

LA TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. UNA APROXIMACIÓN COMPARATISTA

FERNANDO M. TOLLER*

«El derecho a ser dejado a solas es el más amplio de los derechos y el derecho más apreciado por los hombres civilizados».

Louis D. Brandeis, en *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928), en disidencia.

SUMARIO

1. Introducción
- A) La Tutela Judicial Preventiva de la intimidad en el Derecho Comparado
2. Convenio Europeo de Derechos Humanos
3. Derecho inglés
4. Derecho estadounidense
5. Derecho francés
6. Derecho italiano
7. Derecho alemán
8. Derecho suizo
9. Derecho español
10. Derecho argentino
- B) Daños a la intimidad y razonabilidad de su Tutela Judicial Preventiva
11. Daños a la intimidad y función de las medidas inhibitorias
12. Gravedad del daño, acciones de cesación y de no reiteración y prueba del dolo o la culpa
13. Privacidad e interés público en la información

* Doctor en Derecho (Universidad de Navarra); Profesor de Derecho Constitucional y Director del Doctorado en Derecho, Universidad Austral (Buenos Aires).

14. Prohibiciones de publicar sobre la intimidad de políticos y otros personajes públicos
15. A modo de conclusión: la tutela preventiva de la intimidad desde una interpretación constitucional armonizadora

1. INTRODUCCIÓN

El estudio del derecho a la intimidad requiere, para ser completo, un abordaje multidisciplinar que abarca a la Filosofía del Derecho, a las disciplinas del Derecho constitucional, civil, penal y procesal. De hecho, el interés suscitado en todos esos ámbitos científicos ha sido grande, y ha estado presidido, sobre todo, por el propósito de encontrar una tutela adecuada para este derecho, pues, aunque consagrado en constituciones, tratados internacionales e incluso códigos, se encuentra a menudo huérfano de una protección efectiva¹. Téngase en cuenta que, a las dificultades «clásicas» que encontraba este derecho, se agrega en la actualidad que en no pocas ocasiones está también a merced de una tecnología que permite fotografiar a distancia sin permiso, introducirse en la privacidad de diversas maneras y obtener datos de modos y en cantidades impensables en el pasado. La cuestión es importante, puesto que este derecho es reflejo inmediato de la dignidad de la persona², principio básico del Derecho público³, lo que ha llevado a que actualmente sea ampliamente reconocido su carácter de derecho fundamental⁴.

Ahora bien, las violaciones al derecho a la intimidad principalmente han encontrado en el Derecho respuestas *a posteriori* del daño: resarcitorias —indemnización pecuniaria—, reparatorias —vuelta al *statu quo ante*— o penales. Los remedios aludidos, siendo importantes y necesarios, resultan, sin embargo, insuficientes, ya que el resarcimiento pecuniario del daño a un bien de esta naturaleza no satisface adecuadamente al sujeto dañado; en muchos casos —si no en todos— la vuelta al *statu quo* es imposible o muy difícil; y la sanción al agresor no va dirigida, por su propia naturaleza —salvo en caso de las indemnizaciones punitivas civiles del Derecho anglosajón—, a enjugar el daño a la víctima. Según se ha dicho, es importante «desplegar la imaginación

1. En este trabajo no se distinguirá entre «derecho a la intimidad», «derecho a la privacidad», «derecho a la vida privada», y «derecho a la reserva de la vida privada», aunque este último parezca ser el más expresivo del contenido que el Derecho pretende darle en su relación con la información.

2. Cfr. RUIZ MIGUEL, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, 256; EKMEKDJIAN, «En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas», E.D. 149-245 (1992), 250.

3. Cfr. SERNA, «La dignidad de la persona como principio del Derecho público», *Derechos y Libertades* 4 (1995) 287-306.

4. Ver LÓPEZ JACOISTE, «Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad», *A.D.C.* 39 (1986), 1059, 1060.

para que la tutela de esos derechos [de la personalidad] se alcance "efectiva y adecuadamente", con fuertes matices preventivos, a través de vías y procedimientos jurisdiccionales verdaderamente idóneos, operantes⁵.

Las posibilidades que se abren son muy sugerentes. En efecto, la insuficiencia de la reparación en este ámbito va abriendo paso a una corriente doctrinal y jurisprudencial que admite la prevención de los daños mediante acciones judiciales inhibitorias de la consumación del perjuicio y, si se ha producido ya el hecho lesivo, de su cese. Estas medidas judiciales tienen vías claras de concreción tanto en el Derecho anglosajón como en el Derecho continental, en el primero mediante procesos civiles donde se dicten *injunctiões* cautelares y definitivas de no publicar⁶, y, en el segundo, a través de medidas cautelares —medidas de no innovar, medidas cautelares genéricas— y de sentencias definitivas de no agravar, en especial mediante procesos rápidos de protección de los derechos fundamentales —denominados, según los países, y con sus peculiaridades nacionales, acción o recurso de amparo, recurso de protección, acción de tutela, etc.—⁷.

En este trabajo se brinda primero una visión panorámica sobre la tutela judicial preventiva de la intimidad en el Derecho comparado, y a continuación se efectuará una valoración del panorama descrito y la correspondiente propuesta sobre esta especial forma de protección jurídica.

A) LA TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA DE LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

2. CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Este instrumento internacional afirma en su art. 8.1 que «toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia». Como surge de la generalidad de sus términos, el derecho que reconoce cubre todas las agresiones presentes y futuras contra la vida privada⁸. Así, por ejemplo, la protección de la norma abarca la reserva de la vida

5. MORELLO, «La defensa procesal de los derechos personalísimos», en MORELLO y STIGLITZ, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Librería Editora Platense, La Plata, 1986, 27-28.

