

ENTRE LA INTIMIDAD Y LA COMIDILLA
(EL ARTICULO 1071 BIS DEL CODIGO CIVIL)

1. El porqué de la defensa de la intimidad	91
2. Razones para la subestimación o el ataque	94
3. La intimidad no es derecho de minorías	95
4. El hombre común y la intimidad	97
5. El hombre público o famoso y la intimidad	99
6. La intimidad de los muertos	100
7. La intimidad de las personas jurídicas	101
8. Los caminos que recorre el violador. El entrometimiento. La difusión	102
9. El elemento objetivo de la figura	105
10. El elemento subjetivo. El ánimo de halagar y el de disgustar. La verdad y la mentira	106
11. Causas que justifican el avance sobre la reserva o privacidad	107
12. Algunos ejemplos ilustrativos	111
13. La jurisprudencia de los cinco años transcurridos	113

ENTRE LA INTIMIDAD Y LA COMIDILLA

(El artículo 1071 bis del Código Civil)

SUMARIO: 1. El porqué de la defensa de la intimidad. 2. Razones para la subestimación o el ataque al reconocimiento de este derecho. 3. La intimidad no es derecho de minorías. 4. El hombre común y la intimidad. 5. El hombre público o famoso y la intimidad. 6. La intimidad de los muertos. 7. La intimidad de las personas jurídicas. 8. Los caminos que recorre el violador. El entrometimiento. La difusión. 9. El elemento objetivo de la figura. 10. El elemento subjetivo. El ánimo de halagar y el de disgustar. La verdad y la mentira. 11. Causas que justifican el avance sobre la reserva o privacidad. 12. Algunos ejemplos ilustrativos. 13. La jurisprudencia de los cinco años transcurridos.

1. EL PORQUE DE LA DEFENSA DE LA INTIMIDAD

Por cuarta vez en diez años nos ocupamos de este tema de singular importancia. En la primera, anterior al dictado de la ley 21.173, promulgada el 15-10-75 y publicada el 22-10-75, tuvimos ocasión de señalar los tres ámbitos en que se mueve la cuestión: el Derecho público constitucional, a través de los arts. 29 y 30; el Derecho penal, con motivo de los delitos de "violación de secretos", de correspondencia y apoderamiento de cartas y papeles, y violación de secreto profesional y oficial; y en el terreno privatístico, que es el que nos interesa, pusimos de resalto que el derecho a mantener en secreto un aspecto determinado de la vida, eliminando toda intrusión por parte de terceros, o "libertad de la esfera de intimidad", tiende a garantizar la tranquilidad de la persona y el aspecto estrictamente privado de la misma; alude al derecho a impedir que la

vida misma se traslade a una obra literaria; al celo indiscreto de la beneficencia, etc. ⁽¹⁾. La segunda ocasión nos la brindó el dictado de la ley 20.889 promulgada el 17-10-74, que incorporó el derecho a la intimidad al Código Civil como artículo 32 bis ⁽²⁾; dimos noticia ⁽³⁾ de un trabajo de investigación realizado por el Instituto de Derecho Civil de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNL.; dijimos entonces: "juzgamos que la oportunidad es la primera virtud de la nueva preceptiva. La sociedad de consumo lleva a la masificación y, por ende, a la despersonalización. El olvido en las relaciones jurídicas como en el mero trato social, en general, de las afecciones, sentimientos y quereres particulares, es un signo de los tiempos. No nos puede extrañar entonces que en la información dirigida al gran público, cualquiera sea el medio empleado, ocurra otro tanto" ⁽⁴⁾. Y la tercera nos la brindó el home-

⁽¹⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por Daños*, t. I, *Parte General*, Nº 71, p. 174 y ss. Citamos el Cód. de Portugal que expresa en su art. 80: "Todos deben guardar reserva acerca de la intimidad de la vida privada de otra persona. La extensión de la reserva es determinada conforme a la naturaleza del caso y a la condición de las personas".

⁽²⁾ El texto era el siguiente: "Toda persona tiene derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, y por cualquier medio, se entromete 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".

⁽³⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *El derecho a la intimidad (Artículo 32 bis del Código Civil)*, en *Jurisprudencia Argentina*, diario del 10 de marzo de 1975, nº 4709.

⁽⁴⁾ Se destaca el aporte efectuado a la investigación por Elías P. Guastavino: afirma que no se trata de una tutela meramente declarativa, que sería carente de interés, pues integrando los derechos de la personalidad no hay incertidumbre que eliminar; por lo demás, "no se tutela un recinto de egoísmos individuales sino modalidades de vida, donde las fuerzas propias se apaciguan de los conflictos generados por la vida colectiva y se nutren para ser útiles a la sociedad..." Puede consultarse el comentario de Alfredo Orgaz a la ley 20.889, titulado *La ley sobre la intimidad*, en *El Derecho*, 60, 1975, p. 927 y ss., y la bibliografía allí citada.

naje al eminente Pedro León ⁽⁵⁾, en el año 1976. Nos detuvimos en la oportunidad en el tema de los daños morales originados por el ataque a la privacidad, y en lo atinente a una muy moderna forma de registración e información, los bancos de datos ⁽⁶⁾.

Volvemos ahora a analizar la cuestión, por cuarta vez, para aclarar algunos aspectos, ampliar otros y, en fin, porque pensamos que resta aun mucho por decir en punto a esta dialéctica entre la intimidad y la comidilla ⁽⁷⁾.

