“Ponzetti de Balbín”: la vigencia emocional de argumentos que el tiempo marchitó

por CARLOS J. LAPLACETTE^(*)

“Clásico no es un libro (lo repito) que necesariamente posee tales o cuales méritos; es un libro que las generaciones de los hombres, urgidas por diversas razones, leen con fervor y con una misteriosa lealtad”^(**).

Sumario: 1. UN CLÁSICO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. – 2. EL DERECHO AL SECRETO. – 3. EL PRINCIPIO DE RESERVA DE LAS ACCIONES PRIVADAS Y SU DISTINCIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD. – 4. LA INTIMIDAD Y LA IMAGEN. – 5. LA INTIMIDAD, LA IMAGEN Y EL INTERÉS PÚBLICO. – 6. “PONZETTI DE BALBÍN”: MÁS ALLÁ DEL SIMBOLISMO.

1. Un clásico del derecho constitucional

Al cumplirse 40 años de la sentencia del caso “Ponzetti de Balbín”⁽¹⁾, de la Corte Suprema de la Nación (CSJN), EL DERECHO ha tenido la gran iniciativa de dedicar un suplemento para su análisis. Se trata de una de las mayores consideraciones editoriales que puede recibir una decisión judicial. Ella marcha en consonancia con lo que ocurre en el derecho constitucional argentino, donde la sentencia suele ser mencionada dentro de los grandes precedentes de la CSJN y en la actualidad se ha erigido en lugar común en materia de libertad de expresión y su relación con los derechos a la imagen y a la intimidad.

¿Nos encontramos, entonces, frente a un clásico del derecho constitucional argentino? La respuesta al interrogante puede merecer distintas miradas. Si con Borges se sostiene que la categoría de clásico no depende de sus virtudes intrínsecas, sino más bien del interés que la obra suscita en un grupo humano, la propia existencia de este suplemento es la confirmación de que se trata de un clásico.

Concedido lo anterior, podemos preguntarnos por sus virtudes extrínsecas o, puesto en términos casi iconoclastas, si merece ser un clásico. La respuesta resulta por lo menos dudosa. La sentencia contiene algunas ideas fuera de absoluta vigencia, en especial, la noción de que la Constitución protege la privacidad o intimidad de las personas, así como la existencia de este derecho incluso por parte de personajes públicos o célebres. A su vez, intenta comenzar a delinear, con un éxito muy dudoso, la frontera

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Preeminencia del derecho a la intimidad, sobre la libertad de informar*, por GABRIEL M. MAZZINGHI, ED, 172-110; *La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor*, por ANTONIO R. BUDANO ROIG, ED, 177-181; *Libertad de expresión, derecho a la intimidad y control constitucional*, por ALBERTO RODRÍGUEZ VARELA, ED, 195-360; *El principio de intimidad en la historia constitucional argentina*, por FEDERICO CHACÓN, ED, 2004-240; *La responsabilidad civil de los medios de comunicación y la precisión de las reglas de la doctrina Campillay*, por EMILIO A. IBARLUCIA, ED, 203-388; *La doctrina Campillay. Exégesis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 206-964; *Los contenidos mínimos de la doctrina de la real malicia en el marco de la responsabilidad civil*, por FERNANDO M. RACIMO, ED, 209-972; *Ciudadanos de a pie e interés público. La Corte Suprema en el laberinto de la doctrina de la real malicia*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, ED, 2013-189; *Publicación de un correo electrónico con contenido de interés público: el conflicto entre privacidad y la libertad de expresión en Internet*, por PABLO A. PALAZZI, ED, 257-203; *La intimidad de los menores: Entre las coordenadas de la “real malicia” y la doctrina “Campillay”*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 257-225; *Límites a las restricciones a la libertad de expresión*, por GRACIELA RUOCCO, EDA, 2016-616; *La doctrina de la “real malicia” y el derecho a la información sobre cuestiones médicas*, por MARÍA ANGÉLICA GELLI, ED, 277; *¿Dignidad personal versus libertad de expresión y de prensa? Desafíos actuales para armonizarlos respecto de los medios de publicación digitales*, por MARÍA INÉS MONTESANO, ED, 299; *La libertad de expresión en Argentina y el margen de tolerancia en casos de figuras públicas*, por MARCELO CÉSPEDES, ED, 302-903; *El daño injusto en el periodismo de opinión*, por JOSÉ LUIS SALVADORES HERNÁNDEZ, ED, 304-1104; *Daños ocasionados por la prensa. Distinción entre información u opinión para la aplicación de un adecuado estándar de valoración de la conducta del medio de comunicación*, por JOSÉ LUIS SALVADORES HERNÁNDEZ, ED, 306-1085. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Derecho (UBA). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Docente de derecho Constitucional y Procesal Constitucional (UBA, Universidad Austral, UCA, entre otras). Presidente de la Comisión de Libertad de Expresión del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Socio de Cassagne Abogados.

(**) Borges, Jorge Luis, “Sobre los clásicos”, en *Otras inquisiciones*.

(1) “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida SA”, sentencia del 11 de diciembre de 1984, Fallos: 306:1892.

entre la intimidad y la libertad de expresión. Sin embargo, tras esas ideas muy generales, cabe indagar qué tan actual resultan los razonamientos que dieron sustento a esas nociones.

En estas líneas se realizará un análisis crítico del caso “Ponzetti de Balbín”, no tanto por el sentido de lo resuelto, sino por los argumentos utilizados y su insuficiencia para una utilización actual de ellos. El trabajo se concentrará en dos aspectos que se entienden especialmente relevantes más allá del caso concreto. Por un lado, la necesidad de reconsiderar la reconstrucción teórica que se realiza entre intimidad y acciones privadas. Aquí la sentencia ha sido objeto de diversas críticas por la doctrina, críticas que –según se intentará mostrar– se encuentran absolutamente justificadas.

En segundo lugar, este comentario intentará fijar la atención sobre los diversos conceptos de interés público que se utilizan en los votos para fijar los límites entre intimidad y libertad de expresión. Esta temática, a pesar de su enorme relevancia y proyección, apenas mereció en la sentencia un tratamiento dogmático e inconsistente.