6. Cfr. TOLLER, *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva. Estudio de la prevención judicial de daños derivados de informaciones*, La Ley, Buenos Aires, 1999, 43-49.

7. Cfr. *ibid.*, 49-60. Para la eficacia de estas prohibiciones judiciales de difundir pueden servir distintos medios jurídicos, según los casos y los ordenamientos jurídicos nacionales: apercibimiento de incurrir en *contempt of court* o en delito de desobediencia, compulsión a obedecer bajo amenaza de sanción pecuniaria, imposición del secreto sobre la orden judicial y sobre algunos aspectos del proceso y, en casos especiales, marginales, por la gravosidad de sus consecuencias, el secuestro judicial de una edición. Acerca de estos medios cfr. *ibid.*, 60-79.

8. Ver al respecto VELU y ERGEC, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, 535.

personal y familiar, la no revelación de hechos irrelevantes y embarazosos, la prohibición del uso del nombre o de la imagen sin consentimiento y la protección de la divulgación de información dada o recibida confidencialmente⁹. El derecho se puede hacer valer tanto contra el Estado como contra particulares, ya que, aunque un particular no pueda ser demandado en sede europea, la norma puede ser invocada contra él ante los tribunales nacionales en los países donde el Convenio tiene efecto interno, y, además, implica para el Estado la obligación internacional de asegurar que los individuos respeten la privacidad ajena¹⁰.

Es de interés señalar que, aunque el derecho a la vida privada no se encuentra expresamente enunciado entre los fines para los cuales se puede legítimamente someter a restricciones o sanciones el ejercicio de la libertad de expresión (art. 10.2 CEDH), debe, sin embargo, considerársele incluido en dicho apartado. En primer lugar, la protección de ese derecho encuentra cabida en la previsión del art. 10.2 relativa a que el ejercicio de las libertades de expresión e información puede legítimamente restringirse o sancionarse «para impedir la divulgación de informaciones confidenciales», puesto que las informaciones de este carácter muchas veces se referirán a la intimidad de la persona. A efectos de este trabajo, conviene reparar en el verbo «impedir», que supone no sólo una protección *a posteriori* de este bien jurídico, sino también una tutela que efectivamente se anticipe a la comisión del acto ilícito. En este sentido, es muy interesante también la versión inglesa, que afirma que pueden legitimarse esas restricciones «for preventing the disclosure of information received in confidence»¹¹. Asimismo, el art. 10.2 comprende la protección de la intimidad tanto al referirse a «la protección de la reputación» —en la medida en que la revelación de algo íntimo puede dañar el honor— como al propósito de proteger los «derechos ajenos», fin que «puede justificar una restricción de la libertad de información para evitar un atentado *substancial* al derecho al respeto de la vida privada»¹².

El derecho a la intimidad aparece también protegido en el art. 6.1 del Convenio, donde se admite que pueda impedirse el acceso a la sala de audiencias al público y a la prensa para todo o parte de un juicio, si así lo exige, entre otras cosas, «la protección de la vida privada de las partes en el proceso».

9. Cfr. VAN DIJK y VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 2.ª ed., Kluwer, Deventer-Boston, 1990, 368-69.

10. Cfr., por todos, VELU y ERGEC, 533; VAN DIJK y VAN HOOF, 372.

11. Estas posibilidades de la norma se pudieron ver en una sentencia inglesa, *Schering Chemicals v. Falkman Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 1, 21, CA, donde Lord Denning sostuvo que el principio según el cual puede concederse una prohibición judicial de publicar restringiendo una violación de confidencialidad por medio de la prensa está bien expresado en esa frase del art. 10.2 CEDH.

12. COHEN-JONATHAN, «Article 10», en PETTITI, DECAUX e IMBERT (dres.), *La Convention Européenne du Droits de l'Homme*, Economica, París, 1995, 396.

En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, su doctrina general es favorable a aceptar, en general y con determinados requisitos, la aplicabilidad de prohibiciones judiciales de publicar por parte de los Estados miembros del Convenio¹³. El Tribunal no ha tenido ante sí casos específicamente relativos a las prohibiciones judiciales de publicar en tutela del derecho al respeto de la vida privada; de todos modos, en una sentencia alude expresamente a lo siguiente:

«Aun la publicación de artículos que son verdaderos y que describen eventos reales puede ser prohibida en ciertas circunstancias: son ejemplos de esto la obligación de respetar la privacidad de otros o el deber de respetar la confidencialidad de cierta información»¹⁴.

En resumen, a la vista de la doctrina del TEDH sobre las medidas judiciales inhibitorias de la expresión, de lo afirmado en la sentencia citada en el párrafo anterior, y de que el derecho a la intimidad debe considerarse incluido en la protección que el art. 10.2 CEDH brinda a ciertos bienes y derechos, parece claro que, cumpliéndose los restantes requisitos generales de acuerdo al 10.2 CEDH —que la medida esté prevista por la ley y sea necesaria y proporcionada en una sociedad democrática—, tales órdenes judiciales son admisibles en el contexto del sistema de protección de los derechos humanos del Consejo de Europa.

3. DERECHO INGLÉS

Sorprendentemente, hasta hace muy poco el Derecho inglés no reconocía el derecho a la privacidad o a la intimidad. Estaba internacionalmente obligado en virtud del art. 8 del Convenio Europeo, pero en el ámbito doméstico no lo había receptado autónomamente. Los tribunales ingleses no admitían un derecho general a la protección de la privacidad, ni aceptaban que la invasión del derecho de privacidad constituyera un *tort* independiente¹⁵. Tras diversas idas y venidas en pro de brindar una protección legal adecuada a la intimidad¹⁶, la situación cambió en 1998, con la *Human Rights Act* —que comenzó a regir en octubre de 2000—, ley que incorporó al Derecho interno el CEDH,

13. Cfr. TOLLER, *Libertad de prensa...*, 493-499, y jurisprudencia citada.

14. *Markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany*, (1989) *Series A* n.º 165, § 35.

