incluidos.

Los autores argentinos, en su mayoría, han seguido este expediente, sin perjuicio de brindar también listas de los aspectos que quedarían comprendidos en la fórmula.

En opinión de Goldenberg, este derecho comprende las facultades tendientes a proteger la "intimidad, es decir, aquella parte de su existencia no comunicable"¹¹⁷. ¿Qué es, pues, la parte no comunicable de la existencia? El mismo autor menciona —a título ejemplificativo— las "cualidades, defectos, enfermedades, estados psíquicos, inclinaciones, hábitos, relaciones íntimas, flaquezas, miserias humanas, etc..."¹¹⁸.

Para Cifuentes el art. 1071 bis protege "uno de los planos de la persona (que) se proyecta sobre asuntos que naturalmente mantiene en reserva, que desea ocultar a los demás, y que no importa más que el reducto intransferible de la soledad"¹¹⁹.

Orgaz se remite a lo que describe el Diccionario como vida íntima, afirmando que el derecho a la intimidad es el que corresponde a "toda persona humana a que sea respetada su vida privada, familiar, el derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la «zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia»"¹²⁰. Si bien la definición

¹¹⁷ Goldenberg, Isidoro: *La tutela jurídica de la vida privada*, publicado en "L.L.", 1976-A-576, en especial p. 581.

¹¹⁸ Ídem nota anterior.

¹¹⁹ Cifuentes, Santos: *El derecho a la intimidad*, publicado en "E.D.", 57-831, en especial, p. 834.

¹²⁰ Orgaz, Alfredo: *La ley sobre intimidad*, publicado en "E.D.", 60-927, en especial, p. 928.

parece aceptable, no compartimos el criterio de Orgaz cuando, analizando el tema, sostiene que los daños a la intimidad son hechos de escasa gravedad que "solamente afectan a valores morales de la vida doméstica o de la debida cortesía..."¹²¹. La vida íntima de una persona es un bien sumamente importante y de su respeto depende el pleno desarrollo de una personalidad armónica; no vemos, entonces, cómo puede afirmarse —sin desenfado— que los valores afectados son intereses menores. A pesar de lo erróneo del enfoque, ha sido consagrado por algunos fallos de nuestros tribunales¹²².

La protección de la vida privada no atañe a la consagración legislativa de las normas de cortesía y urbanidad como parece sugerir Orgaz, sino que implica el reconocimiento positivo de uno de los valores esenciales de la personalidad. Posiblemente la posición del autor mencionado tenga su origen en la tesis que sustenta con relación a los derechos de la personalidad¹²³.

Merece destacarse la opinión de Guastavino en el sentido de que "no se tutela un recinto de egoísmos individuales sino modalidades de la vida, donde las fuerzas propias se apaciguan de los conflictos generados por la vida colectiva y se nutren para ser útiles a la sociedad"¹²⁴. Se advierte en este pensamiento una clara coincidencia con el sentir de Ortega y Gasset en cuanto

¹²¹ Ídem nota anterior. El subrayado es nuestro.

¹²² "S. C., F. c. B., R. y otra", C. Nac. Civ., sala D, 31 de diciembre de 1976, publicado en "L.L.", 1977-B-282; "E.D.", 72-218; "J.A.", 1978-III-283. En igual sentido: "F. J. E. c. S. P. G.", C. Nac. Civ., Sala A, 27 de abril de 1978, fallo N° 28.509, publicado en "J.A.", 1979-II-740.

¹²³ Orgaz se inclina por la tesis negativa. Ver Orgaz, Alfredo: *Personas individuales*, Depalma, Bs. As., 1946.

¹²⁴ Así lo manifestó en la investigación conjunta que se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad del Litoral, citado por Mosset Iturraspe, Jorge: *El derecho a la intimidad* (art. 32 bis del Código Civil), publicado en "J.A.", Doc-1975-404, en especial nota 3.

a la relevancia y trascendencia de la intimidad para el desarrollo de la personalidad. Se pone así de manifiesto que el derecho a la reserva de la vida privada no protege aspectos menores sino de gran importancia.

Nosotros entendemos que vida privada es el conjunto de datos, hechos o situaciones reales, desconocidos para la comunidad y reservados al conocimiento, bien del sujeto mismo, bien de un grupo reducido de personas, cuya divulgación o conocimiento por otros traiga aparejado algún daño ¹²⁵.

a) *La veracidad de los hechos.*

Los hechos o situaciones comprendidos son verdaderos, reflejan la realidad de la existencia del individuo agraviado ¹²⁶.

La doctrina no es unánime en este punto; así —por ejemplo— Goldenberg estima que los estados psíquicos, hábitos, relaciones íntimas, etc., conforman aspectos de la vida privada “independientemente de la veracidad de tales particularidades” ¹²⁷. Por su parte, Mosset Iturraspe afirma que “la intimidad se viola tanto con la verdad como con la mentira” ¹²⁸.

¿Por qué exigimos la veracidad de los hechos? Porque sólo en lo real podría entrometerse alguien. Si el atentado a la intimidad consiste en un “entrometimiento” es menester algo en que realizar dicha acción,

¹²⁵ Ver Capítulo Segundo de esta Parte.