La defensa de la intimidad es la defensa de la persona humana, frente a los dos extremos que se disputan la primacía: el individualismo y el socialismo; se inscribe dentro de una concepción "personalista". El ser humano, cualquiera sea, pobre o rico, joven o viejo, urbano o rural, de vida pública o recoleta, no se desarrolla en plenitud si se le quita ese ámbito o sector de la vida. Ello no impide sostener que lo privado, lo guardado o reservado en la vida de cada uno —ese aspecto que antes se identificaba con la "vida interior"— es, por lo común, compartido con la familia, con el cónyuge y con los hijos; de donde es posible hablar, en una familia sólidamente constituida, de la intimidad o privacidad familiar que comprende casi toda la intimidad de sus componentes ⁽⁸⁾.

⁽⁵⁾ MOSSET ITURRASPE, J., *Daño moral por lesión del derecho a la intimidad*, en *Estudios de Derecho Privado, Homenaje al Doctor Pedro León*, p. 395 y ss.

⁽⁶⁾ Aportamos una bibliografía actualizada: BATLE, G., *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, edit. Marfil, Alcoy, 1972; RUIZ GIMÉNEZ, J., *El derecho a la intimidad*, en Cuadernos para el diálogo, n° 66, 1969; RAMOS, G., *El Derecho a la privacidad*, en *La Justicia*, dic. 1974, p. 41 y ss., México, entre otros títulos.

⁽⁷⁾ COMIDILLA: tema preferido en alguna murmuración o conversación de carácter satírico (*Dic. de la Lengua Española*, 19ª edic., p. 328).

⁽⁸⁾ Los Documentos de Medellín, al ocuparse de la familia como forjadora de personas, destacan la necesidad de un ambiente de intimidad. Ello no impide sostener que también las personas que integran la familia mantienen la reserva de la intimidad personal o individual, en algunos aspectos.

2. RAZONES PARA LA SUBESTIMACION O EL ATAQUE AL RECONOCIMIENTO DE ESTE DERECHO

El reconocimiento de este derecho dista de ser unánime. Ahora bien, las posturas negativistas muestran una variedad de criterios y una verdadera graduación de su oposición, que va desde el desconocimiento liso y llano del derecho (°) hasta la subestimación del mismo, por entender que se trata de una "rareza" o de una "exquisitez". Derecho pretendido por hombres aislados, anacoretas o solitarios; derecho de hombres egoístas, preocupados sólo por su vida; derecho de quienes pretenden vivir escondidos, llenos de reservas y tapujos; hombres desintegrados, antisociales, etcétera, son algunas de las críticas y calificativos que para un sector merece la intimidad.

Se preguntan asimismo, cómo es que el Derecho ha necesitado tanto tiempo para "descubrir" este derecho, para aprehenderlo y protegerlo; qué ocurrió en otros tiempos con la intimidad...; y acotan que las relaciones sociales "marcharon" lo mismo, no necesitaron ni extrañaron esa ausencia.

Pensamos que los ataques más fuertes provienen del socialismo, por considerar que la intimidad es una pretensión del derecho burgués, de las clases adineradas o pudientes, de sectores que teniendo cubiertas o satisfechas todas sus necesidades vitales buscan ahora un reconocimiento superfluo, anodino e intrascendente, de su intimidad o privacidad; verdadero lujo frente a quienes carecen de lo indispensable, los pobres o desam-

(°) No aludimos aquí a la corriente negadora de los derechos subjetivos —qué puede consultarse en la obra de Michel Villey, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, edic. Universidad de Valparaíso, Chile, 1976, ni a aquella que desconoce los "derechos de la personalidad" en general; nos referimos a quienes se ensañan con la intimidad...

parados, que luchan por el reconocimiento de derechos primordiales o esenciales y a quienes agravia esta susceptibilidad de las clases altas...

Discrepamos radicalmente con estas ideas.

No admitimos que se califique a la intimidad como algo superfluo, lujo o susceptibilidad enfermiza o decadente.

No creemos que sea patrimonio de alguna clase social y que sea indiferente a otras.

No entendemos que contradiga un sano espíritu comunitario; que sea reducto de egoísmo o individualismos extremos.

Muy por el contrario, el reconocimiento y respeto de la intimidad, que encierra la lucha contra intromisiones, abusos e indiscreciones, supone la madurez y plenitud de la persona humana. Y si bien es verdad que hay sectores muy importantes que carecen de lo indispensable —y el Derecho no puede ser indiferente a ello— no significa que esos sectores no apetezcan el respeto a su intimidad. Cuanto más puede postularse un orden de prioridades, en el cual la intimidad se encuentre después del derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, al trabajo digno, a la retribución justa, etc., etc.; y, muy en especial, el derecho a una vivienda confortable. No caben dudas acerca de la relación entre vivienda e intimidad; si bien puede sostenerse que la intimidad individual se refugia en el propio yo, la familiar encuentra sostén en el hogar, en la vivienda. La promiscuidad es enemiga de la intimidad; en el conventillo o en el rancho sin puertas no se cultiva la privacidad...

3. LA INTIMIDAD NO ES DERECHO DE MINORIAS

Sostener que la intimidad es derecho de minorías equivale a decir que sólo son personas, en la plenitud

del vocablo, unos pocos y que el resto son mini personas o subpersonas o personas de segunda categoría. Y ello no es admisible, aunque en algunos casos, muy lamentables por cierto, puede sostenerse que así es u ocurre ⁽¹⁰⁾.

Todas las personas tienen o deben tener su intimidad, su zona de reserva o privacidad y, por ende, el derecho a que ella sea respetada por sus semejantes. Empero, ocurre que la indiscreción elige sus víctimas; no interesa indagar o averiguar respecto de cualquiera; preocupa, aunque ello sea malsano, el conocimiento de lo reservado por ciertas personas, que por su importancia en el medio, su espectacularidad, su fama, su situación de fortuna, etcétera, se presentan ante el prójimo como “diferentes”, rodeadas de una aureola de misterio o exclusividad, que es la que despierta la curiosidad o mueve a la indiscreción. No se trata de una situación “clasista” —y la tutela una prerrogativa de clase— dado que esas personas se extraen de cualquier clase social: son jugadores de fútbol exitosos, ganadores del Prode, estrellas del teatro, cine, radio o televisión, jóvenes “sobresalientes”, políticos, gobernadores, etcétera.