15. Cfr. ROBERTSON y NICOL, *Media Law*, 3.ª ed., Penguin Books, London, 1992, 173; ZWEIGERT y KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, trad. inglesa de Weir, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1987, II, 390 y 395; BARENDT, *Freedom of Speech*, 2.ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1987, 173.

16. Cfr. ROBERTSON y NICOL, 174; y NAISMITH, «Photographs, Privacy and Freedom of Expression», *Eur. Hum. Rts. L. Rev.* 2 (1996) 150, 150 n. 1, donde puede verse una relación de informes gubernamentales ingleses sobre el tema.

por lo cual ahora la privacidad resulta directamente protegible en virtud de su art. 8, ya estudiado¹⁷.

Lo anterior no significa que la intimidad estuviera anteriormente absolutamente desprotegida en el Derecho inglés. Había recursos alternativos para tutelarla, que siguen vigentes después de 2000. En los casos importantes los jueces solían usar otros argumentos para atribuir responsabilidad, y en especial el Derecho de la difamación¹⁸. Además, existen ciertos remedios específicos para agravios específicos, que indirectamente se han utilizado para proteger la intimidad, incluso preventivamente, como las acciones derivadas de los ilícitos civiles de *trespass*, o intrusiones físicas ilegítimas en los ámbitos íntimos de los demás; de *nuisance*, relativos a las molestias; de protección de datos; y, además de las acciones por incumplimiento de contrato, en este terreno hasta se han utilizado demandas por violación de *copyright*¹⁹.

Como se ha señalado, estos caminos indirectos no son ahora indispensables, ya que el art. 8 del CEDH cubre todos los supuestos posibles, evitando que, como ocurría antes de 2000, a menos que una publicación incurriera en una violación de confidencialidad o en otro ilícito específico, la difusión de detalles íntimos *verdaderos* de la vida privada de un tercero no estaba sujeta a responsabilidad ni a prevención judicial, y esto aunque la difusión *no tuviera justificación en el menor interés público*²⁰.

Por otro lado, al estudiar la tutela judicial preventiva de la intimidad ante la prensa, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia inglesa siempre ha admitido en general la posibilidad de que los jueces prohíban cautelar o definitivamente una información²¹.

Una vía importante para la protección judicial preventiva a la intimidad se encuentra en las disposiciones y sentencias que reconocen potestad a los tribunales para dictar prohibiciones de publicar datos relativos a personas involucradas en procesos judiciales. En primer lugar, tal facultad encuentra un amplio cauce en la s. 11 de la *Contempt of Court Act* de 1981, donde se establece:

«En cualquier caso donde un tribunal (teniendo poder para hacerlo) entienda que un nombre o otro asunto no debe ser hecho público en los procedimientos judiciales, puede dar directivas prohibiendo la publicación de ese nombre o asunto en conexión con los procedimientos, del modo como le parezca necesario para el propósito por el cual no se debe hacer público».

17. Sobre la *Human Rights Act* de 1998 y las implicancias de la incorporación que realiza de la CEDH al Derecho interno inglés, cfr. BLACKBURN, «The United Kingdom», en BLACKBURN y POLAKIEWICZ (eds.), *Fundamental Rights in Europe. The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford University Press, Oxford, 2001, 935 y 960-971.

18. Sobre este aspecto puede verse ZWEIGERT y KÖTZ, II, 390 y 395.

19. Cfr. ROBERTSON y NICOL, 174 y 210; ZWEIGERT y KÖTZ, II, 391 y 399; NAISMITH, 158.

20. En sentido similar, ver NAISMITH, 158. Un ejemplo de lo que se afirma es el caso *Woodward v. Hutchins*, [1977] 1 W.L.R. 760, CA.

21. Cfr. TOLLER, *Libertad de prensa...*, 499-504, y jurisprudencia citada.

Los tribunales suelen dictar prohibiciones de publicar para tutelar la intimidad en los casos judiciales relativos a la guarda de menores. En estos procesos normalmente será posible satisfacer el interés público que pueda existir en determinada publicación sin que las personas que no conozcan previamente los hechos puedan identificar a los menores involucrados. Para esto, se dicta sólo la prohibición estrictamente necesaria para proteger al «pupilo del tribunal», por ejemplo, permitiéndose la difusión de cierta información —como el modo en el cual fue cuidado por los servicios sociales— y negándose la publicación de otra —como la que pueda posibilitar la identificación del menor²². Más en general, la s. 39 de la *Children and Young Persons Act* de 1933, reformada en 1963, permite que los jueces restrinjan la publicación del «nombre, dirección o escuela, o [que] se incluya cualquier extremo que previsiblemente pueda conducir a la identificación de algún menor», cuando éste se halle involucrado en un proceso judicial como parte, testigo o procesado. Asimismo, de modo análogo al caso de los menores, en los juicios también pueden darse a la prensa órdenes de anonimato si, por ejemplo, una parte padece una incapacidad, como sucede con los enfermos mentales²³. Por su parte, diversas leyes prescriben que en causas relativas al Derecho de familia se informe de modo circunspecto, dando noticia de modo conciso de los cargos, las defensas y el fallo²⁴, y, en el caso de que las demandas sean retiradas, hasta puede prohibirse judicialmente su publicación²⁵. Para concluir con la tutela de la privacidad de involucrados en procesos judiciales, debe señalarse que existen ciertos casos en los cuales los tribunales tienen, en virtud del *common law*, la potestad de ordenar que los nombres de víctimas o de testigos queden en el anonimato y que sean identificados sólo por letras. Son casos típicos de esto los relativos a las víctimas de chantaje²⁶ y de violación²⁷.