¹²⁶ Conf. Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 77; Wagner, Wienczyslaw: *Le droit à l'intimité aux États-Unis*, publicado en “Revue Internationale de Droit Comparé”, 1965, n° 2, p. 365 y ss., en especial, p. 373.

¹²⁷ Goldenberg, Isidoro: ob. cit. en nota 117, p. 581.

¹²⁸ Mosset Iturraspe, Jorge: *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 1980, t. I, capítulo titulado “Entre la intimidad y la comida”, p. 106.

un objeto real existente y no un mero mundo de fantasía que inventa el mismo que pretende “inmiscuirse en lo que no le toca” ¹²⁹. Inmiscuirse es “tomar parte en un asunto o negocio, especialmente cuando no hay razón o autoridad para ello” ¹³⁰, debe existir realmente un asunto o negocio que es violado.

La exigencia de veracidad tiene suma importancia en muchos aspectos del tema en estudio. En primer lugar, es uno de los elementos a considerar cuando se hace la distinción entre el bien jurídico “vida privada” y el “honor”, como veremos al final de este capítulo. Además determinará la inoperancia de alguna de las medidas propuestas para obtener la debida reparación del perjuicio ¹³¹.

La veracidad de los hechos conocidos o revelados eliminará asimismo del campo de posibles agresiones una serie de conductas que consisten en atribuir hechos falsos a la víctima. Por ejemplo, el montaje fotográfico no constituye en este sentido un medio de ataque a la intimidad, sin perjuicio de que pueda configurar ataque a otros derechos de la personalidad ¹³².

El requisito de la veracidad explica también la razón para negar al atacante la posibilidad de excusar su responsabilidad esgrimiendo la *exceptio veritatis*; mal podría aducir la *exceptio veritatis* si la conducta reprobada es precisamente el tomar conocimiento o difundir una verdad oculta ^{132 bis}.

¹²⁹ Diccionario de la Real Academia Española, 19ª ed., 1970, voz “entrometerse”.

¹³⁰ Ídem nota anterior, voz “inmiscuirse”.

¹³¹ Ver Capítulo Cuarto, Secc. II, Apartado II, punto b de esta Parte.

¹³² En este sentido, Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 99.

^{132 bis} Sobre la imposibilidad de esgrimir la *exceptio veritatis*, ver los autores citados en nota 168; también debe recordarse lo dispuesto por la ordenanza del 6 de mayo de 1944 que introdujo a la ley de prensa francesa una

b) *Los hechos deben ser desconocidos.*

El carácter secreto u oculto de los datos y situaciones protegidos es elemental. Si la comunidad conociera dichos aspectos, la difusión o el conocimiento jamás constituirían atentados contra la intimidad.

Debemos hacer en este punto una distinción. Quedan comprendidos en la protección legal tanto los hechos, datos y situaciones que son absolutamente desconocidos para todos, con la sola salvedad de la persona involucrada, como aquellos que permanecen reservados a un grupo reducido de personas (los familiares, los amigos íntimos, los confesores, etc.).

El hecho de que un grupo reducido de personas conozca aspectos de la vida privada de otra no le quita a dichos datos el carácter de reservados y protegidos por el derecho a la intimidad¹³³. En este punto la doctrina es unánime.

c) *El conocimiento o difusión de los hechos debe ser virtualmente dañoso.*

Debe tratarse de hechos o situaciones cuyo desenvolvimiento pueda producir daño en la víctima. El daño que puede ser moral o patrimonial originará sumado a otros factores, la obligación de reparar.

Vimos en el capítulo segundo de la Parte Primera que algunos autores exigen la "posibilidad de que el

regla según la cual la veracidad de los hechos podía ser argüida y probada "salvo en aquellos casos en que la imputación concierne a la vida privada de la persona". Texto citado textualmente por Lindon, Raymond: ob. cit. en nota 19, p. 12. La traducción es nuestra. Véase, asimismo, Wagner, Wierslaw: ob. cit. en nota 126, lug. cit.

¹³³ Conf. Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 50. En sentido similar, Cifuentes, Santos: ob. cit. en nota 119, p. 932.

conocimiento o difusión de estos hechos produzca turbación moral". Reiteramos que el ataque a la intimidad no genera exclusivamente daños morales, sino que en muchos casos trae aparejados perjuicios patrimoniales.

No es necesario que se trate de hechos o datos tristes, dolorosos o adversos. Afortunadamente nuestra vida privada se conforma de alegrías y tristezas y no sólo de estas últimas. Ambos aspectos quedan protegidos¹³⁴.

Generalmente será la violación de la intimidad por vía del descubrimiento de aspectos adversos de la vida privada lo que motivará el reclamo de las víctimas, por que el daño es mayor en estos casos que cuando se develan hechos gratos. Pero ello no significa que el descubrimiento y difusión de facetas reservadas y agradables de la persona no constituyan también ataques a la vida privada.

II. *ALGUNOS ASPECTOS QUE QUEDAN COMPRENDIDOS EN LA ÓRBITA DE LA VIDA PRIVADA.*

Consagrada una fórmula general y flexible, considerará a la jurisprudencia determinar en cada caso qué aspectos de la vida de una persona están protegidos. Ya dijimos que no somos partidarios de las enumeraciones en esta materia, pues el concepto de vida privada es proteico y variable. Sólo a título de ejemplo mencionaremos ahora algunos de los rasgos de la vida de una persona que pueden quedar incluidos en el concepto.