Y si bien tales personas despiertan el afán de investigación o difusión de amplios sectores, existen también otras personas, que no se encuentran entre aquéllas, a las cuales no les ha ocurrido nada extraordinario, que, sin embargo, son en ocasiones inquietadas o molestadas por simples conocidos o amigos, vecinos del barrio, consorcistas, socios del club, párrocos de la misma Iglesia, etcétera.

(¹⁰) Aludimos a las muy serias diferencias que en amplias regiones de la tierra aún existen —y lo que es más grave tienden a agudizarse— entre las personas; si partimos de la convicción de su común origen, hijos de Dios, y de su calidad de hermanos, concluimos en la injusticia que significa tal estado de cosas.

Ello prueba que cualquiera puede ser víctima del entrometimiento arbitrario. La envidia, la curiosidad, el deseo de molestar o de ridiculizar al prójimo, aparecen en todos los grupos sociales y se ensañan indistintamente con quienes pertenecen al mismo grupo o a otros estamentos. El motivo puede ser, como veremos, muy variado...; no necesariamente mal intencionado.

4. EL HOMBRE COMUN Y LA INTIMIDAD

Es verdad que el Derecho no regula situaciones extremas; el legislador no puede distraer su tiempo para cuestiones que acontecen muy de vez en cuando. Asimismo, es verdad que el Derecho mira al ciudadano común, al hombre medio; las leyes no aprehenden, por lo normal, cuestiones que ocurren a muy contadas personas, en razón de vivir experiencias que son exclusivas o de minorías.

Pero, vimos ya, nada de eso es aplicable al derecho a la intimidad. No tiende a prevenir o a remediar hechos extraordinarios, ni tampoco hechos que sólo padezcan algunos pocos "privilegiados"...

Si el tema es relativamente novedoso para el Derecho ello es por otras razones, de otro tipo o jaez: 1) porque su reconocimiento significa, en buena medida, acordar "juridicidad" a la privacidad o intimidad ⁽¹¹⁾;

(¹¹) Las normas jurídicas no pueden, de modo alguno, impedir o sancionar todas las molestias propias del vivir en sociedad, del convivir, de las relaciones de vecindad o de la circulación callejera...; es interesante, sobre el particular, el trabajo de Amado Adip, *Posibilidad de sanción al exceso de derecho*, en *El Derecho*, 57, 1975, p. 856 y ss. Adip sostiene que hay "un vacío jurídico", conformado precisamente por los actos excesivos. Afirma que el "hombre quiere paz y tranquilidad" y que un modo de asegurársela, "en el convulsionado mundo en que vivimos, es reprimir todo aquello que atente contra ambas. Lo pide su espíritu atribulado, su mente preocupada y su corazón tenso, como un medio para preservarlo contra los peligros que lo acechan hoy y contra los que seguramente habrá de enfrentar en un futuro no muy lejano.

pensar que corresponde a este campo y no sólo al de las relaciones sociales o morales; 2) porque un reconocimiento semejante importa madurez en el ordenamiento jurídico; lo ubica en un estadio de evolución muy avanzado; 3) dice también de una gran fe o confianza en el Derecho y en el Poder Jurisdiccional, que es el que deberá conocer de la intimidad atacada; 4) encierra, por sobre todo, un dejar de lado la justicia privada o por mano propia, para insertarse en el Estado de Derecho o de Justicia (¹²).

En la base del reconocimiento de este Derecho se encuentra un gran respeto, una tremenda consideración por la persona humana.

Empero para que la intimidad no sea avasallada no basta que un texto legal lo prohíba; es preciso que los ciudadanos tengan conciencia acerca del valor de la intimidad ajena; es fundamental también que se viva un clima de respeto por la privacidad (¹³); que el “apoyo” que la norma otorga sea verdaderamente conocido por todos, las eventuales víctimas y los posibles victimarios; y también, sin ánimo de agotar el repertorio, que el precepto inspire “obediencia” a quienes puedan ser victimarios y “confianza” a las víctimas (¹⁴).

De lo contrario, el hombre devorará al hombre”. Adip ejemplifica con las siguientes molestias: 1) La publicidad en los cinematógrafos; 2) Publicidad en televisión; 3) Publicidad en radiofonía; 4) Ruidos molestos; 5) Los pregoneros; 6) Encendido de motores; 7) Las esperas; 8) Daño no intencional; 9) El caso de las colas; 10) El uso de los ascensores; y, 11) Otras situaciones semejantes.

(¹²) No luchar contra el entrometimiento con “medios caseros”, pagando con la misma moneda u otros semejantes. Confiar en la discreción, buen tino y celeridad de la justicia institucionalizada.

(¹³) Coadyuvan a formar ese clima tan deseable los medios masivos de difusión, la prensa oral y escrita, la televisión, etc.

(¹⁴) Las prerrogativas o facultades no se ejercitan, en muchos casos, porque no se conocen; en otros, porque pese a conocerse no se cree en ellas, no inspiran confianza. Los mandamientos jurídicos deben, por lo demás, “imponerse” a los particulares, provocar su respeto o acatamiento; para ello hay diversos expedientes, uno de los cuales es, sin dudas, la sanción impuesta al violador.

5. EL HOMBRE PUBLICO O FAMOSO Y LA INTIMIDAD

Se pregunta si la notoriedad, la “vida pública” de ciertas personas famosas, por la razón que fuere, hace desaparecer el derecho a la intimidad —es el “precio” que se paga por la fama— o bien si, por el contrario, se mantiene el derecho a una privacidad reservada.