En otro orden de cosas, debe notarse que en el Derecho de Inglaterra existe un instituto de carácter civil denominado Derecho de confidencialidad o *breach of confidence law* —literalmente, Derecho de la violación de confidencia—, que impone obligaciones en virtud de un contrato o de la *equity*²⁸. Tal instituto permite que pueda impedirse judicialmente la revelación de una

22. Cfr. FELDMAN, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales*, Clarendon Press, Oxford, 1993, 769-70, con cita de varias sentencias de la *Court of Appeal*.

23. Cfr. ROBERTSON y NICOL, 320, citando *R. v. Registrar of Building Societies ex parte A Building Society*, [1960] 1 W.L.R. 669, CA.

24. Ver sobre este punto la s. 1 (1) (b) de la *Judicial Proceedings (Regulation of Reports) Act* de 1926, la s. 2 (3) de la *Domestic and Appellate Proceedings (Restriction of Publicity) Act* de 1968, la s. 45 de la *Matrimonial Causes Act* de 1973 y las *Family Law Reform Acts* de 1986 y 1987.

25. Cfr. la s. 1 (3) de la *Judicial Proceedings (Regulation of Reports) Act* de 1926.

26. Ver *R. v. Socialist Worker Printers & Publishers Ltd. ex parte A.-G.*, [1975] Q.B. 636, DC.

27. Ver la s. 4 de la *Sexual Offences (Amendment) Act* de 1976.

28. Cfr. *A.-G. v. Guardian Newspapers (N.º 2)*, [1988] 3 All E.R. 545, HL; *STEDH Observer and Guardian v. United Kingdom*, (1991) Series A n.º 216, § 42 (i); HANBURY y MARTIN, *Modern Equity*, 14.ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1993, 730; SNELL, *Principles of Equity*, 27.ª ed. a cargo de Robert MEGARRY y P. V. BAKER, Sweet & Maxwell, London, 1973, 651.

información confidencial a quien la adquirió dentro de una relación de confianza o de circunstancias que importen un deber implícito de confidencialidad. Quedan también obligados —y pueden ser pasibles de una *injunction*— los terceros que entren en posesión de esa información —como un periódico por medio de su fuente— y conozcan su carácter confidencial o deban sospecharlo. La tutela judicial preventiva de la intimidad usualmente se ha canalizado a través del fundamento de este *breach of confidence*, siempre que pueda alegarse que la información fue obtenida por o de alguien sobre el cual pesa un deber de confidencialidad²⁹. Cuando un particular demanda la interdicción judicial de una información en virtud del *confidence law* no se le exige la acreditación del daño que provocará la publicación ni del interés que justifica su restricción. Sólo debe demostrar que la información es de tipo confidencial, por involucrar, por ejemplo, detalles de su vida privada. Tras esto el tribunal normalmente asume que existe un legítimo interés privado a proteger.

Entre los más importantes precedentes relativos a la protección judicial preventiva de la privacidad se cuentan dos sentencias del siglo pasado, donde se prohibieron la exhibición y venta de imágenes precisamente por violación de la confianza³⁰. De todos modos, el principal *leading case* sobre la defensa preventiva de daños a la intimidad que se basa en el *breach of confidence*, citado con aprobación en muchos casos posteriores, es *Argyll (Duchess) v. Argyll (Duke)*³¹, dictada en 1965 por el juez Ungoes-Thomas. Después del divorcio entre ambos, el duque publicó un artículo sobre intimidades de su esposa conocidas en confidencia durante el matrimonio, con la promesa de seguir la serie. La duquesa solicitó y obtuvo prohibiciones cautelares de publicar contra el duque y el semanario *The People*. En la sentencia sobre el fondo el juez decidió que la información que las personas casadas se suministran entre sí es privada y que existe el derecho a pedir la prohibición al cónyuge de publicar detalles de la conducta y de la intimidad del otro, por consistir en un *breach of confidence*³².

4. DERECHO ESTADOUNIDENSE

El derecho a la intimidad se consolidó en Estados Unidos mucho antes que en Inglaterra. Hay opinión unánime en señalar que los padres del *right to*

29. Cfr. ROBERTSON y NICOL, 173 y 174. Esto ya lo constataba POUND, «Equitable Relief Against Defamation and Injuries to Personality», *Harv. L. Rev.* 29 (1916) 640, 660.

30. En la primera, *Prince Albert v. Strange*, (1849) 1 H. & T. 1, el Lord Canciller prohibió que se exhibiesen y publicasen copias y catálogos de unos dibujos y grabados de los hijos de la Reina Victoria y el Príncipe Alberto, por considerar que no pudieron ser obtenidos sin una violación de la confianza o de un contrato. El otro caso es *Pollard v. Photographic Co.*, (1889) 40 Ch. D. 345, donde un juez dictó una *injunction* contra un fotógrafo que, habiendo tomado un negativo de una señorita a petición de ella y para su uso privado, pretendía vender y exhibir copias en tarjetas navideñas, considerando tal acción una violación de un contrato implícito de no usar tal negativo para esos propósitos.

31. [1967] 1 Ch. 302, Ch D.