¹³⁴ Conf. Cifuentes, Santos: ob. cit. en nota 119, p. 932.

a) *La salud.*

El estado de salud de una persona integra aquel espectro de hechos reservados al conocimiento de la propia persona o de un círculo reducido. Comparten este criterio, entre otros, Novoa Monreal¹³⁵, Cifuentes¹³⁶, Goldenberg¹³⁷, Vandenberghe¹³⁸. También la jurisprudencia extranjera se ha referido al tema¹³⁹.

Entre las legislaciones extranjeras mencionan expresamente la salud, los códigos de Checoslovaquia (art. 11) y Polonia (art. 23)¹⁴⁰.

El secreto profesional en el caso de los médicos atiende precisamente a la protección de la reserva que corresponde a los datos de la salud de las personas.

Si la salud es uno de los datos que merecen el amparo del derecho a la intimidad, de allí surge la ilegitimidad de los exámenes obligatorios de salud física y mental a que las organizaciones estatales y privadas someten a los individuos¹⁴¹. Si bien éste es el principio general, habrá circunstancias que justifiquen la obligatoriedad de tales exámenes; puede tratarse de la defensa de la salud pública o bien de la organización de sistemas de medicina social. Al respecto afirma Juvig-

¹³⁵ Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 45.

¹³⁶ Cifuentes, Santos: ob. cit. en nota 119, p. 837.

¹³⁷ Goldenberg, Isidoro: ob. y lug. cit. en nota 117.

¹³⁸ Vandenberghe, Hugo: *Rechtskundig Weekblad*, citado por Velu, Jacques: ob. cit. en nota 15, p. 33, nota 89.

¹³⁹ Sentencia del Tribunal de París del 13 de marzo de 1965, en autos "Anne Philippe c. France Editions Publications"; en igual sentido, la decisión que sobre el mismo caso dictó la Corte de Casación de fecha 12 de julio de 1966, citado y reproducido parcialmente por Lindon, Raymond: ob. cit. en nota 19, p. 23; Urabayen, Miguel: ob. cit. en nota 14, p. 193 a 196; Malherbe, Jean: ob. cit. en nota 93, p. 4 y ss.

¹⁴⁰ Ver Apéndice Legislativo.

¹⁴¹ Conf. Velu, Jacques: ob. cit. en nota 15, p. 37; Conferencia de Juristas Nórdicos, conclusiones.

ny que "la historia médica de una persona ha sido considerada durante siglos, en algunos países como parte de la vida privada. Sin embargo, la medicina socializada y la seguridad social no pueden organizarse sin que la maquinaria administrativa requiera de los individuos la revelación de su estado de salud y de los cambios que en él se produzcan"¹⁴². El criterio que sustentamos ha tenido consagración legislativa en el art. 20 del Código Civil de Etiopía^{142 bis}.

b) *La situación económica.*

Como ya adelantamos, la doctrina no es unánime en cuanto a la inclusión de la situación económica en el marco de protección de la vida privada. Se pronuncia por la afirmativa Lindon, al tiempo que Novoa Monreal sostiene la posición contraria¹⁴³.

Nosotros estimamos que la situación patrimonial forma parte de las situaciones amparadas por la reserva de la intimidad. Al respecto resultará interesante mencionar que el noventa por ciento de las personas que consultamos al respecto, sostuvo que los datos relativos a su patrimonio e ingresos formaban parte de aquella esfera que creían tener derecho a mantener reservada.

También en esta hipótesis habrá que reconocer algunas limitaciones impuestas por intereses superiores. Las intromisiones autorizadas podrán provenir del Estado (declaraciones previas a la liquidación de impuestos), o bien de particulares (investigaciones que realizan las entidades de crédito antes de conceder un préstamo).

¹⁴² Juvigny, Pierre: ob. cit. en nota 52, p. 137. La traducción es nuestra.

^{142 bis} Ver texto en Apéndice Legislativo. En igual sentido, art. 6 del Anteproyecto de reforma al C.C. francés.

¹⁴³ Ver Capítulo Segundo de la Parte Primera, en especial nota 34.

c) *Filiación y demás relaciones de parentesco.*

Es indudable que el origen familiar de una persona integra ese cúmulo de datos inherentes a la vida privada. Nuestra legislación lo ha reconocido expresamente; por ejemplo, al disponer que "el Registro Civil expedirá únicamente certificados de nacimiento que sean redactados en forma que no resulte si la persona ha sido o no concebida durante el matrimonio" (art. 5 de la ley 14.367).

Dado que el derecho a la intimidad —como todos los derechos— no es absoluto sino que reconoce limitaciones, también en este caso debemos señalar que la reserva sobre la filiación o parentesco cede cuando se trata de distribuir el haber hereditario, supuesto en que resulta indispensable saber si se trata de hijos matrimoniales o extramatrimoniales.