2. El derecho al secreto

Más allá de las discrepancias y múltiples definiciones que existen acerca del derecho a la intimidad, en todas ellas se destaca la característica de otorgar a su titular la facultad de mantener en “secreto” o reserva determinados aspectos de su vida⁽²⁾.

Si bien la extensión o alcance del derecho es objeto de controversias doctrinarias en innumerable cantidad de ocasiones, existe un acuerdo generalizado en que el derecho a la intimidad implica la posibilidad que tiene la persona de mantener en secreto distintos aspectos de su vida, impidiendo que el Estado o los particulares se introduzcan en esa esfera. Da una idea de refugio, de ocultamiento, de sustracción al conocimiento de los demás⁽³⁾.

El derecho a la intimidad suele hacer alusión a la protección de aquellos matices de la vida de las personas que el sujeto decide no introducir en el marco de la convivencia social. Por tal motivo, es requisito para la existencia de un derecho a la intimidad que los datos o situaciones que se deseen proteger no estén destinados a ser conocidos por los demás; ello exige, entre otras cosas, que el titular de esa información no la haya hecho pública previamente en forma voluntaria⁽⁴⁾.

La extensión y las características del derecho a la intimidad o privacidad entendidas como secreto están muy lejos de ser unívocas. Incluso, en la actualidad, como consecuencia del avance tecnológico y la capacidad de gestionar en forma inmediata una inmensa cantidad de información producida en línea de modo constante por los individuos, parece correcto hablar de una era de la *posprivacidad* y enfocar la atención en el anonimato, como derecho necesario para asegurar la intimidad y también el ejercicio de otros derechos, como la libertad de expresión⁽⁵⁾.

(2) En las sociedades democráticas conviven diversas formas de secreto, muchas de ellas tuteladas por el ordenamiento jurídico; en ocasiones para proteger la esfera de lo público y otras para la tutela de la vida privada (Cfr. Ventura, Adrián, *Libertad de expresión y garantías*, Buenos Aires, La Ley, 2009, pág. 62).

(3) Goldenberg se refirió a la privacidad del individuo como “el derecho que permite al individuo preservar, mediante acciones legales, su intimidad, es decir, aquella parte de su existencia no comunicable. Pueden mencionarse en general situaciones, circunstancias, o sentimientos de índole reservada y en particular, a título meramente ejemplificativo, cualidades, defectos, enfermedades, estados psíquicos, inclinaciones, hábitos, relaciones íntimas, actitudes equívocas, hechos penosos o mortificantes, excentricidades, flaquezas, miserias humanas, etc., independientemente de la veracidad de tales particularidades” (Goldenberg, Isidoro H., “La tutela jurídica de la vida privada”, LL, 1976-A, pág. 576).

(4) Basterra indica que el contenido de este derecho “es, a la vez, tributario de la libertad del titular en cuanto a la delimitación de los contornos que han de servir para definirla” (Basterra, Marcela I., “La protección jurídica del derecho a la intimidad a 30 años de la reforma de 1994. Nuevas dimensiones del derecho a la autodeterminación informativa y el derecho fundamental a la protección de datos personales”, EBOOK-TR 2024-2 (Gelli), pág. 85).

(5) Cfr. Falierno, Johana C., *El derecho al anonimato*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2019, *passim*.

Una vez que se traspasa esa idea de secreto u ocultamiento, los contornos del derecho a la intimidad o a la privacidad comienzan a tornarse mucho más inciertos, pues se abandona la idea de secreto para vincularse con la idea de “reserva” –término multifacético que puede referir tanto a algo oculto o discreto como también a algo cuyo uso o destino corresponde en forma exclusiva a alguien–. La diferencia entre hechos o acciones “reservados” al conocimiento de los demás o “reservados” a la decisión de una persona permite establecer una distinción que muchos autores, y yo mismo entre ellos, creen de gran relevancia.

Mientras por un lado existiría la libertad de mantener en reserva o secreto ciertas acciones o hechos, tales como el domicilio o la correspondencia (privacidad/secreto), existiría una facultad distinta consistente en la libertad de decidir en forma libre la realización de todas aquellas acciones que no afectan de modo significativo a un tercero (privacidad/libertad).

Una posibilidad recurrente, que se explica tanto por la íntima relación que existe entre ambos tipos de privacidad o intimidad, es la de tratar a ambos derechos como si fueren uno solo. Por ejemplo, refiriéndose a intimidad o privacidad como sinónimo, Ekmedkjian sostuvo que debe ser entendida como la posibilidad de contar con “una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, el cual no puede ser invadido por terceros –ya sean particulares o el propio Estado– mediante intromisiones que puedan asumir muy diversos signos. “[...] En otras palabras, el derecho a la privacidad es una forma de manifestación de la libertad del hombre, en su vida social”⁽⁶⁾.

El voto principal, de Carrió y Fayt, en “Ponzetti de Balbín” asume una posición mucho más amplia en cuanto a la definición de intimidad, a punto tal de desvincularla del secreto como elemento necesario y confundirla con lo que suele denominarse principio de reserva de las acciones privadas. En el considerando 8, de cita frecuente en la literatura jurídica nacional, se encuentra la siguiente definición: “Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 CN. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no solo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personal espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen”.

Esa definición de intimidad como sinónimo de privacidad, con fundamento jurídico en el artículo 19 de la CN, que alcanza tanto circunstancias “cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad” como hechos que superan la “esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad”, puede ser leída tanto como una distinción entre diversas esferas de intimidad como por una vinculación entre aquello que no debe ser divulgado y las acciones privadas de las que habla el artículo 19 de la CN.

Por lo tanto, una primera consideración que puede realizarse es aquella que tiende a establecer la relación entre el derecho a la intimidad y las acciones privadas mencionadas por el artículo 19 de la CN. El tema dista de ser novedoso y se han intentado diversas formas de relacionar el secreto u ocultamiento propio del derecho a la intimidad con el principio de reserva de las acciones privadas⁽⁷⁾.