32. Cfr. *idem*, 322, 329-330 y 347.

privacy —anteriormente desconocido en el *common law*— son Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, dos célebres abogados de Boston que en 1890 publicaron un artículo clásico sobre el tema³³. En ese trabajo escribieron sobre la necesidad de protección de la persona ante una prensa que en muchos casos se orientaba hacia el «chismorreos»³⁴. Existen, señalaron, situaciones donde se protege a la persona aunque no llegue el Derecho de la difamación, ni otros institutos jurídicos conocidos³⁵. De este modo, demostraron que muchos precedentes, aparentemente basados sobre otros principios, en rigor sancionaban la invasión de un derecho general a la privacidad, que para ellos era un principio existente en el Derecho entonces vigente³⁶. Las consecuencias del artículo fueron inmediatas. Algunos tribunales siguieron sus propuestas. Posteriormente, un estado tras otro fueron reconociendo el derecho a la privacidad, que hoy se protege en todos los Estados Unidos³⁷. En su configuración actual el Derecho estadounidense reconoce cuatro grupos de lesiones a la privacidad o intimidad: la intrusión en los asuntos privados de otro para buscar información, la revelación pública de hechos privados verdaderos, el ubicar a la persona en una «falsa imagen» ante el público y la apropiación del nombre o imagen de otro con propósitos comerciales³⁸.

Es interesante hacer notar que, poco después del artículo de Warren y Brandeis, en 1916, Pound vaticinó que si el derecho a la privacidad conseguía consolidarse, era probable que las *injunctions* fueran utilizadas para casos relativos a ese derecho, dado que es «el único remedio efectivo»³⁹. Efectivamente, hoy los tribunales estadounidenses utilizan las órdenes inhibitorias para impedir daños al derecho a la intimidad⁴⁰. Las *injunctions* con este fin, si bien sujetas a objeciones, y particularmente a la barrera constitucional contra las restricciones previas a la libertad de expresión, parecen ser más fácil y frecuentemente concedidas que una prohibición judicial de difamar⁴¹, especialmente si no hay otro remedio jurídico adecuado o si la medida es admitida por ley⁴². Asimismo, tratándose de la intimidad suele ponerse de manifiesto

33. «The Right to Privacy», *Harv. L. Rev.* 4 (1890) 193-220. Brandeis llegó a ser uno de los más prestigiosos jueces que ha tenido la Corte Suprema, en una de cuyas sentencias sostuvo que la privacidad es «el más amplio de los derechos y el derecho más apreciado por los hombres civilizados». *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478 (1928), en disidencia.

34. Cfr. «The Right to Privacy», 195-196.

35. Cfr. *idem*, 197, 202, 204 y 210.

36. Cfr. *idem*, 206.

37. Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ, II, 394.

38. Ver al respecto WATKINS, *The Mass Media and the Law*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N. J.), 1990, 122 y ss.

39. Cfr. «Equitable Relief ...», 673.

40. Cfr. Note, «Developments in the Law — Injunctions», *Harv. L. Rev.* 78 (1965) 994, 1008; DOBBYN, *Injunctions in a nutshell*, 7.^a ed., West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1992, 70 y 71; HANSON, *Libel and Related Torts*, The American Newspapers Publisher Association Foundation, New York, 1969, I, 140 y 211, todos con diversas referencias jurisprudenciales.

41. Cfr. HANSON, I, 211; WATKINS, 120.

42. Ver C.J.S. 43A, «Injunctions», § 145, en especial las nn. 73 y 74.

que su agravio genera un daño irreparable, porque no es mensurable y porque producida la revelación ésta no se puede retrotraer⁴³. Obviamente, la medida se deniega cuando las circunstancias demuestran que el derecho a la intimidad no es real, como son todos los casos donde se involucran asuntos de interés público⁴⁴.

En cuanto a la existencia de una barrera constitucional a las prohibiciones judiciales, puede resumirse la posición general de la Corte Suprema en lo siguiente: existe una presunción de inconstitucionalidad de las restricciones previas, pero no una regla absoluta contra ellas, de modo tal que hay circunstancias bajo las cuales pueden ser constitucionales⁴⁵. Con relación específicamente a la constitucionalidad de la tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad, que, como se dijo, es utilizada por los tribunales inferiores, la postura de la Corte Suprema no se ha definido claramente. En cuatro ocasiones la Corte tuvo la oportunidad de abordar la cuestión, pero finalmente no pudo o declinó hacerlo⁴⁶. De todos modos, del tercero de estos casos, *Organization for a Better Austin v. Keefe*⁴⁷, puede quizá inferirse que la privacidad puede dar lugar a una prohibición de publicar, cosa que no se hizo en el caso porque los hechos no justificaban la emisión de la medida⁴⁸.

43. Cfr. DOBBYN, 70; WATKINS, 120.

44. Al respecto pueden verse los ejemplos dados en C.J.S. 43A, «Injunctions», § 145 nn. 78 y 79.

45. Cfr. TOLLER, *Libertad de prensa...*, 504-517, y jurisprudencia citada.

46. En el primero de esos casos, *Julian Messner, Inc. v. Spahn*, se trataba de la biografía no autorizada de una estrella deportiva. La Corte Suprema pidió específicamente a las partes que argumentasen sobre la propiedad de una *injunction* en el caso —ver 393 U.S. 818 (1968)—, pero éstas resolvieron el litigio mediante una transacción —cfr. 393 U.S. 1046 (1969)— y el tribunal no tuvo oportunidad de decidir la cuestión. En el segundo caso, *Wiseman v. Massachusetts*, 398 U.S. 960 (1970), se trataba de la prohibición judicial de exhibir un documental referido a las sórdidas condiciones de un hospital-prisión estatal para enfermos mentales que hubieran delinquido, supuestamente para tutelar la intimidad de los reclusos, que podían ser reconocidos. Cfr. *Commonwealth v. Wiseman*, 249 N.E.2d 610 (Mass. 1969). Se apeló a la Corte Suprema, pero ésta denegó conceder el *certiorari* en *Wiseman v. Massachusetts*, 398 U.S. 960 (1970). Finalmente, en 1991 un juez permitió que se exhibiese el film, requiriendo sólo que se mantuviese la confidencialidad de los nombres y direcciones de los reclusos. Cfr. FRANKLIN y ANDERSON, *1993 Supplement to Mass Media Law - Fourth Edition*, The Foundation Press, Westbury (N.Y.), 1993, 66. Del tercer caso se tratará en la nota siguiente. Por último, en el cuarto supuesto se había prohibido cautelarmente la distribución y venta de un libro de casos psiquiátricos a petición de una paciente cuya enfermedad y tratamiento ocupaba gran parte de la obra, quien alegó que los datos que se daban la hacían fácilmente identificable. Cfr. *Doe v. Roe*, 307 N.E.2d 823 (N.Y. 1973). La Corte Suprema primeramente concedió el *certiorari* —*Roe v. Doe*, 417 U.S. 907 (1974)—, pero, tras escuchar en audiencia los argumentos, desestimó el *writ* afirmando que fue concedido improvisadamente —*Roe v. Doe*, 420 U.S. 307 (1975)—. En el juicio sobre el fondo se dictó una *permanent injunction* de distribuir el libro, se ordenó la destrucción de las copias remanentes y se condenó a pagar una indemnización por la venta de copias antes de la prohibición. Cfr. *Doe v. Roe*, 400 N.Y.S.2d 668 (Sup. Ct. 1977), *on remand*.