Los matrimonios, divorcios, separaciones, también están protegidos por la reserva de la intimidad. Así cuando se publican sentencias referidas a estos asuntos se utilizan —o así debería hacerse— las iniciales de las partes para no atentar contra el secreto de tales situaciones. Ya mencionamos en la Parte Primera otros supuestos de normas del ordenamiento argentino del Derecho de Familia que tienden a la protección de la reserva ^{148 bis}.

d) *Otras situaciones protegidas.*

Sería imposible realizar una enumeración comprensiva de todos los datos, hechos y situaciones que comprende el concepto de vida privada. Además de los

^{148 bis} Ver Capítulo Cuarto, Apartado IV.

mencionados en los acápites anteriores, cabe agregar los relativos a los sentimientos, pensamientos, creencias, hábitos, amistades, etc.

No creemos que lo relativo a los entretenimientos y a la vida profesional de la persona quede sumergido en el ámbito de reserva; sin embargo, sobre el particular no hay unidad de criterio ¹⁴⁴.

III. LOS ACTOS Y HECHOS DESARROLLADOS EN LUGARES PÚBLICOS.

El criterio que sustentamos al definir la vida privada no hace referencia al ámbito físico en que se desarrollan las actividades.

Estimamos que el lugar donde se llevan a cabo las conductas no es esencial para determinar si se trata de vida privada o vida pública, caracterización que depende de la naturaleza intrínseca de los hechos. Sin embargo, el ambiente que sirve de marco al acto será un factor a tener en cuenta en cada caso concreto.

Una parte de la doctrina entiende que cualquier hecho desarrollado en un lugar público pierde *ipso facto* su carácter de reservado y queda abierto a la legítima intromisión de terceros, quienes podrán observar y difundir lo que en tales condiciones ocurre ¹⁴⁵. Así lo decidió la Cámara Nacional Civil, sala D ¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Sobre la actividad profesional, ver nota 35. En lo relativo a los entretenimientos ver notas 33 y 33 bis.

¹⁴⁵ Beaucourt, Daniel: *The protection of privacy: the need for protection and its limits*, comunicación al III Coloquio Internacional sobre la Convención Europea de Derechos Humanos, edición en francés. En igual sentido Lindon, Raymond: ob. cit. en nota 19, p. 30; afirma allí el autor que "La calle es de todo el mundo"; puede verse la opinión coincidente de Vêlu, Jacques: ob. cit. en nota 15, p. 38.

¹⁴⁶ "P. M. c. G. Hnos. y otros", C. Nac. Civ., sala D, 24 de noviembre de 1975, publicado en "J.A.", 1976-III-316, fallo N° 25.523.

Novoa Monreal, por su parte, estima —con acierto— que la regla que antecede puede constituir el principio general, principio que no debe aplicarse en forma indiscriminada. "No pensamos que esos hechos pierdan su calidad de privados por el solo hecho del lugar en que son ejecutados, si los interesados adoptaron precauciones normales para que otros no se impusieran de ellos"¹⁴⁷.

Si las circunstancias en que se desarrollan los hechos hacen presumir razonablemente que nadie tiene posibilidad de entrometerse, dichos hechos quedarán protegidos. Por ejemplo, dos personas se reúnen en el Parque Zoológico luego de la hora de visita al público, de noche, y en una zona abandonada; si en tales circunstancias alguien se impone o difunde las conductas así ejecutadas estará atentando contra la intimidad.

El problema plantea particular interés cuando se trata de la obtención de imágenes como vía para atacar la vida privada. Como diremos en el último apartado del presente capítulo, estimamos que la imagen constituye un bien jurídico autónomo, un derecho distinto del de la vida privada; no obstante lo cual la imagen puede ser la vía elegida para cometer un atentado contra la intimidad.

¿Se actúa ilegítimamente cuando se toman imágenes —fotográficas o filmicas— en lugares públicos? La ley 11.723, que regula la Propiedad Intelectual y que desde ese punto de vista se ocupa de la imagen como derecho autónomo, dispone en su art. 31 que "es libre la publicación del retrato cuando se relacione con... hechos o acontecimientos... que se hubieran desarrollado en público". Según esta norma el derecho a la

¹⁴⁷ Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 203.

imagen desaparece cuando ésta ha sido tomada en lugares públicos, con lo cual la solución adoptada se asemejaría a la primera postura doctrinaria.

Sin embargo, cuando mediante la imagen se atenta contra la intimidad, la protección no desaparece aunque el hecho se ejecute en un lugar público¹⁴⁸.

Con la voz sucede algo distinto, ya que, por lo general, la voz es el instrumento utilizado para realizar una comunicación interpersonal aunque se desarrolle la conversación en un lugar público. De manera que en materia de atentado a la intimidad por medio de la captación de la voz la regla general será que la tutela continúa en toda su amplitud aun cuando la charla se lleve a cabo en un lugar público¹⁴⁹.

Resumiendo, la conducta ejecutada en lugares públicos gozará de la protección a la intimidad cuando según las particulares condiciones en que se lleve a término pueda presumirse ciertamente la ausencia de terceros ajenos.

La tesis mayoritaria que sostiene la posición contraria, se basa en la existencia de un consentimiento tácito para la intrusión de terceros; "la sola circunstancia de haber ocurrido en público, cualquiera sea la categoría del hecho, basta a la ley para autorizar la difusión, pues se presume que quienes participan han renunciado a la reserva"¹⁵⁰.