(6) Ekmedkjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ra. ed., actualizada por Pablo L. Manili, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pág. 400, cursiva en el original.

(7) En este mismo suplemento, Santiago Legarre realiza un recomendable análisis crítico sobre los alcances con los que se utilizarían los conceptos de intimidad y privacidad en los distintos votos de “Pon-

Basterra presenta al derecho a la intimidad integrado por “cuatro niveles o esferas de protección: 1) primera esfera de protección: el principio de autonomía personal; 2) segunda esfera de protección: el derecho a la intimidad; 3) tercera esfera de protección: el derecho a la privacidad y; 4) cuarta esfera de protección: el derecho a la autodeterminación informática”⁽⁸⁾.

Manili procura relacionar ambos aspectos (intimidad-secreto e intimidad-libertad) al analizar a la intimidad como una parte integrante del derecho a la autonomía personal, el cual estaría integrado por los derechos a la intimidad, la privacidad, la libertad de pensamiento, de consciencia y de culto y el derecho a la objeción de conciencia⁽⁹⁾. Similar es la descripción de Badeni, quien considera que la vida privada es el género que comprende todas las especies relacionadas con el ser humano, entre las que se encontrarían el honor, el buen nombre y la dignidad⁽¹⁰⁾.

Sin pretender considerar correctas o incorrectas esas reconstrucciones teóricas, en el apartado siguiente se expondrán razones que intentan justificar la conveniencia expositiva y práctica de diferenciar de un modo mucho más fuerte entre intimidad (reserva como secreto) y acciones privadas (reserva como propia decisión).

3. El principio de reserva de las acciones privadas y su distinción con el derecho a la intimidad

En nuestro medio, posiblemente ha sido Carlos Nino quien mayor énfasis ha puesto en la distinción entre lo que él denominó “derecho a la privacidad”, entendido como las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros y el “derecho a la intimidad” como una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás⁽¹¹⁾.

Mientras el derecho a la intimidad habla de restricción al conocimiento y divulgación de información, las acciones privadas tuteladas por el artículo 19 de la CN no se limitan ni se confunden con aquellas acciones que tienen lugar “en secreto” o bajo reserva (esto es objeto de discusión, pero me inclino muy decididamente por esta interpretación)⁽¹²⁾. La primera parte del artículo 19 ampara todas aquellas decisiones del ser humano que no causan daño a la sociedad, aun cuando puedan ser reputadas como erróneas o dañinas para el sujeto⁽¹³⁾.

De este modo, del artículo 19 de la CN no surge tanto un derecho a mantener en secreto una determinada circunstancia, sino más bien el reconocimiento por parte de la Constitución de la facultad básica y elemental de todo ser humano de elegir su plan de vida y desarrollarse conforme al modelo de virtud que –equivocado o no– considere más adecuado, y ello con independencia de que la decisión se adopte públicamente o en el más absoluto secreto.

El artículo 19 no se limita a proteger acciones o conductas que se desarrollan fuera del conocimiento de los demás, sino que va mucho más allá. Representa, al decir de Caballero, un sector de la libertad personal que el Estado democrático liberal reconoce a los ciudadanos y que, en el derecho nacional, se traduce en un abanico de libertades, como la libertad de conciencia, de religión, de ideología política, entre otras⁽¹⁴⁾.

zetti de Balbín”. Véase, Legarre, Santiago, “Diferencias terminológicas y conceptuales en materia de privacidad”, “Ponzetti de Balbín”: 40 años después, Edición especial, *El Derecho - Diario*, 2024.

(8) Basterra, Marcela, “La protección jurídica...”. En forma más extensa, puede verse, Basterra, Marcela, *Derecho a la información vs. derecho a la intimidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2012, págs. 154-184.

(9) Cfr. Manili, Pablo L., *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, La Ley, 2021, tomo II, pág. 481 y ss.

(10) Cfr. Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, 3ra. ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, Tomo I, pág. 832.

(11) Cfr. Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, 3ra. reimp., Buenos Aires, Astrea, 2005, págs. 304 y 327.

(12) Si bien no es este el lugar para analizar cuáles son las acciones protegidas por el art. 19, tomo como premisa que la acción humana, aun cuando se desarrolle en un ámbito público y con el conocimiento del resto de la sociedad, no puede ser objeto de regulación por parte del Estado, a menos que se afecte el orden o la moral pública, o se perjudique a un tercero.

(13) Por ejemplo, aún en el caso en que clínicamente se demuestre con toda certeza que una dieta vegetariana o el consumo de alcohol es perjudicial para la salud, no por ello debiera el Estado obligar a un sujeto a cambiar sus hábitos nutricionales. Sin embargo, tales hábitos, bien pueden ser de público conocimiento y con ello no existiría un derecho a la intimidad sobre tales aspectos de la persona.

(14) Cfr. Caballero, José Severo, *Acciones privadas de los hombres y autoridad de los magistrados*, Buenos Aires, La Ley, 1989, pág. 31.

Tal como lo expresa Nino, esta es la libertad fundamental que los sistemas sociales totalitarios niegan. Muchas de las violaciones de los distintos derechos individuales –libertad de culto, de opinión, de trabajo, de asociación– afectan en última instancia el derecho de cada persona a elegir su propio plan de vida⁽¹⁵⁾.

El artículo 19 de la CN consagra lo que Werner Goldschmidt individualizó como el principio mismo de justicia, por el cual el derecho debe asegurar a cada individuo una esfera de libertad lo suficientemente amplia para que sea capaz de desarrollar su personalidad, de convertirse de individuo en persona, es decir, de personalizarse⁽¹⁶⁾.