Es innegable que en la medida que una persona sobresalga o se destaque, su vida pasa a ser objeto de la preocupación ajena; las “vidas privadas” se consideran iguales o muy parecidas entre sí y de allí que no despierten la curiosidad; son las “vidas públicas” las que a los ojos de muchos se muestran como atractivas o misteriosas y de ahí que sean el objeto preferido de los entrometidos. ¿Deben tales personas renunciar a su intimidad? ¿Se justifica el avance en razón de la notoriedad? ¿Mantienen el derecho a la intimidad, en la medida, claro está, que lo deseen, que no se sometan voluntariamente a las perturbaciones? ¿Es justo que ese tránsito por la vida pública, que puede ser efímero, casual, no querido, transforme las paredes del hogar en vidrios, levante las cortinas de los dormitorios y convierta todos los actos de la vida en noticia, tema de diarios y revistas?

Creemos que las personas de vida pública también gozan del derecho a la intimidad; que el ser célebre no priva totalmente a la persona del bien fundamental de la intimidad, como afirma De Cupis ⁽¹⁵⁾; no se paga con tan caro precio el dudoso bien de la celebridad.

Empero, ello no obsta a que el juez contemple entre las circunstancias, a las cuales alude la norma le-

(15) DE CUPIS, A., *Tutela jurídica de la persona*, en *Teoría y práctica del Derecho Civil*, traduc. de Martínez Valencia, Barcelona, 1960; del mismo autor *I diritti della personalità*, Milano, 1961.

gal, la fama o prestigio del molestado o intranquilizado; y es así porque ese hecho puede explicar, en alguna medida, la conducta del victimario—habida cuenta de sus condiciones personales, art. 902 del C. Civil— y, por otro lado, puede quitar algo de importancia al hecho, en la medida en que la vida pública acostumbra a las miradas indiscretas; coloca a quien la vive en una vidriera a la cual todos observan (¹⁶).

6. LA INTIMIDAD DE LOS MUERTOS

¿La intimidad se prolonga más allá de la vida?
¿Puede hablarse del ataque a la privacidad de personas ya fallecidas?

En otra oportunidad afirmamos que el fin de la vida no puede aparejar el fin de la intimidad, una apertura al avance despiadado de la indiscreción. Sos-tuvimos que está de por medio la “memoria” de la persona fallecida y el respeto al grupo familiar.

Como la lesión se produce luego de la muerte, el derecho a la reparación no nace en cabeza de la persona cuya privacidad ha sido violada —el muerto— sino directamente en cabeza de sus familiares. *Jure proprio* y no *jure hereditatis*. Son ellos los depositarios y custodios de esa “memoria”.

No somos partidarios de establecer un plazo de caducidad a contar desde la muerte del titular de la intimidad (¹⁷). Los victimarios serán, por lo común, periodistas o historiadores (¹⁸).

(¹⁶) El hombre público, salvo casos muy contados, va poco a poco renunciando a su intimidad o a sectores importantes de ella.

(¹⁷) A favor GUASTAVINO, E. P., su participación en la investigación colectiva del Instituto de D. Civil de la U.N.L., de la cual damos cuenta en J. A., marzo 10 de 1975.

(¹⁸) No existe un *jus narrandi* de hechos íntimos o inmorales o degradantes de la vida de terceros. Puede consultarse de BONASI BENUCCI, *La responsabilidad civil*, los capítulos dedicados al “derecho de información y de crítica”, p. 319 y ss.

7. LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

¿Puede hablarse de la intimidad de las personas jurídicas? ¿Es susceptible la vida de tales personas de entrometimiento? ¿Cabe respecto de ellas la referencia a “costumbres o sentimientos”?

Nosotros pensamos que las personas jurídicas carecen de “intimidad” en el sentido de la ley; no tienen ese reducto de privacidad, secreto o discreción que es exclusivo de las personas de existencia visible, del ser humano.

Sin embargo, con base en la referencia a la difusión de la correspondencia, y teniendo en consideración que las personas jurídicas están protegidas frente a la propalación de hechos falsos, daños graves a su buen nombre, confianza del público y crédito de que gozaren —art. 112 del Cód. Penal— se ha extendido a su favor el derecho a la intimidad.

Así es como puede leerse en De Cupis: “La persona jurídica, ciertamente, no puede percibir el sentimiento de la propia dignidad y de aquí que no sufra por la lesión de su honor; pero sufre, conmueve, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor. De análoga forma no puede tener el sentimiento celoso de la propia reserva y, por tanto, no puede experimentar la congruente lesión; pero no menos sufre el daño derivado por la divulgación de aquello comprendido en la esfera de lo íntimo, por la violación de sus secretos” (1°).

Es preciso, para esclarecer la cuestión, comenzar por diferenciar el derecho a la intimidad del derecho al honor, al buen nombre o a la estima de los de-

(1°) DE CUPIS, A., *El daño*, traduc. de la 2ª edic. por A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 124 y ss.

más ⁽²⁰⁾; el primero, del cual nos ocupamos ahora, origina cuando es atacado daños morales puros o a la parte afectiva del patrimonio moral; en cambio, la lesión al honor afecta la parte social del patrimonio moral y apareja, por tanto, directa o indirectamente daños patrimoniales ⁽²¹⁾.

8. LOS CAMINOS QUE RECORRE EL VIOLADOR. EL ENTROMETIMIENTO. LA DIFUSION

A la intimidad, con lesión o daño, puede llegarse por muy variados caminos.