Estimamos que la renuncia no puede presumirse en esta hipótesis siempre que la voluntad de las personas

¹⁴⁸ Conf. Rivera, Julio: *Derecho a la intimidad*, publicado en "L.L.", 1980-D-912, en especial, p. 920; Carranza, Jorge: ob. cit. en nota 2, p. 66.

¹⁴⁹ Conf. Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 202.

¹⁵⁰ Lipzyck, Della: *Creación artística y derecho a la intimidad*, publicado en "E.D.", 58-745.

haya sido sustraer los hechos al conocimiento de extraños, y que verosímilmente hayan creído lograrlo.

El consentimiento sí puede presumirse cuando las personas intervienen o participan en acontecimientos de interés público que se realizan en lugares de la misma categoría. Sería el caso de quien asiste a un *meeting* político celebrado en un paseo público o en un estadio o simplemente en la calle¹⁵¹.

IV. VARIACIONES EN EL CONTENIDO DE LA CATEGORÍA DE LA INTIMIDAD SEGÚN LOS TITULARES DEL DERECHO.

Recalamos oportunamente la relatividad del contenido del término vida privada, relatividad que se produce en vista de múltiples situaciones. En primer lugar el conjunto de datos, hechos y conductas protegido por la reserva de la vida privada se modifica de acuerdo a las circunstancias sociales y culturales de una comunidad determinada.

Además de esta variación general, dentro de la misma sociedad y en el mismo momento histórico hay otros factores que contribuyen a modificar o alterar para hipótesis concretas el contenido de la vida privada, o bien excluyen de la protección a ciertas conductas que forman parte de la vida privada.

Estas modificaciones se producen teniendo en cuenta a los sujetos titulares del derecho. Así en el caso de las personas jurídicas el contenido que se adscriba a la categoría de vida privada obviamente no podrá incluir los sentimientos o los hábitos, pero inclui-

¹⁵¹ Conf. Nova Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 203.

rá, en cambio, las decisiones y deliberaciones de los órganos de la entidad, o las relaciones que mantenga esa determinada persona jurídica con otras de la misma naturaleza o bien con personas físicas.

El otro supuesto en que se produce una alteración en el contenido de la vida privada es el que se plantea con relación a los personajes. Pensamos que en este caso se produce una disminución del umbral de privacidad protegido, lo que hace que hechos y conductas que en esencia son de naturaleza privada queden excluidos de la tutela acordada y, por consiguiente, abiertos a la penetración de los demás. Resaltamos, sin embargo, que no desaparece por completo la protección; solamente disminuye.

Volveremos con detenimiento sobre estos dos aspectos en el capítulo dedicado a los titulares del derecho.

V. DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y OTROS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

Los autores, por lo general, confunden el derecho a la intimidad con otros derechos de la personalidad, especialmente con el derecho a la imagen, al honor y al nombre.

Mosset Iturraspe entiende que "el derecho a la imagen y el derecho a la voz ... constituyen manifestaciones del derecho a la intimidad"¹⁵². Otro autor considera a la imagen como "manifestación del derecho más amplio a la propia intimidad"¹⁵³. También Carranza sostiene que el derecho a la imagen no es sino una

¹⁵² Mosset Iturraspe, Jorge: ob. cit. en nota 110, p. 346.

¹⁵³ Oneto, Tomás: *La violación del derecho a la intimidad como acto abusivo*, publicado en "L.L.", 1978-B-935, en especial, p. 938.

especie dentro del género formado por el derecho a la vida privada¹⁶⁴. Luis Moisset de Espanés sostuvo, en sus observaciones presentadas al Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil, que al legislar sobre la materia de los derechos personalísimos deben tenerse en cuenta, entre otros, "los derechos a la esfera reservada de la vida, o intimidad, entre los cuales puede mencionarse, el derecho a la propia imagen..."¹⁶⁵. Zannoni menciona como intereses jurídicos incluidos en la esfera privada el derecho a la imagen, el derecho al secreto de su vida particular y la libertad de conciencia^{165 bis}. Algunos autores van todavía más lejos e incluyen como partes del derecho a la intimidad, el honor, la imagen, el nombre, la correspondencia¹⁶⁶. En el Derecho Comparado pueden verse las obras de Castán¹⁶⁷, Lindón¹⁶⁸, Malherbe¹⁶⁹ y otros¹⁶⁰.

La tesis minoritaria, que consideramos es la acertada, distingue entre el derecho a la reserva de la vida privada y los otros derechos de la personalidad. Claramente se enrollan en esta postura Novoa Monreal¹⁶¹ y —entre nosotros— Cifuentes¹⁶². El reconocer naturaleza diversa a estos derechos no significa negar la in-

¹⁶⁴ Carranza, Jorge: ob. cit. en nota 2, p. 41 y ss. y p. 64.

¹⁶⁵ Moisset de Espanés, Luis: *Actas del Cuarto Congreso...*, cit. en nota 112, t. I, p. 100.