Por esa razón, la relación entre el artículo 19 de la CN y la intimidad es mucho menos intensa de lo que podría parecer. Miguel Padilla –por ejemplo– entendía que, antes de la reforma de 1994, en el texto constitucional la noción de intimidad únicamente estaba contemplada en el art. 18 de la CN, al establecer la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia⁽¹⁷⁾. Desde luego, ello no impediría considerar la existencia más general de un derecho a la intimidad con sustento en citado artículo 18 y en el 33 de la CN. A su vez, la recepción del derecho a la intimidad en diversos documentos internacionales termina de llenar cualquier vacío normativo.

Diferenciar entre intimidad y acciones privadas no es un simple ejercicio teórico. Una incorrecta descripción de este fenómeno podría conducir a soluciones erróneas.

En primer lugar, la intimidad funciona como un derecho; una libertad que se ejerce conforme las leyes que la reglamentan. En la doctrina existe consenso en que intimidad/secreto, como cualquier otro derecho, es de carácter relativo, pudiendo ser objeto de reglamentación por la ley.

El principio de reserva de las acciones privadas puede enunciarse como un derecho (el derecho a elegir y desarrollar un plan de vida) pero funciona como límite general a la reglamentación de todos los derechos. Desde esta perspectiva, se asemeja a los límites o requisitos tradicionales del antiguo poder de policía. Así como no pueden reglamentarse derechos sin respetar el principio de legalidad o de razonabilidad, tampoco será admisible una restricción de derechos destinada a regular acciones que no afectan *al orden o a la moral pública ni perjudican a un tercero*.

La libertad de intimidad puede ser objeto de limitaciones; por ejemplo, se puede allanar un domicilio cumpliendo determinadas reglas. Pero ninguna conducta humana podrá ser objeto de reglamentación a menos que vulnere el orden o la moral pública o perjudique a un tercero. Ciertamente, muchas de las conductas protegidas por el derecho a la intimidad también caerán dentro del principio de las acciones privadas, pero no se trata de una diferencia de género a especie, sino de categorías distintas⁽¹⁸⁾. Algunos ayudarán a profundizar la diferenciación propuesta.

El Estado puede –y de hecho lo hace– prohibir o sancionar distintas conductas que tienen lugar en la intimidad del hogar, como las injurias graves entre cónyuges o los abusos intrafamiliares. La familia tiene derecho al secreto de esas circunstancias; nadie puede revelarlas, pero pueden llevar a la intervención de las autoridades estatales, es decir, que no se trata de acciones privadas.

Otro ejemplo interesante es la orientación sexual de una persona. Si esa elección autoreferente se lleva a cabo sin perjuicio a terceros, será una acción privada y el Estado no podría regularla. Pero la protección del derecho a la intimidad sobre esas conductas dependerá de otros

(15) Cfr. Nino, Carlos Santiago, “¿Es la tenencia de drogas con fines de consumo personal una de ‘las acciones privadas de los hombres?’”, LL, 1979-D, pág. 747.

(16) Cfr. Goldschmidt, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6ta. ed., Buenos Aires, Depalma, 1987 pág. 417.

(17) Padilla, Miguel, “Fuentes constitucionales del derecho a la intimidad”, LL 1998-F, pág. 911.

(18) Colautti sostuvo que las acciones íntimas son una especie dentro de las acciones privadas, dado que todas las acciones íntimas son privadas, pero no todas las acciones privadas (por ejemplo, la expresión de creencias religiosas u opiniones políticas, hábitos, formas de conducta) son íntimas (Colautti, Carlos E., “Reflexiones preliminares sobre Hábeas Data”, La Ley, 1996-C, 917). Si bien esa identidad puede estar presente en muchas ocasiones, existen supuestos protegidos por el derecho a la intimidad que no constituyen acciones privadas exentas de la autoridad de los magistrados. Por ejemplo, la propagación voluntaria de una enfermedad constituye una conducta que perjudica a terceros y que no está amparada por el art. 19 de la CN, sin embargo, existiría el derecho de la víctima a que se preserve su intimidad y no se divulgue su nombre.

elementos; en especial, la posibilidad de que la persona haga pública sus decisiones sexuales o las mantenga en el más absoluto secreto y, de esa forma, delimitar el alcance de su derecho a la intimidad sobre esa decisión. En otros casos, circunstancias especiales podrían determinar la ausencia de un derecho a la intimidad sobre esas conductas con independencia de la voluntad del sujeto involucrado; por ejemplo, si un legislador promoviera la penalización de la prostitución o la homosexualidad, la revelación de que realiza ese tipo de prácticas serviría para juzgar la sinceridad de sus posiciones como integrante del Poder Legislativo.

La intimidad también protege situaciones que no pueden ser consideradas conductas o acciones, como ocurre con una enfermedad, una cicatriz o una malformación congénita no visible a simple vista. En estos casos existe un derecho a la intimidad, aunque no es una acción privada tutelada por el principio de reserva del artículo 19 de la CN. El Estado podría regular con base en esos aspectos si diera para ello una base racional de distinción, por ejemplo, imponer tratamientos obligatorios en casos de enfermedades altamente contagiosas que constituyan un riesgo grave para la sociedad –como la vacunación u otro tipo de medidas de profilaxis–; sin embargo, esa competencia del Estado para imponer ese tipo de acciones no implicaría –sin más– la pérdida del derecho a la intimidad como secreto respecto de las historias clínicas u otros aspectos relativos a los pacientes que padecen esas enfermedades. Algo no muy distinto ocurre con el secreto estadístico, en donde el Estado puede obligar a brindar información personal pero luego solo puede ser publicada de modo que no pueda individualizarse a las personas o entidades a quienes se refieran (art. 10, de la ley N.º 17.622).

De esta forma, el artículo 19 de la CN no protege un derecho específico, sino más bien a un amplio espectro de libertades entre las que se pueden destacar: las de opinión, de culto, vida sexual, etc. Se trataría de un principio genérico que podría denominarse “principio de libertad” o “autonomía personal”.

4. La intimidad y la imagen

Junto con la intimidad, el primero de los votos de “Ponzetti de Balbín”, emitido por los jueces Carrió y Fayt, incluyó dentro de la noción general de este derecho “otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como [...] la imagen”.