47. 402 U.S. 415 (1971).

48. En el caso la Corte Suprema revocó una prohibición cautelar contra una organización comunitaria una zona de Chicago, que llevaba ya tres años de vigencia. La orden impedía que distribuyeran panfletos en el barrio donde vivía el demandante, un agente inmobiliario, describiendo el discutible *modus operandi* mercantil que utilizaba para bajar el precio de las propie-

En otro orden, los secretos comerciales y de asociaciones son generalmente protegidos por *injunctions*⁴⁹, y también otros «derechos de privacidad», tales como el uso sin consentimiento del nombre, la foto o la imagen para propósitos publicitarios o mercantiles⁵⁰. Por otra parte, y al igual que en Inglaterra, también en Estados Unidos el Derecho permite a los particulares o corporaciones obligarse mediante pactos de confidencialidad con respecto a secretos comerciales o al contenido de diarios personales o asuntos similares⁵¹. Y, de modo también paralelo al Derecho inglés, en Estados Unidos los casos de violaciones de confianza permiten dictar una interdicción judicial de publicar⁵².

Para finalizar, una mención especial a las denominadas *protective orders*, esto es, a las órdenes judiciales de difundir información obtenida mediante el mecanismo procesal del *discovery period*. Este «período de descubrimiento» consiste en que cada parte, para planear el juicio civil propiamente dicho, interroga a la otra y le exige toda la documentación que considere relevante a efectos de preparar la prueba. Estas órdenes, que son relativamente frecuentes, están admitidas en la *Rule 26 (c)* de las *Federal Rules of Civil Procedure* y en las normas procesales de prácticamente todos los estados. Las *protective orders* han sido defendidas por ilustres procesalistas, entre otras razones por ser un mecanismo de tutela de la *privacy*⁵³. La Corte Suprema tomó partido en este debate, considerando por unanimidad en *Seattle Times Co. v. Rhinehart* que estas órdenes son constitucionales, por no constituir censura gubernamental⁵⁴. El tribunal entendió que la *Rule 26 (c)* persigue un interés gubernamental sustancial que no se dirige a la supresión de expresiones, sino a evitar que el *discovery*, que tiene un significativo potencial de abuso, genere perjuicios serios a la privacidad de los litigantes y de terceros⁵⁵.

dades. Para la Corte en el caso se daba una prohibición judicial dirigida a suprimir la distribución de literatura «de cualquier tipo» en una ciudad de 18.000 habitantes, y no a solucionar un presunto ilícito privado. Cfr. *idem*, 418-419. Con buen criterio, la Corte estimó que «designar la conducta como una invasión de la privacidad, la base aparente para la prohibición en el caso, no es suficiente para soportar una prohibición contra la distribución pacífica de literatura informal de esta naturaleza», ya que «el derecho de privacidad involucrado en el caso no ha sido demostrado». Cfr. *idem*, 419-420.

49. Ver Note, «Developments in the Law — Injunctions», 1008; C.J.S. 43A, «Injunctions», § 151.

50. Cfr. C.J.S. 43A, «Injunctions», § 145 nn. 75 y 76; DOBBYN, 70-71.

51. Cfr. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, 395. Un amplio repertorio de las situaciones en que son usados los contratos o promesas de silencio en la práctica jurídica americana, puede verse en GARFIELD, «Promises of Silence: Contract Law and Freedom of Speech», *Cornell L. Rev.* 83 (1998) 261, 268-274.

52. Cfr. C.J.S. 43A, «Injunctions», §§ 142 n. 34, 143, 145 n. 79 y 151, con amplias citas de jurisprudencia.

53. Es el caso de MILLER, profesor de Harvard, en «Confidentiality, Protective Orders, and Public Access to the Courts», *Harv. L. Rev.* 105 (1991) 427-502, y en especial en p. 432.

54. Ver 467 U.S. 20, 32, 33, 34 y 37 (1984).

55. Cfr. *idem*, 32 y 34-36. El juez Brennan emitió un voto concurrente, fundándolo en que, en el caso, la privacidad y la libertad religiosa justificaban la orden y superaban la protección constitucional de la libertad de expresión (cfr. *idem*, 38).

5. DERECHO FRANCÉS

El caso francés es particularmente importante para la tutela procesal civil de carácter preventivo de la vida privada ante los medios de comunicación. Dicha tutela comenzó en ese país de modo pretoriano, y contó pronto con el aplauso de la mejor doctrina⁵⁶.