^{165 bis} Zannoni, Eduardo: al tratar de los daños a la intimidad en una obra general sobre Daños que está en preparación. Agradecemos al autor por habernos facilitado los originales de su libro. Ver *El daño en la responsabilidad*, Astrea, Bs. As., 1982; § 101, p. 317 y ss.

¹⁶⁶ Rivera, Julio: ob. cit. en nota 148.

¹⁶⁷ Castán Tobeñas, José: ob. cit. en nota 94.

¹⁶⁸ Lindón, Raymond: ob. cit. en nota 19, p. 16.

¹⁶⁹ Malherbe, Jean: ob. cit. en nota 93.

¹⁶⁰ También Velu, Jacques: ob. cit. en nota 15; Orgaz, Alfredo: ob. cit. en nota 123; Díaz Molina, Iván: *El derecho a la vida privada*, publicado en "L.L.", 126-981 y ss.

¹⁶¹ Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 64 y ss.

¹⁶² Cifuentes, Santos: ob. cit. en nota 109, cap. I-F y cap. II.

tima relación que los vincula y que torna factible que a través de la imagen, la voz, o el nombre, se atente contra la intimidad.

a) *Vida privada e imagen.*

El derecho a la imagen es uno de los derechos de la personalidad y tiene independencia funcional con respecto a los demás y, en particular, respecto al derecho a la intimidad.

La imagen o apariencia de una persona es protegida en forma autónoma, sin perjuicio de que, en ocasiones, se utilice la imagen para atacar su honor o su vida privada. El derecho a la imagen es el derecho que toda persona tiene para disponer de su apariencia autorizando o no la captación y difusión de la misma.

El derecho a la imagen se manifiesta en forma negativa cuando la persona se niega a que se le tome una fotografía; y en forma positiva cuando el sujeto solicita o autoriza tal conducta.

En nuestro ordenamiento jurídico la imagen como tal está protegida por el art. 31 y concordantes de la ley 11.723, reguladora de la propiedad intelectual. Dicha norma establece que el retrato fotográfico de la persona no puede ser puesto en el comercio sin el debido consentimiento, disponiendo luego cuáles serán los supuestos en que la autorización no será necesaria.

La fórmula utilizada ha llevado a algunos autores a señalar que, en realidad, sólo se protege una de las facetas del derecho a la intimidad que es la relativa a la difusión de la imagen, quedando sin tutela específica la imagen frente a los atentados por mera observación o captación sin difusión¹⁶³.

¹⁶³ Carranza, Jorge: ob. cit. en nota 2, p. 63.

La captación y difusión de la imagen de una persona no trae necesariamente un atentado a la intimidad. Veamos un ejemplo: se toma una foto de un grupo de personas que ocasionalmente atraviesan una plaza. Para tomar la fotografía no hace falta el consentimiento y tampoco será menester obtenerlo para la difusión de la misma.

Analícemos otro supuesto: se toma una fotografía a una modelo, para lo cual, según los términos expresos de la ley no se necesita el consentimiento de la persona. Para la difusión de la mencionada placa será menester obtener la autorización pertinente. Si se publica sin consentimiento de la modelo, ella podrá iniciar las acciones correspondientes, en defensa de dos intereses protegidos por el derecho a la imagen: a) el aspecto moral o personalísimo, y b) el aspecto patrimonial, en el supuesto en que el que difunde la foto se haya enriquecido con la citada propagación. Tampoco en este caso se podrá hacer valer el derecho a la vida privada.

¿Cómo podría atentarse contra la intimidad por vía de la imagen? Son éstos los casos más conocidos de atentado a la vida privada. Se toma una fotografía de un hecho comprendido dentro de lo que hemos denominado ámbito de reserva. Por ejemplo, se obtiene una foto de una persona mientras está en sus aposentos, o cuando se encuentra acompañada por otra en momentos de intimidad. En estas hipótesis la sola obtención de la foto ya configura un acto ilegítimo, pues significa la intromisión en una esfera reservada; a ello podrá agregarse la difusión de la foto que agravará el atentado cometido. La víctima accionará no en virtud de la tutela del derecho a la imagen, sino procurando la reparación de los daños que se han causado a su intimidad.

Puede advertirse que se trata de situaciones distintas que se reflejarán en la diferencia de régimen jurídico aplicable. Tal como se advierte en un proyecto presentado en el Cuarto Congreso de Derecho Civil. En él se dispone:

"Art. 7. —a) El retrato de una persona no puede ser expuesto, reproducido o comercializado sin su consentimiento.

"b) No es necesario el consentimiento de la persona tratada, cuando ello se justifica por su notoriedad, por el cargo que desempeña, por exigencias de policía o de justicia, finalidades científicas, didácticas, culturales o de información de hechos de interés público.

"c) Sin embargo, jamás podrá exponerse, reproducirse o comercializarse el retrato de una persona si de este hecho resultase perjuicio para la honra, reputación o simple decoro de la persona retratada"¹⁰⁴.

De la mencionada norma surgen dos formas de protección distintas. La primera dirigida a la tutela de la imagen como derecho autónomo (incs. a y b); y otra dirigida al amparo de otros derechos de la personalidad que resultan violados a través de la imagen.