El derecho a la imagen no era un derecho expresamente reconocido en el texto constitucional. Sin embargo, existía una larga tradición legal que protegía este derecho desde la primera mitad del siglo XX. Allí se encuentra el artículo 31 de la ley N.º 11.723 que establece que “el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma”. En caso de muerte, se requiere el consentimiento del cónyuge e hijos o descendientes directos de estos o –en su defecto, del padre o de la madre–. También se establece que el consentimiento puede ser revocado resarcido daños y perjuicios.

Como excepciones a ese principio, el mismo artículo 31 establece que el retrato será libre “cuando fallecido el retratado, faltaren los familiares mencionados en el párrafo anterior y cuando el retrato se relacione con fines científicos, didácticos y culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Si bien el artículo 31 se refiere a “retrato fotográfico”, existe acuerdo general de que se aplica analógicamente a cualquier otra forma de reproducción de la imagen de las personas, tales como la imagen cinematográfica o televisiva, los dibujos, las esculturas o las caricaturas, en tanto sea posible identificar a la persona retratada⁽¹⁹⁾. Por otro lado, por “puesto en el comercio” se entiende cualquier utilización comercial de la imagen. Una interpretación armónica de esa expresión con el *in fine* del mismo artículo lleva a concluir que la expresión “poner en el comercio” debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad⁽²⁰⁾.

(19) Así: “aunque la prohibición contenida en el art. 31 de la ley 11.723 solo se refiere al retrato, debe hacerse extensiva a cualquier otra forma en que la imagen puede ser fijada, así como a la cinematografía y la televisión” (CNCiv., Sala I, “R., S. H. y otro. c. CICA S.A. Industrias Alimenticias”, 31/8/1995, LL, 1996-D, pág. 139).

(20) CNCiv., Sala D, “P. de B. A. N. c. J. J. y otro”, sentencia del 30/11/1993, LL, 1994-D, pág. 148.

En alguna ocasión, la CSJN ha sostenido que del artículo 31 de la ley N.º 11.723 cabe extraer que el legislador ha prohibido como regla la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, regla que solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho⁽²¹⁾.

Un nuevo hito normativo tuvo lugar en 1975, cuando la ley N.º 21.173 incorporó el artículo 1071 bis al Código Civil, en tanto dispuso que quien “arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos [...] será obligado a cesar en tales actividades [...] y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias”.

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

En 1994, con la incorporación a la Constitución Nacional del artículo 75, inc. 22, distintos instrumentos internacionales dieron jerarquía constitucional a los derechos a la intimidad y a la imagen. Allí se pueden destacar los artículos V, IX y X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁽²²⁾, el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁽²³⁾, el artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁽²⁴⁾, y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁽²⁵⁾, entre otros.

5. La intimidad, la imagen y el interés público

El artículo 31 de la ley N.º 11.723 y el artículo 53 del CCyCN reconocen que el derecho a la imagen cede ante la posibilidad de publicar retratos en el ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. Esta misma idea aplicó la CSJN en “Ponzetti de Balbín” para explicar el derecho a la intimidad en el caso de los personajes públicos⁽²⁶⁾.

(21) Fallos: 311:1171.

(22) Artículo V: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. Artículo IX: “Toda persona tiene el derecho a la inviolabilidad de su domicilio”. Artículo X: “Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”.

(23) Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

(24) Artículo 11: “Protección de la Honra y de la Dignidad 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

(25) Artículo 17. 1: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

(26) En el primer voto se puede ver esta idea en los considerandos 9º y 10: “9º) Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general [...] 10) Que en el caso *sub examine* la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista ‘Gente y la actualidad’ excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista ‘Gente y la actualidad’ no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad”.

El segundo voto, correspondiente a los jueces Caballero y Belluscio, afirmó de modo similar que “el interés público existente en la informa-

ción sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa” (cons. 7º). Palabras similares utiliza el juez Petracchi en el cons. 21 de su voto.

De esta forma, la “piedra de toque” para justificar la legalidad de una publicación de retratos o de información de carácter íntimo o privado estaría dada por la existencia de un interés público que justifique la decisión de publicarlo sin el consentimiento del sujeto. Aquí el concepto de interés público sirve como delimitador de las fronteras entre intimidad y libertad de expresión. Es curioso entonces que, a pesar de la relevancia de este concepto, ni en “Ponzetti de Balbín” ni en casos posteriores haya existido un análisis más profundo sobre sus contornos.

Frente a cualquier conflicto entre privacidad y libertad de expresión, se pueden asumir dos posiciones para determinar qué es lo que se entiende por interés público. Un criterio descriptivo sostendrá que es de interés público todo lo que interesa al público. Este criterio es particularmente aplicable ante situaciones que involucran a funcionarios públicos o, en general, en aquellos casos en que la libertad de prensa adquiere una relevancia institucional o, como se la ha denominado correctamente, estratégica para el sistema de gobierno⁽²⁷⁾.

Sobre este criterio descriptivo se ha afirmado que “solo un enfoque descriptivo puede preservar inviolable la independencia editorial. Tal como lo expresó la Suprema Corte de los Estados Unidos, la ‘elección del material que se publicará dentro de un periódico, y [...] el tratamiento que se le brinda a los asuntos y a los funcionarios públicos —ya sea injusto o injusto— constituye el ejercicio del criterio y control editorial’.

Bajo esta perspectiva, pretender imponer a la prensa un estándar objetivo de qué es lo que tiene valor periodístico y qué es lo que no, es una invasión inadmisibles de una de las prerrogativas centrales de la prensa libre, la de decidir qué noticia es conveniente publicar”⁽²⁸⁾.

Por el contrario, una posición normativa acerca de lo que debe entenderse por interés público suele sostener que no todo lo que interesa al gran público es de interés público. El interés público, en este segundo supuesto, estaría dado por aquellas situaciones con algún tipo de trascendencia institucional. Esta posición está muy presente en la jurisprudencia de distintos tribunales nacionales, los cuales muchas veces deciden qué información o qué fotografía es necesaria publicar y cuál es la que debería no haberse publicado ya que, a su criterio, no agregaría nada a una noticia.