Conviene, como introducción, que recordemos el texto del actual art. 1071 bis: “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 un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Las diferencias entre este texto y el anterior —art. 32 bis, ley 20.889 (transcripto en la nota 2)— son destacables:

⁽²⁰⁾ FERRARA, *Trattato di diritto civile italiano*, t. I, nº 85, p. 406 y ss. Las personas jurídicas apuntan a un objetivo de tipo patrimonial, y, por tanto, se desenvuelven en el tráfico jurídico (vida pública).

⁽²¹⁾ DALMARTELLO, A., *Danni morali contrattuali*, en Riv. Dir. Civ., 1933, p. 55 y ss. SCOGNAMIGLIO, R., *El daño moral*, trad. de F. Hinos-trosa, Bogotá, 1962, se pregunta si las personas jurídicas son susceptibles de sufrir daño moral; y, luego de distinguir el daño “inflingido a los bienes de la personalidad y el daño moral”, llega a la conclusión de que careciendo “de personalidad sicofísica” no pueden sufrir tales daños; ellos “pertenecen sólo a las personas físicas”.

1) Ha desaparecido la declaración enfática que encabezaba el texto, de carácter no operativo y por tanto algo superflua.

2) Se prescinde, asimismo, de la referencia a “cualquier medio”, que resulta innecesaria. Luego se alude a “cualquier modo” de perturbar la intimidad y va sobreentendido, en consecuencia, que está vedado hacerlo por “cualquier medio”.

3) Se deja de lado la alusión negativa a la imputabilidad subjetiva: “aun sin dolo ni culpa”. Si bien este aspecto es importante, pues indica que se estima relevante el elemento objetivo e irrelevante el subjetivo, al no requerirse expresamente la culpabilidad, culpa o dolo, se concluye que ella no es presupuesto de la figura. No es preciso decirlo.

4) El nuevo artículo incluye el vocablo “arbitrariamente”, para indicar que existen entrometimientos lícitos, que encuentran causas de justificación ⁽²²⁾.

5) Ha desaparecido en el nuevo artículo uno de los medios enumerados en el anterior, a título meramente ejemplificativo, puesto que se prohíbe cualquier perturbación de la intimidad, el relativo a la divulgación de secretos.

6) Se hace la aclaración, propugnada por Orgaz, acerca de que el hecho no debe ser un delito penal; atento a que si lo fuere ya estaría configurada la anti-juridicidad y se pretende “salvar un vacío legislativo” y no “superponer dos legislaciones”.

7) Con un afán preventivo —y no meramente sancionador— se prevé la posibilidad de hacer cesar en sus actividades al entrometido, sea para impedir la produc-

(22) Es notoria la influencia en el nuevo texto de Orgaz, a través de su estudio *La ley sobre intimidad*, ya citado. Es el jurista cordobés quien propone la incorporación del vocablo.

ción del daño, sea para evitar su agravación; no nos parece feliz la afirmación perogrullesca: “a cesar... si antes no hubiere cesado”.

8) La indemnización debía fijarse de acuerdo con las circunstancias, en el 32 bis; se agrega ahora que la fijación debe ser equitativa. Sabemos que la decisión de equidad es aquella que repara en las particularidades del caso —o sea en las circunstancias— de donde habría una cierta reiteración; empero, recordemos que también el art. 512, en tema de culpa, alude a circunstancias y sin embargo la equidad estaba, en aquellos tiempos, proscripta del campo jurídico; el nuevo art. 907, por lo demás, sigue un criterio similar pues habla de una responsabilidad en equidad y de la apreciación de las circunstancias. Aprobamos el agregado.

9) Se contempla la posibilidad de una reparación mixta, en parte dineraria y en parte específica, con la publicación de la sentencia, en los casos en que ello resulte procedente.

10) Se sustituye el “razonablemente” de la última parte del 32 bis, por el “equitativamente”; es un cambio feliz.

¿Y cuáles son los caminos que puede recorrer el violador de la intimidad ajena? Son muy numerosos y variados, por lo cual un catálogo resulta siempre inútil o incompleto. Sin embargo corresponde que el legislador, a título de ejemplo, muestre algunos. Y ello es lo que ocurre.

El tema central es el entrometimiento en la vida ajena...; ello puede ocurrir:

- a) perturbando la intimidad;
- b) mortificando en costumbres o sentimientos;
- c) publicando retratos;
- d) difundiendo correspondencia.

La enumeración de hipótesis debe partir de supuestos genéricos para ir luego a casos específicos o concretos, por ello es que alteramos el orden del artículo.

Podemos mencionar:

- e) hacer pública una situación de familia, como es la mención del carácter de hijo extramatrimonial o adoptivo;
- f) hacer pública una enfermedad grave o de aquellas que "achican" la personalidad de quien las sufre;
- g) difundir desavenencias conyugales o malas relaciones entre padres e hijos;
- h) dar noticia a extraños de prácticas religiosas o creencias que a los ojos del hombre común se juzgan como ridículas y descalifican a quien las practica.

Como se puede apreciar está de por medio la sensibilidad, la delicadeza, los sentimientos o costumbres.

9. EL ELEMENTO OBJETIVO DE LA FIGURA

La responsabilidad nace del hecho objetivo del entrometimiento; en él radica la antijuridicidad. Al agente, autor o victimario, se le imputa perturbar de cualquier modo la intimidad ajena, con prescindencia de factores subjetivos, de un obrar doloso o culposo ⁽²³⁾.

Es, en consecuencia, un supuesto de responsabilidad sin culpabilidad, a título objetivo, con base en el riesgo creado por semejante comportamiento.

(23) A la víctima no le interesan las razones que puede argüir el violador de su reserva, le interesa ser respetado. Quien avanza por el sendero de la intimidad ajena debe saber de la peligrosidad de su obrar, de la dañosidad que es propia de un comportamiento semejante; y si pese a todo sigue por allí, es justo que cargue con la reparación de los daños causados.