La regulación en ambas hipótesis varía. En lo que atañe a la protección de la imagen en forma independiente, por ejemplo, el consentimiento torna legítima la publicación; mientras que en el supuesto del inc. c, el consentimiento no tiene relevancia alguna.

El proyecto, en fin, inspira otras reflexiones; por un lado, hubiera sido aconsejable incluir, entre los bienes citados en el inc. c, en forma expresa la vida privada de las personas. En segundo lugar, la prohibición prevista en ese último inciso parece demasiado absoluta; si mediara consentimiento del "ofendido" y la fotografía no

¹⁰⁴ Proyecto presentado por el Prof. Luis Moisset de Espanés: *Actas...* cit. en nota 112, t. I, p. 101.

fuera contraria al orden ni a la moral pública, ni afectara los derechos de terceros, ¿por qué no habría de autorizarse la publicación?

Otra diferencia clara entre el derecho a la imagen y el derecho a la intimidad es la que concierne a los límites de ambos. En el primer caso, si la imagen es obtenida o captada en un lugar público, no hará falta el consentimiento del retratado para su difusión; mientras que cuando esté en juego un ataque a la intimidad el juez deberá averiguar cuáles han sido las circunstancias en que se desarrolló la conducta retratada ^{164 bis}.

Una de las formas más utilizadas para violar la esfera de reserva de la vida privada de las personas ha sido, desde hace un tiempo, la obtención de su imagen en forma clandestina, mediante el empleo de teleobjetivos, minicámaras, cámaras dotadas de lentes polarizadas, etc.; la jurisprudencia ha tenido que solucionar numerosos casos de ataque a la intimidad por vía de la imagen ¹⁶⁵.

b) Vida privada y voz.

Lo dicho respecto a la imagen puede trasladarse, *mutatis mutandi*, a la propia voz. "Sin embargo — afirma Novoa Monreal—, existe una diferencia y es que la voz humana está dirigida normalmente a uno o a pocos interlocutores, razón por la cual se podría reclamar derecho sobre ella, aun cuando se exteriorice en lugares públicos... ¹⁶⁶

^{164 bis} En igual sentido: Goldenberg, Isidoro: ob. cit. en nota 117, p. 588.

¹⁶⁵ Sobre la jurisprudencia francesa, en este punto, pueden verse las obras de Lindon, Raymond: ob. cit. en nota 19; y Malherbe, Jean: ob. cit. en nota 93.

¹⁶⁶ Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 72.

Una formulación como la que antecede parece limitar la protección de la voz como vía para atentar contra el derecho a la intimidad, dándole siempre un carácter privado. Nosotros estimamos que el paralelo con la imagen es mayor; habrá ocasiones en que la voz merezca protección por sí, aunque el contenido del mensaje emitido no tenga nada que ver con la vida privada.

Veamos un ejemplo: una persona graba la voz de un famoso tenor mientras éste ensaya o cuando canta ante un grupo reducido, en un acto de una asociación o de una escuela; el que ha registrado la grabación la reproduce; ¿tendrá, el tenor, alguna acción? ¿Defenderá su derecho a la voz o su derecho a la intimidad? Obviamente tutelará su derecho a la propia voz, y podrá solicitar la reparación de los daños morales y patrimoniales pertinentes.

Si la grabación corresponde a conversaciones privadas mantenidas por dos personas, los sujetos intervinientes tendrán derecho a reclamar la protección del ordenamiento jurídico ¿en virtud del derecho a la voz? No; lo harán como una aplicación de la tutela reservada a la intimidad.

c) Vida privada y honor.

Se distinguen dos formas de honor: a) el honor subjetivo inherente a la autoestimación, y b) el honor objetivo que se refiere a la consideración que los demás profesan hacia una persona determinada. El honor, como bien jurídico, es atacado mediante las injurias y las calumnias.

Comete calumnia el que "atribuyere falsamente a otro la comisión de un delito doloso o una conducta criminal dolosa aunque sea indeterminada" (Código Pe-

nal argentino, art. 109); mientras la acción injuriosa consiste en "deshonrar" o "desacreditar" a una persona (Código Penal, arg. art. 110).

Pueden señalarse una serie de caracteres diferentes del derecho a la vida privada y el derecho al honor. En primer lugar, "el atentado contra el honor no exige ni supone que la expresión, gesto o imputación que se formulan y que lesionan el honor subjetivo u objetivo, correspondan a una información reservada que el sujeto activo haya logrado sobre su víctima mediante injerencias en su intimidad"¹⁶⁷.

Por otro lado, el atentado a la intimidad siempre consiste en el conocimiento o la revelación de hechos reales, al tiempo que cuando se trata de atentar contra el honor la mayoría de las violaciones provendrán de la imputación de hechos falsos. Ello determina que en las hipótesis de atentados contra el honor pueda esgrimirse la *exceptio veritatis*, lo cual no está autorizado frente a un ataque contra la vida privada, precisamente porque lo que se trata de hacer es mantener oculta una cierta realidad¹⁶⁸. Esto traerá como consecuencia, asimismo, que la publicación de la sentencia sea un medio adecuado de reparación en el caso de los atentados contra el honor y no en las hipótesis de ataques a la intimidad^{168 bis}.