Esta última posición, si bien resulta seductora en una primera instancia, rápidamente se vuelve muy problemática, ya que poco a poco se advierte que no existe ninguna fórmula compartida para establecer —con criterios normativos— qué es de interés público y qué no lo es⁽²⁹⁾. La ausencia de criterios para determinar qué es y qué no es relevante para el interés público lleva a delegar en los funcionarios estatales, como los jueces, el poder editorial para decir qué se puede publicar y qué no, a partir de nociones cuando menos carentes de claridad. Semejante facultad en cabeza de los funcionarios estatales es irreconciliable con el alcance reconocido a la libertad de expresión en el sistema constitucional argentino.

Para más, presenta el problema de que, por funcionar como reglas *ex post*, el periodista o editor no tendrá certidumbre acerca de la relevancia de la publicación para la noción de interés público que adopte el juez sino hasta después de haber sido sometidos a un proceso judicial en el cual se resuelva sobre su condena o absolución. El riesgo lleva a la censura indirecta, al desalentar la publicación de información vinculada con funcionarios públicos o con la marcha de las instituciones, que los funcionarios pretendan mantener en reserva al afirmar que hace a su intimidad.

(27) “En el marco de ella, la libertad de prensa recibe un tratamiento jurídico preferencial, no para satisfacer una necesidad individual, sino para preservar el sistema político que posibilita la manifestación armónica de las libertades individuales” (Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, 3ra. ed., Buenos Aires, La Ley, 2010, tomo II, pág. 101).

(28) Smolla, Rodney A., *Free Speech in an Open Society*, New York, Vintage Books, 1992, pág. 133.

(29) “El límite entre información y entretenimiento es demasiado elusivo para la protección de la prensa”, *Times Inc. v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967).

En “Ponzetti de Balbín” los dos votos concurrentes adoptan claramente una posición normativa acerca del interés público. Allí se habla de que la información acerca del estado de salud del líder político “no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía [...] cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro”. Son aquí los jueces quienes deciden qué imagen o información es requerida para el debate público y cuál no lo es.

El primero de los votos, en cambio, parece utilizar una teoría descriptiva del interés público al indicar que “esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimiento de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal”. Esto deja abiertos varios interrogantes. ¿Acaso una respuesta distinta del público hubiera cambiado el resultado del proceso? ¿El interés público es simplemente el de la mayoría o el interés para una minoría relevante podría justificar la publicación?

Esta falta de resolución sobre cuál es el interés público que establece las fronteras entre intimidad y libertad de expresión permitió utilizar a “Ponzetti de Balbín” para fundar la condena a una editorial que había hecho pública la existencia de un hijo extramatrimonial del presidente de la Nación en el caso “Menem c/Perfil”⁽³⁰⁾, sentencia que derivó en una condena a la República Argentina por la violación del artículo 13 de la Convención Americana. Desde luego, la aplicación del precedente de 1984 a la sentencia dictada en 2001 no es achacable a los autores del primer fallo, pero sirve para advertir las dificultades que presenta la falta de concreción de la noción de interés público⁽³¹⁾.

Es posible conceder que una noción completamente descriptiva de lo que debe entenderse por interés público lleva a consecuencias indeseables y no sea absolutamente correcta. Sin embargo, no es ese el riesgo que hoy existe en la jurisprudencia, sino, por el contrario, la asunción de posiciones normativas por parte de los tribunales, que en ocasiones recuerdan al perfeccionismo.

Todo aquel que pretenda utilizar un criterio normativo de interés público debería correr con la carga de brindar parámetros objetivos que permitan su determinación más allá de la subjetividad del juez. Al abordar esta problemática, y desde una perspectiva claramente normativa favorable a la protección de la intimidad, Julio Rivera (h.) brinda algunas pistas para intentar incorporar contenidos concretos a la noción de interés público en este ámbito; a partir de pronunciamientos de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana, destaca el vínculo entre interés público y el debate democrático como forma de establecer el interés de la noticia; si ella contribuye a los procesos de autogobierno democrático, el interés público estaría presente⁽³²⁾.

Uno de los abordajes más logrados de esta problemática está presente en el voto en disidencia de la jueza Argibay en la causa “Franco c/Diario ‘La Mañana’”⁽³³⁾. En este caso, la mayoría de la CSJN asumió una posición normativa del interés público y confirmó la sentencia de la justicia provincial haciendo lugar al reclamo del hijo de

un profesional fallecido, tras entender que, a los fines de informar sobre las circunstancias de su muerte, no resultaba necesario publicar la fotografía de su cadáver tendido en la vía pública.

En su disidencia, Argibay efectuó un abordaje mucho más adecuado de la problemática que se viene analizando. La jueza afirmó que la doctrina de “Ponzetti de Balbín”⁽³⁴⁾ no debía extenderse a aquellos casos relativos a la publicación de fotografías de hechos o personas que no se encuentren en lugares privados o reservados. Sostuvo que “si bien las personas cuentan con protección contra la afectación de sus sentimientos y de su tranquilidad por parte de la prensa, deben distinguirse los casos en que dicha perturbación proviene de la publicación de una imagen obtenida mediante una invasión ilegal de un espacio exclusivo, de los casos en que ello no ha sucedido”⁽³⁵⁾.

La razón de esta distinción estribaría en que “es prácticamente imposible el ejercicio de la prensa y la comunicación sin afectar en mayor o menor medida los sentimientos de las personas relacionadas con el mensaje, sea este un texto o una imagen [...] reconocer una protección de los sentimientos tan intensa que la publicación de cualquier imagen deba ser autorizada por las personas cuyos sentimientos podrían verse afectados, colocaría prácticamente a toda la actividad periodística y en particular al fotoperiodismo bajo sospecha y, por ende, bajo el deber de justificar en todos los casos que el interés de la publicación es superior al interés de las personas afectadas en sus sentimientos”.