El legislador, señalamos en otra ocasión, ha resistido la tentación de insistir en una responsabilidad construida sobre la culpabilidad, sea con conceptos psicológicos o normativos, con culpas conscientes o inconscientes. Ha tenido muy presente, vivenciando la realidad, que aun sin culpabilidad hay un agraviado, una víctima, como resultado de un obrar objetivamente antijurídico. No dudamos, entonces, en aludir a un riesgo creado por un quehacer, una actividad, que se entromete en las vidas ajenas. Cuando ese avance se traduce en un daño, el autor se hace pasible de la sanción civil prevista en la norma.

Es un caso de aquellos, sostiene Orgaz, en que por razones de equidad la indemnización ha de vincularse inmediatamente a las molestias ilegítimas y no a la culpa. Sería injusto imponer al agraviado inocente la obligación de probar el dolo o la culpa de quien ha violado su intimidad, so pena de no obtener la reparación que merece y, todavía, de cargar con los gastos correspondientes a su justa demanda ⁽²⁴⁾.

10. EL ELEMENTO SUBJETIVO. EL ANIMO DE HALAGAR Y EL DE DISGUSTAR. LA VERDAD Y LA MENTIRA

La intención que pueda inspirar el entrometimiento, la divulgación o el avance sobre la reserva o privacidad no obsta a la responsabilidad.

La intimidad se viola tanto con la verdad como con la mentira. Sea inspirado en el deseo de elogiar o alabar, como en el de criticar o censurar; ni siquiera la tónica objetiva o neutra justifica semejante intromisión.

⁽²⁴⁾ ORGAZ, A., *ob. cit.*, p. 931.

Por ello insistimos en que se configura un supuesto de responsabilidad objetiva, que vuelve intrascendente la presencia o no de la intención de dañar; como es irrelevante que el entrometido sea diligente o descuidado, posea pericia o carezca de ella.

II. CAUSAS QUE JUSTIFICAN EL AVANCE SOBRE LA RESERVA O PRIVACIDAD

Sin embargo, pese a lo hasta aquí expuesto, cabe señalar que no todo avance o entrometimiento sobre la intimidad es antijurídico. En algunos casos media una causa de justificación de ese obrar, que borra la antijuridicidad. El entrometimiento resulta lícito y su autor, por faltar un presupuesto, irresponsable.

¿Cuáles son algunas causas de justificación?

a) El avance sobre la intimidad, la agresión a la misma, puede ser el legítimo ejercicio de un derecho; es lo que acontece cuando una persona indaga sobre los antepasados a los fines de probar una acción de filiación; cuando el padre, que debe ejercer una vigilancia activa sobre sus hijos menores, averigua acerca de sus amistades, controla sus salidas, la correspondencia que recibe, etcétera. Ocurre también en las relaciones conyugales; pues si bien no puede sostenerse un “derecho a la vigilancia” del marido sobre la mujer o viceversa, la fidelidad que ambos se deben —deber de fidelidad y, por tanto, derecho a la fidelidad— autoriza a uno de ellos a ejercer un razonable control sobre las acciones del otro. . . En ocasiones, las relaciones de vecindad, la vida de consorcio, pueden llevar a determinadas averiguaciones acerca de lo que acontece en un domicilio ajeno: cuál es su destino, quiénes viven en él, si hay animales, etcétera.

b) El interés público de por medio es otra causa muy importante de justificación. El Estado en ejercicio de su poder de policía, el Poder Jurisdiccional para asegurar el servicio de la justicia, son supuestos comunes de avance justificado sobre la intimidad.

Allí aparecen también los fines elevados del obrar, en apariencia rastrero; los fines científicos, culturales o didácticos. Empero tales propósitos no pueden poner en peligro la paz, la tranquilidad de las personas ⁽²⁵⁾. Será preciso juzgar con objetividad si el sacrificio que se impone a un particular es razonable ⁽²⁶⁾, si obedece a una necesidad real y, por lo demás, si no se actúa con abuso o exceso ⁽²⁷⁾.

c) Un capítulo muy próximo y parecido al anterior lo origina la colisión entre el derecho a la información, a la verdad y a la libertad de expresión, y el derecho a la intimidad ⁽²⁸⁾.

El deber de referir la verdad puede colisionar con el deber de guardar el debido respeto a la esfera privada de las personas; y en la pugna entre ambos deberes es este último el que debe prevalecer, porque la salvaguardia de la intimidad, así como de la reputación individual y familiar, constituye una auténtica necesidad social.

⁽²⁵⁾ Ocurrió hace muy poco tiempo; una publicación científica narró detenidamente la enfermedad de una persona, con fotografías y demás detalles, sin antes haber requerido su conformidad. La persona de la cual se trataba se sintió agraviada en su intimidad y reserva, alegando que podía ser muy fácilmente identificada y que tal publicidad le causaba una gran mortificación.

⁽²⁶⁾ Recordemos que aun frente a comportamientos lícitos, si originan un sacrificio a determinadas personas, que quiebran el principio de igualdad, se ha reconocido, en particular en el derecho administrativo, la procedencia del reclamo indemnizatorio.

⁽²⁷⁾ Existiría si se dan, innecesariamente, datos personales; si puede prescindirse de algunos aspectos sin alterar la sustancia de la cuestión, etc., etc.

⁽²⁸⁾ DESANTES, J. M., *La verdad en la información*, p. 26 y ss.

Es obligada la cita de Grocio y de su teoría del derecho a la verdad; según este jurista sólo se miente si se le oculta la verdad a alguien que tiene derecho a conocerla. Consecuentemente, el indiscreto que pregunta sin ostentar un derecho moral o jurídico se expone a respuestas evasivas, a tropezarse con silencios elocuentes o incluso a respuestas deliberadamente inexactas.