A lo largo de todo el siglo XIX hubo en Francia casos de protección judicial preventiva de la intimidad, en los cuales se reconoció que, por hipótesis, la responsabilidad *a posteriori* era insuficiente e inadecuada para tutelar ese derecho⁵⁷. No obstante, la verdadera revolución jurisprudencial en la utilización del secuestro para tutelar la vida privada comenzó en 1965, en el célebre caso de Oliver Philippe, de 9 años, hijo del fallecido artista Gérard Philippe. La viuda del artista obtuvo que un juez ordenara al semanario *France-Dimanche* —que había publicado fotos del pequeño en un hospital, donde estaba ingresado gravemente enfermo, así como informes médicos sobre su estado de salud— que adoptase las medidas necesarias para retirar de la venta todas las copias. La decisión fue confirmada por la *Cour d'appel*⁵⁸. Se recurrió de nuevo, y finalmente la *Cour de Cassation* —sentando una doctrina que luego ha reiterado— rechazó que la medida atentara contra la libertad de prensa, y sostuvo que la reproducción de las fotos y de los informes se realizó «con un fin puramente comercial», que esas reproducciones «constituyen una intromisión intolerable dentro de la vida privada de la familia Philippe», y que en estos casos los jueces tienen «el poder de limitar el daño todo lo que fuere posible mediante el secuestro»⁵⁹.

Los anteriores precedentes dieron lugar a todo un movimiento jurisprudencial en tutela preventiva de la vida privada⁶⁰. Ahora bien, este movimiento judicial estaba huérfano de normas claras. Por esta razón se dictó la ley del

56. Ver al respecto, entre otros, BLIN, CHAVANNE y DRAGO, *Traité du Droit de la presse*, Librairies Techniques, Paris, 1969, 572 y 573.

57. Ver la jurisprudencia que consigna LINDON en *La création prétorienne en matière de droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*, Dalloz, Paris, 1974, 65 n. 1. El más conocido de esos casos es *Rachel*, Trib. 1re. inst. Seine, 16 juin 1858, D.P. 1858-3-62, donde se ordenó el secuestro de dibujos que representaban a esta artista en su lecho de muerte.

58. Cfr. *Dame Philippe c. France Éditions et Publications*, Cour de Paris, 13 mars 1965, J.C.P. 1965-II-14223.

59. *S.A.R.L. France Éditions et Publications c. Veuve Gérard Philippe*, Cass. Civ. 2e., 12 juillet 1966, D. 1967-181. También de interés a efectos constitucionales es la sentencia de la Corte de Casación en *S.A. Viaduc c. Dame, P.*, Cass. Civ. 1re., 16 oct. 1984, D. 1985, I.R. 166, donde resolvió que, si es necesaria para evitar un perjuicio a la intimidad, una prohibición de difundir una película presuntamente autobiográfica no viola la libertad de expresión del art. 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Nótese que el tribunal sostuvo esto aunque esa norma —que posee carácter constitucional en Francia—, ampara la libre comunicación haciendo sólo la salvedad de «la responsabilidad que el abuso de esta libertad produzca en los casos determinados por la ley».

60. Entre esos fallos destacan los casos *France Gall*, Cour de Paris, 7 avril 1965, Gaz. Pal. 1966-1-37; y *Gunther Sachs*, Trib. gr. inst. Seine (réf.), 2 nov. 1966, J.C.P. 1966-II-1485.

7 de julio de 1970, con numerosas disposiciones relativas a la vida privada. Interesa aquí el art. 22 de esa ley, que introdujo un nuevo art. 9 en el viejo *Code Civil*, que ahora reza del siguiente modo:

«Todos tienen derecho al respeto de su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir todas las medidas, tales como secuestro, decomiso y otras, destinadas a impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada; estas medidas pueden, en caso de urgencia, ser ordenadas en *référé*»⁶¹.

La norma ratificó la praxis judicial que se venía siguiendo, y avaló especialmente la jurisprudencia que reconocía que en la tutela de la vida privada no era necesario probar la *culpa* del agresor, sino un *daño*⁶².

Ahora bien, aunque la jurisprudencia francesa tutela decididamente la vida privada, no ha sido insensible al valor de la libertad de prensa. El resultado ha sido la doctrina según la cual, aunque esta libertad no impone una veda total a la emisión de medidas preventivas judiciales, tanto cautelares como definitivas, sin embargo éstas son excepcionales y deben ser concedidas restrictivamente. Buen ejemplo de esto es la siguiente afirmación de la *Cour d'appel* de París en *Pablo Ruiz Picasso c. Éditions Calmann-Lévy*⁶³, sentando una doctrina que fue seguida por la jurisprudencia tras la comentada reforma del art. 9 del Cód. Civil⁶⁴:

«El secuestro de una obra del espíritu, medida de una particular gravedad susceptible de perjudicar el derecho a la libertad de expresión o de información, debe ser recibido con la mayor circunspección y no admitido más que en caso de que la ofensa presente un carácter intolerable, exigiendo que se le ponga fin con urgencia. (...) [Además] el juez debe investigar cuál es el grado de eficacia del secuestro que se solicita y si conseguirá el fin al cual está destinado».

La doctrina ha apoyado la jurisprudencia sobre la excepcionalidad de estas medidas, tanto en el período de ausencia de normas como tras la refor-

61. El *référé* es un procedimiento sumarísimo de tutela, autónomo respecto del proceso ordinario, y que no causa cosa juzgada material, ya que lo que se dispone en él puede ser revocado o modificado por una nueva decisión en *référé* si cambian las circunstancias o en un proceso de fondo a petición del condenado en el proceso rápido. Generalmente el condenado se conforma y no inicia el procedimiento ordinario.