Un estado similar –continúa Argibay– “es incompatible con la función primordial de la prensa libre, ya que la fluidez de su funcionamiento es imposible cuando el control sobre la información que es legítimo publicar se torna tan minucioso”⁽³⁶⁾.

La pauta orientadora sería la siguiente: las intrusiones en los espacios privados hacen *prima facie* ilegítima la publicación de los registros obtenidos de ese modo. En cambio, la publicación de imágenes tomadas en espacios de libre acceso o previamente distribuidas entre un grupo reducido de personas no constituye, como regla, una violación de la intimidad de las personas. Lo dicho no supone un parámetro absoluto, sino tan solo un juicio provisional según el cual la injerencia en la vida privada se presume en el primer caso y debe ser demostrada por quien la invoca en el segundo. En el primer tipo de situaciones tendría prevalencia la intimidad, derivado de los derechos a la honra y a la dignidad tutelados en el artículo 11.3 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CADH); en el segundo, la libertad de prensa protegida por el artículo 14 de la Constitución Nacional y 13 de la CADH.

La jueza agregó que las publicaciones que inciden en los sentimientos de las personas, pero no están directamente orientadas a divulgar aspectos de su vida privada, no pueden ser tomadas como un ataque a su intimidad. Lo contrario sería “inconsistente con la relevancia la libertad de prensa, que es la moneda en que se pagaría el costo de esta ampliación interpretativa del derecho a la intimidad”⁽³⁷⁾. También resultaría irrazonable y sin sustento normativo –continúa el voto disidente– exigir que toda publicación sea necesaria para cumplir con el fin de interés general al que sirve la tarea periodística. Un estándar de esta naturaleza “barrería gran parte de la información incluida en los periódicos y otros medios de comunicación que, si bien está relacionada con temas de interés general, no es estrictamente necesaria, ni indispensable”⁽³⁸⁾.

Merece destacarse que, si bien se trató de un voto en disidencia, la opinión de Argibay ha ido ganando terreno en la jurisprudencia y hoy es doctrina recibida por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal⁽³⁹⁾. A su vez, la CSJN, frente a un montaje fotográfico en el cual el rostro de Cecilia Pando aparecía adosado a un cuerpo femenino ajeno desnudo envuelto en una red, entendió que la publicación gozaba de protección constitucional

(30) Fallos: 324:2895.

(31) Al condenar a la República Argentina por violar la Convención Americana en la sentencia “Menem c/Perfil”, la Corte Interamericana sostuvo que “la información relativa a la existencia del hijo no reconocido por el señor Menem, así como la relación de este último con el niño y con su madre constituían la causa principal y un elemento central e inseparable de los hechos publicados por la revista Noticias que informaban sobre: a) la disposición de cuantiosas sumas de dinero hacia esas personas por parte del entonces Presidente de la Nación; b) la entrega a dichas personas de regalos costosos, y c) la presunta existencia de gestiones y favores económicos y políticos al entonces esposo de la señora Meza. Dicha información se relaciona con la integridad de los funcionarios y, aún sin necesidad de determinar si se hizo uso de fondos públicos para fines personales, la disposición de sumas cuantiosas y regalos costosos por parte de un Presidente de la Nación, así como con la eventual existencia de gestiones o interferencias en una investigación judicial, son cuestiones sobre las cuales existe un legítimo interés social en conocerlas. Por ello, para este Tribunal la información difundida por la revista Noticias posee el carácter de interés público y su publicación resultó en un llamado para ejercer el control público y, en su caso, judicial respecto de aquellos hechos” (Corte IDH, caso “Fontevicchia y D’Amico v. Argentina”, (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 29/11/2011, serie C 238, párr. 62).

(32) Cfr. Rivera (h.), Julio César, “Libertad de expresión y derecho a la intimidad”, en *Tratado de los derechos constitucionales*, Julio César Rivera (h.) et al, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2014, tomo II, pág. 82 y ss.

(33) “Franco, Julio César c/Diario La Mañana y otros s/daños y perjuicios”, sentencia del 30/10/2007, Fallos: 330:4615.

(34) Fallos: 306:1892 (1984).

(35) Fallos: 330:4615 (2007), disidencia de la jueza Argibay, cons. 7°.

(36) Fallos: 330:4615 (2007), disidencia de la jueza Argibay, cons. 7°.

(37) Fallos: 330:4615 (2007), disidencia de la jueza Argibay, cons. 8°.

(38) Fallos: 330:4615 (2007), disidencia de la jueza Argibay, cons. 9°.

(39) En este sentido, por ejemplo, CACyCF, Sala II, 25/10/2017, “A. L. G. c/Google Inc. s/daños y perjuicios”.

debido a la existencia de un interés público suficiente en el carácter público de la figura y la temática que involucra la nota⁽⁴⁰⁾.

Ocurre que la imagen no solo sirve para informar. Una imagen tiene también otro tipo de finalidades, como el énfasis o la intención de generar aprobación o rechazo a una determinada opinión. En ocasiones las imágenes permiten transmitir ideas de modo tal que un texto escrito no podría hacerlo. Existen algunos casos de fotografías emblemáticas, como la fotografía del niño somalí, desnudo y gravemente desnutrido, observado desde cerca por un ave de rapiña que espera un final inevitable. Otro tanto con la fotografía de Phan Kim Phúc, la niña vietnamita que corría aterrorizada y desnuda entre los soldados estadounidenses mientras intentaba escapar de la Guerra y del napalm.

Esas fotos, como tantas otras, constituyen muestras del poder de la imagen como herramienta de comunicación. ¿Superarían esas imágenes los estándares de “Ponzetti de Balbín”? Ambas fotos fueron capaces de transmitir información y sentimientos de un modo vedado, incluso a los mejores narradores. La imagen conocida desde entonces como la “niña del napalm” es posiblemente una de las más impactantes y con mayor trascendencia geopolítica de la historia del periodismo gráfico. A pesar de sus virtudes, ninguna de ellas podría haber sido jamás conocida por el mundo si el periodista hubiera tenido que respetar los estándares jurisprudenciales de nuestro país. En el mejor de los casos, se habría conocido la fotografía, pero las caras de horror de los niños se habrían editado para evitar que un juez considerara innecesaria o que afectaba la intimidad de la menor.