Y poniendo de resalto la importancia de la intimidad, afirma Menéndez: "La reserva de la intimidad se justifica porque somos seres sociales durante varias horas, pero nos replegamos sobre nosotros mismos cuando regresamos a nuestra intimidad. Las puertas de nuestras casas clausuran nuestra intimidad. Lo íntimo es más natural, más auténtico que nuestra imagen exterior. Esa autenticidad de cuando nos replegamos sobre nosotros mismos es la que debe ser respetada por la prensa" (29). Y agrega: "Clausurar la intimidad de una forma total es imposible desde que el hombre renunció a la vida anacoreta y vive como célula social. Claro que si el hombre fuere eremita tampoco se suscitaría el tema de la intimidad porque al vivir aisladamente no tendría nada que ocultar a su prójimo inexistente. La intimidad que se postula entre los humanos es una reserva de "rupúsculos frente a la avidez informativa de otros conjuntos sociales. Mucho de lo que es secreto para los vecinos, es patente para el cónyuge, para los hijos y para todos los domésticos. Es decir, que no es fácil lograr el arcano de una intimidad rabiosamente individualista. Nos debe bastar con que sólo nos conozcan a la perfección unos cuantos y con que su concepto del sigilo elemental se alíe con la

(29) MENÉNDEZ, J., *El respeto a la verdad como límite de la libertad de expresión*, en *Persona y Derecho*, v. V, 1978, publicación de la Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 29 y ss.

natural propensión de cada uno a no exteriorizar los perfiles menos brillantes de su idiosincracia" ⁽³⁰⁾.

Frente a las pesquisas malsanas del periodismo, sostiene Vermeersch, es moralmente lícito adoptar una postura de "legítima defensa". El individuo o la colectividad que desean celar sus aspectos privados pueden reputar la indiscreción profesional como una agresión injusta... ⁽³¹⁾.

En palabras de Desantes, la publicación de lo que es íntimo destruye la intimidad, porque va contra su naturaleza. El respeto a la intimidad es una realidad natural elevada a norma para evitar una destrucción de esa realidad, para eludir el nihilismo, la reducción a la nada ⁽³²⁾.

d) La conformidad de la presunta víctima es otra causa importante de justificación. Hay personas que lejos de poner a buen recaudo su intimidad, muy distante de sentirse agredidas o molestas, alimentan voluntariamente, con plena conciencia, la curiosidad ajena.

Es una manera de promocionarse, de buscar la fama, de permanecer en la atención de las gentes ⁽³³⁾.

Colocan su vivir íntimo a disposición de la pública contemplación; llevan periodistas a su "luna de miel": cuentan todos los actos familiares, revelan "secretos", y, de este modo, abren las puertas de su hogar para compartirlo todo con sus fanáticos o admiradores...

⁽³⁰⁾ MENÉNDEZ, *ob. cit.* p. 51.

⁽³¹⁾ VERMEERSCH, *Restriction mentale et mensonge*, en *Dictionnaire d'apologétique*, col. 963.

⁽³²⁾ DESANTES, *ob. cit.*, p. 50 y ss.

⁽³³⁾ Es una conducta muy común en los tiempos actuales y dentro de determinadas actividades artísticas; podrá discutirse si el derecho a la intimidad es o no renunciable, por integrar los derechos de la personalidad, ubicados fuera del comercio y, por tanto, insusceptible de ser restringido o limitado por acuerdo de partes. Pero el papel de juez de equidad ha de impedir al sentenciante acoger una pretensión resarcitoria esgrimida por quien, sin lugar a dudas, aceptó complacido, en algún momento, la violación de su intimidad.

Lejos de molestarles el avance lo provocan...; de ahí que no haya daño que reclamar ni prevención que peticionar a los jueces.

e) ¿Puede ser la amistad una causa justificadora de la violación a la intimidad? Es innegable que existen amigos que se creen legitimados para saberlo todo, averiguar cualquier aspecto, compartir la vida en familia, lo más recóndito o secreto. En la medida en que ello sea tolerado se configura la eximente antes analizada: empero, en tanto no se dé pie para que ello ocurra, semejante entrometimiento no está permitido en aras de la amistad o al amparo de esa excusa (³⁴).

12. ALGUNOS EJEMPLOS ILUSTRATIVOS

Vamos a contar algunos casos que, a nuestro juicio, tienen que ver y mucho con el tema que analizamos:

a) Hace algunos años asistimos a la inauguración del monumento a un ex gobernador, fundador de una hoy pujante ciudad. Se encontraban presentes sus familiares, en tercera o cuarta generación, autoridades y pueblo. Promediaba la ceremonia, comenzaban a fastidiar los discursos, cuando un murmullo, que iba en franco aumento, atrajo la atención del público: pese a la solemnidad del acto, alguien entre los asistentes había leído en el diario local, que terminaba de aparecer, la noticia acerca de la inauguración; el periodista contaba en términos laudatorios la vida del prócer y, hete aquí el aspecto que nos interesa, relataba sus vicisitudes conyugales, sus dificultades con la esposa, que no quiso seguirlo en su labor de pionero, y su vida en pareja

(³⁴) Es, a nuestro juicio, una amistad mal entendida; la creencia finca en que apoyando la amistad en ese conocimiento se vuelve más sólida, firme, estable.

con una mujer de la zona, madre de sus únicos hijos, que supo comprenderlo y alentarlos... ⁽³⁵⁾.