Algunos autores sostienen que la diferencia entre el honor y la intimidad estriba en que las personas jurídicas "tienen honor", en cambio se les niega la protección de la esfera de reserva de la vida privada¹⁶⁹. En

¹⁶⁷ Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 75.

¹⁶⁸ Confirman la inaplicabilidad de la *exceptio veritatis*: Cifuentes Santos: ob. cit. en nota 109, p. 2445, y ob. cit. en p. 119, p. 839; Goldenberg, Isidoro: ob. cit. en nota 117, p. 588; Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 77; ver asimismo nota 132 bis de este ensayo.

^{168 bis} En igual sentido, Zannoni, Eduardo: ob. cit. en nota 155 bis.

¹⁶⁹ Mosset Iturraspe, Jorge: ob. cit. en nota 124, en especial nota 11.

efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las personas jurídicas gozan de la protección al honor (Código Penal, arg. art. 112), pero no podemos compartir la afirmación de Mosset Iturraspe, pues entendemos que también queda protegida la vida privada de los entes ideales, con lo cual se inutiliza la nota diferenciante propuesta.

A pesar de estas diferencias, hay un cercano parentesco entre el honor y la intimidad, y la violación de ésta puede constituir el paso previo al atentado contra el honor. Así una persona puede injuriar a otra en base a hechos o datos que ha conocido mediante una violación de la esfera de reserva de la vida privada.

La intencionalidad necesaria para generar responsabilidad ha sido el parámetro utilizado en algunas ocasiones para distinguir estos dos bienes jurídicos. Así se ha dicho que mientras el atentado contra el honor exige dolo de parte del autor, la violación de la intimidad resulta punible aun en caso de buena fe del agresor¹⁷⁰. Es timamos que tampoco éste es un criterio útil, ya que la exigencia de ciertos elementos subjetivos en el tipo variará de una legislación a otra.

d) Vida privada y nombre.

Nadie puede dudar de la distinta naturaleza de ambos bienes jurídicos, así como de la diversidad de sus funciones. El nombre tiende a la identificación, más o menos inequívoca, del individuo; mientras que la vida privada tiene por misión la creación y protección de un ámbito de reserva y recogimiento.

Señalaremos, sí, que a través del nombre puede atentarse contra la intimidad de las personas. Veamos

¹⁷⁰ Badinter, Robert: citado por Novoa Monreal, Eduardo: ob. cit. en nota 15, p. 77.

algunos ejemplos proporcionados por los casos que la jurisprudencia ha debido resolver. Una persona escribe una novela o filma una película en la que relata hechos reales sobre la vida de otra; si lo hace empleando un nombre falso y sin dar señales que permitan descubrir la identidad del protagonista real, no ocasionará daños y, por lo tanto, no habrá responsabilidad. Pero si al relato de los hechos se suma el empleo del nombre verdadero, se habrá cometido un ataque a la intimidad; adviértase que no se trata de un ataque al derecho al nombre simplemente; ese atentado queda relegado a un segundo plano por la violación más trascendente, del derecho a la reserva de la vida privada.

Es precisamente el hecho resuelto por la jurisprudencia argentina, conocido como "caso Senillosa"¹⁷¹.

Otra hipótesis de atentado a la intimidad mediante el nombre lo constituye la revelación del nombre auténtico que corresponde a un seudónimo conocido, como lo resolvió la jurisprudencia francesa¹⁷².

¹⁷¹ C.Civ.I* de Capital, 28 de noviembre de 1945, publicado en "L.L.", 40-928 y en "J.A.", 1946-III-1116. En la jurisprudencia norteamericana puede verse el famoso caso de la película "El Kimono Rojo", en el que se relataba la vida de una mujer que, en su juventud, había sido prostituta, y se utilizaba su nombre de soltera. Véase al respecto la reproducción y comentario de la sentencia que efectúa Urabayen, Miguel: ob. cit. en nota 14, p. 120 a 125.

¹⁷² Caso de Jean Ferrat, resuelto por la Corte de París, el 15 de mayo de 1970, citado por Lindon, Raymond: ob. cit. en nota 19, Capítulo Primero.

CAPÍTULO SEGUNDO

ATENTADOS CONTRA LA INTIMIDAD

SECCIÓN PRIMERA

I. DISTINTAS POSIBILIDADES.

Los autores no coinciden en punto a la determinación del momento o las conductas que significarán un acto violatorio de la reserva de la intimidad. Sintetizaremos en tres corrientes las diversas opiniones.

a) Ataque por difusión.

Quienes se enrolan en esta tesis afirman que el verdadero ataque a la intimidad es el que surge con la divulgación de los datos, hechos o situaciones protegidos por la reserva. No atentaría contra la intimidad aquel que simplemente tomara conocimiento de los datos reservados y no los difundiera o transmitiera.

Se inclina por esta postura Oneto, quien afirma que "la violación arbitraria de la intimidad ajena, ocasionada por el operar de los medios masivos de comunicación, prensa, radio, televisión, etc., es el resultado del ejercicio irregular del derecho de crónica"¹⁷³.

¹⁷³ Oneto, Tomás: ob. cit. en nota 153, p. 938. Este autor se refiere al "operar de los medios masivos de comunicación, prensa, radio, televisión