Algo de eso puede encontrarse en el caso “Ponzetti de Balbín”. ¿Describir con palabras la agonía del líder político es, acaso, una acción tan distinta a la de publicar su imagen en ese estado? Tiendo a pensar que la ilegalidad de la fotografía solo puede entenderse a partir de la maniobra subrepticia para su obtención antes que a la imagen en sí misma, la cual nada parece tener de deshonoroso, más allá del buen o mal gusto que pueda suponer.

El problema del buen o mal gusto de la imagen o de la información hoy suele ser rechazado por la CSJN como elemento para juzgar sobre su protección constitucional. En el año 2022, la sentencia del caso “Denegri” se erige sobre consideraciones que podrían ser entendidas como directamente opuestas a la decisión de “Ponzetti de Balbín” de valorar sobre las virtudes informativas de la noticia: “En efecto, el cariz desagradable, indignante o desmesurado de ciertas expresiones del debate público no podría despojarlas de protección constitucional sin incurrir en criterios que, en última instancia, dependerían de los subjetivos gustos o sensibilidades del tribunal de justicia llamado a ponderarlas; el solo motivo de que esas expresiones puedan resultar ingratas u ofensivas para las personas involucradas, tampoco podría sustraerlas, sin más, de esa protección constitucional (conf. arg. ‘Pando’, Fallos: 343:2211, ya citado). Admitir razonamientos de esta naturaleza, basados en gustos o puntos de vista particulares, introduce en el estándar de análisis una variable extremadamente maleable y subjetiva que abre la puerta a la arbitrariedad y, por ende, debilita la protección de la expresión”⁽⁴¹⁾.

6. “Ponzetti de Balbín”: más allá del simbolismo

Para todos aquellos que consideran conveniente distinguir entre la intimidad como secreto y las acciones privadas como la libertad de elegir un plan de vida, es un lugar común criticar la definición de intimidad de “Ponzetti de

Balbín”. Incluso, para quienes consideran que existe una relación de género y especie entre privacidad e intimidad, la reconstrucción teórica propuesta por la CSJN en esa sentencia puede ser objetada por su baja precisión y escasa utilidad concreta para explicar cómo funciona el universo de situaciones protegidas a partir de las nociones de secreto y libertad individual.

Con respecto a la noción de interés público, la sentencia no aborda –como quizás hubiese sido deseable– las complejidades que presenta este concepto como frontera entre la intimidad o la imagen y la libertad de expresión. Más allá de la contradicción entre la posición descriptiva del primer voto, frente a las consideraciones mucho más normativas de los votos siguientes, las adjetivaciones y juicios de valor que trasuntan los dos votos concurrentes merecían una explicación más explícita acerca de qué es lo que debe entenderse por interés público. El silencio en ese aspecto es especialmente peligroso, por dejar librada la responsabilidad por la publicación de información a un subjetivismo demasiado amplio del juzgador.

Las circunstancias concretas que llevaron al dictado de la sentencia en “Ponzetti de Balbín” presentan gran interés para abordar los conflictos entre intimidad y libertad de expresión. A su vez, la forma en la que se resolvió cuenta con el apoyo de la mayoría de los operadores jurídicos. Todo ello, junto con los grandes principios que se esbozan en la sentencia, explica la atención que ha suscitado este fallo. La enseñanza de la sentencia en los cursos de derecho constitucional es ineludible para cualquier desarrollo histórico sobre la materia y sienta algunas ideas para el análisis posterior de estos temas. A su vez, permite a los alumnos advertir de qué manera se interrelacionan los derechos constitucionales y la necesidad de determinar los límites entre ellos frente a situaciones conflictivas.

Incluso, el resultado mismo de la sentencia resultará correcto para la mayoría de los lectores, a pesar de las incomodidades que generan muchos de sus argumentos. Pero si se quisiese ir más allá de esa pátina de actualidad, lo que se encontrará posiblemente sea una serie de razonamientos muy generales, desactualizados en varios aspectos y con poca utilidad para la resolución concreta de problemas actuales, como la creación de imágenes con inteligencia artificial, la sustitución de los grandes medios de prensa por una generación de información híper descentralizada o la gestión total de información personal en la era de la *posprivacidad*.

Se podrá continuar citando a “Ponzetti de Balbín” como referencia a una serie de ideas muy generales: la jerarquía constitucional del derecho a la intimidad; la existencia de intimidad, incluso en las personalidades públicas; pero será mucho más complejo utilizar esta sentencia como cimiento para la decisión de un caso novedoso. Sus razonamientos resultarán demasiado generales, dogmáticos y por momentos contradictorios.

Como el *Martín Fierro* de Hernández, los considerandos de la sentencia seguirán siendo repetidos con reverencia por la doctrina nacional y por la propia CSJN, pero esa veneración por la tradición tendrá una muy limitada relevancia como pauta concreta para la decisión de los conflictos futuros entre la libertad de expresión e intimidad. Sentencias más recientes, como “Pando” o “Denegri”, parecen justificar esta opinión.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO A LA INTIMIDAD - DERECHO A LA PRIVACIDAD - DERECHOS PERSONLÍSIMOS - PRENSA - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - RESPONSABILIDAD CIVIL - LIBERTAD DE PRENSA - LIBERTAD DE EXPRESIÓN - DAÑOS Y PERJUICIOS - DERECHO AL HONOR - DERECHO A LA IMAGEN - CONSENTIMIENTO - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DOCTRINA DE LA REAL MALICIA - RECURSO EXTRAORDINARIO - TRATADOS INTERNACIONALES - FOTOGRAFÍA

(40) “Pando de Mercado, María Cecilia c/Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios”, sentencia del 22/12/2020, Fallos: 343:2211.

(41) “Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personlísimos: acciones relacionadas”, sentencia del 28/6/2022, Fallos: 345:482, cons. 20.