b) La vida conyugal no es sencilla; en ocasiones es francamente difícil. Un marido, conocido nuestro, sospechaba del comportamiento de su mujer; llamadas telefónicas, salidas a deshoras y otros imponderables, daban pie a su creencia. Bien o mal aconsejado comenzó una paciente y prolija tarea de vigilancia: grabó conversaciones telefónicas, hizo seguir sus pasos, permaneció atento a desplazamientos y relaciones hasta que... en buena o mala hora, supo toda la verdad: su mujer lo engañaba. Promovida la acción de divorcio se le plantea al juez de la causa, ante la presentación de semejantes pruebas, la cuestión que nos preocupa: ¿puede el marido violar la intimidad de su mujer? ¿Está legitimado para vigilarla, espiarla e interferir sus conversaciones? ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Es de imaginar la sorpresa y disgusto de los descendientes...; el secreto, mal o bien guardado durante años, era revelado y en circunstancias que agravaban la noticia. ¿Era responsable el periodista? ¿podría acusárselo de avanzar sobre la memoria del prócer? ¿Sobre la intimidad de sus familiares? ¿Un hecho semejante pertenece a la esfera secreta o privada? ¿Es cuestión de intimidad o de mala memoria? ¿Pese a todo, está autorizado el periodista-historiador a revelarlo? Haga el lector su propia composición de lugar.

⁽³⁶⁾ En la doctrina nacional se destaca la preocupación de María A. Leonfanti, jurista rosarina ya fallecida, por el tema: *El derecho a la intimidad en la Argentina*, en La Ley 1975 B, p. 1319 y ss.; *Nuevo proyecto Tróccoli sobre intimidad*, en Juris, 47, 1975-II, p. 27 y ss.; *La sistemática en la gestación de la ley de intimidad*, en Juris 49, 1976-I, p. D. 3 y ss. Sobresale, como en todas las investigaciones suyas, la preocupación por el derecho comparado, al punto que en el primero de los trabajos se incluyen diez y seis textos de legislación comparada. Reproducimos el art. 26 del Cód. de Filipinas (1949): "Toda persona deberá respetar la dignidad, la personalidad, la situación privada y la tranquilidad mental de sus vecinos, y de otras personas. Los actos siguientes y similares, aunque no constituyan delito, producirán motivo de acción para pedir daños, mandamiento impeditivo y otros remedios:

1. Fisgonear en las cosas privadas de la morada ajena;
2. Entrometerse en, o perturbar la vida privada, o las relaciones familiares de otro;
3. Intrigar para que otro se enajene sus amistades;

c) En los últimos meses de 1979 la enfermedad del ex Presidente Cámpora ha sido el tema obligado de diarios y revistas. La revelación de su afección, los detalles acerca de su origen, extensión y gravedad, las posibilidades de curación, el tratamiento a realizar, etc., etc. Es verdad que el interés de la familia, en valerse de la enfermedad como motivo para salir del país, ha tenido mucho que ver con semejantes revelaciones; estaba de por medio, así mismo, el interés público... ⁽³⁷⁾.

d) En una reunión científica el caldeamiento de los ánimos llevó a uno de los intervinientes a aludir a las creencias y prácticas de su ocasional oponente —se trataba de un adicto a la reencarnación y al espiritismo—. Prescindiendo del ánimo o intención, es innegable que la referencia lleva en sí misma, teniendo en consideración la opinión de la mayoría o del hombre medio, un afán descalificante; penetra, sin lugar a dudas, en la intimidad.

e) Un supuesto similar se origina con las referencias a enfermedades que padece el contradictor o algún miembro de su familia, aunque se cubran tales alusiones con un manto de piedad o conmiseración.

13. LA JURISPRUDENCIA DE LOS CINCO AÑOS TRANSCURRIDOS

Nuestros tribunales no han tenido muchas oportunidades de resolver planteos sobre violación a la re-

4. Vejar o humillar a otro a causa de sus creencias religiosas, baja condición de vida, lugar de nacimiento, defecto físico u otra cualidad personal".

⁽³⁷⁾ Santos Cifuentes, autor de un importante libro sobre *Los derechos personalísimos*, edic. Lerner, 1974, se ocupó del tema en su trabajo *El derecho a la intimidad*, publicado en *El Derecho* 57, 1975, p. 831 y ss. Es interesante su afirmación: "No dejo de pensar que hubiera sido conveniente hacer una referencia expresa al domicilio y los ambientes privados de la persona y de la familia". Señalamos el contraste entre esta preocupación por un muestrario legislativo y la preferencia de Leonfanti por los textos generalizadores.

serva, privacidad o intimidad. Los repertorios contienen muy escaso material al respecto.

Se destaca un fallo dictado por la sala D, de la Cámara Nacional en lo Civil, que hace lugar a la demanda, fundado en la violación a la intimidad, y condena a "ceder en actos de perturbación o mortificación", reparar los daños causados y rechaza el pedido de "publicación rectificatoria" por no considerarlo procedente. Se trataba de la acción iniciada por un padre contra su cónyuge divorciada y la persona que vivía con ella, a raíz de publicaciones periodísticas en las cuales ambos, cónyuge divorciada (madre) y compañero, figuran como padres del menor. El sentenciante admite que las notas en las cuales se señala equivocadamente la paternidad del joven, "han de tener que causar una honda afectación y mortificación en los sentimientos del actor..." Respecto de la eximente invocada, basada en que las afirmaciones son de los periodistas y no de los demandados, el tribunal sostiene que los accionados debieron prever "que se consignaran" datos erróneos acerca de la vida privada y de la relación que los ligaba con el menor; la violación del derecho ajeno se habría producido por abstención u omisión, y aun sin norma expresa "que suponga la obligación de realizar un acto determinado" (38).

(38) CNCiv., sala D, diciembre 31-1976, en *El Derecho*, 72, 1977, p. 218 y ss.