62. Cfr. MADIOT, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Masson, Paris, 1976, 227; RAVANAS, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, L.G.D.J., Paris, 1978, 459; DERIEUX, *Droit de la communication*, L.G.D.J., Paris, 1991, 459.

63. Cour de Paris, 6 juillet 1965, Gaz. Pal. 1966-1-37.

64. Cfr., entre muchos otros casos, *«Spécial Dernière» c. Yves Hériau*, Paris, 15 janvier 1972, Gaz. Pal. 1972-1-303; y *S.A.R.L. Éditions Lattès et Baynac c. Cons. Cance*, Cour de Paris, 14 mai 1975, D. 1975-687, con relación a los secuestros; y *Antenne 2 c. Touvier*, Cour d'Appel de Paris, 26 fév. 1992, *La Semaine Juridique - Editions générales*, 31 mars 1993, II, 22022, sobre la visualización judicial de un programa de televisión antes de su difusión.

ma del Cód. Civil, señalándose particularmente que no debe abusarse del secuestro⁶⁵.

Por otra parte, como la ley de 1970 no distingue, se podía interpretar que *todo* atentado a la intimidad de la vida privada legitimaba una medida judicial, sin tener en cuenta la gravedad del perjuicio, como sí lo hacía la jurisprudencia previa, que exigía una «intromisión intolerable a la vida privada». Lo prudente es sostener que sólo los atentados más graves justifican este tipo de medidas hacia la prensa, aunque la ley no haya reiterado la exigencia de que el atentado tenga un *carácter intolerable*⁶⁶. Siguiendo este criterio, la jurisprudencia posterior a la reforma del Cód. Civil ha combinado el criterio legal y el judicial, refiriéndose al «atentado *intolerable* a la intimidad de la vida privada»⁶⁷. No parece adecuado, en cambio, distinguir entre atentados a la «vida privada» —jurisprudencia anterior a 1970— y atentados a la «intimidad de la vida privada» —art. 9 del Cód. Civil—, como hace cierta doctrina, según la cual el Cód. Civil sólo autorizaría la actuación judicial cuando se trate de la parte más secreta de la vida privada⁶⁸, ya que lo importante es que se trate de un atentado *suficientemente grave* a la vida personal y privada. Además, no es fácil ni posible —ni parece justificado por alguna diferencia relevante— distinguir entre lo que afecta a la privacidad sin más y lo que afecta a una indistinguible parte «íntima» de esa privacidad.

En otro orden, cuando el art. 9 del Cód. Civil faculta a los jueces a ordenar *todas* las medidas que sean necesarias para impedir o hacer cesar un atentado a la vida privada, deben considerarse incluidas, entre otras, la prohibición de la difusión —que a veces se ha concedido en forma limitada al área geográfica donde se pretende que no se conozca la noticia—, el secuestro de todos los ejemplares, las *astreintes*, la suspensión de una publicación hasta que no se supriman ciertos pasajes, el mandato de reemplazar un texto por una redacción más conforme a la verdad, la orden de que no se distribuya una publicación hasta que no se oculten los ojos de una persona fotografiada, etc.⁶⁹

65. Cfr. BLIN, CHAVANNE y DRAGO, 572 y 573; LINDON, 68; MADIOT, 226-227 y 228; RAVANAS, 463 y 466; DERIEUX, 459-460.

66. Cfr. RAVANAS, 463; DERIEUX, 459-60; BLIN, CHAVANNE y DRAGO, 572-573; MADIOT, 228.

67. Ver al respecto KAYSER, *La protection de la vie privée*, Economica-Presses Universitaires D'Aix-Marseille, Paris-Aix-en-Provence, 1984, I, 216, y la jurisprudencia que cita.

68. Cfr. KAYSER, I, 214; LINDON, 67; MADIOT, 228.

69. Cfr. AUBY y DUCOS-ADER, *Droit de l'information*, 2.^a ed., Dalloz, Paris, 1982, 607; S. VELU, «Le juge des référés et la liberté d'expression», en AA.VV., *Présence du Droit Public et des Droits de l'Homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, III, 1763 y 1790-1791; KAYSER, I, 219 y 220; DERIEUX, 101 y 459; MADIOT, 227; LINDON, 81. La subordinación de la difusión de un libro a la supresión de pasajes fue utilizada en *Giscard d'Estaing c. Société d'Éditions Carrère Michel Lafond*, Trib. gr. inst. Paris, 14 mai 1985, D. 1986-52. En *Consorts Hartevelt c. S.A.R.L. Union des Éditions Modernes*, Trib. gr. inst. Paris, 30 nov. 1983, D. 1984-111, se aplicaron *astreintes*, a razón de 3 francos por cada ejemplar no rescatado. La orden de poner una tirita negra sobre los ojos en una foto fue utilizada, entre otros precedentes, en *L. c. Paris Match*, Trib. gr. inst. Paris, 31 janvier 1983, D. 1984-48. Sobre estos casos puede verse RIVERA, «Derecho a la intimidad», en

Por último, e innovando con respecto a la jurisprudencia anterior, en virtud tanto del art. 9 del Cód. Civil, como del art. 809 del *Nouveau Code de procédure civile* de 1975 —que autoriza que se dicten en *référé* las medidas conservatorias que prevengan un daño inminente o hagan cesar una perturbación manifiestamente ilícita—, son admisibles no sólo las medidas que hagan cesar un ataque ya iniciado a la vida privada —como eran los casos sucedidos hasta entonces—, sino también las que se dirijan a impedir o prevenir un daño inminente a la intimidad que está sólo en estado de amenaza⁷⁰.

6. DERECHO ITALIANO

La doctrina italiana ha destacado que, caracterizándose los derechos de la personalidad por tener un contenido y una función no patrimoniales, es patente que la típica tutela resarcitoria por sí sola es totalmente inadecuada en el caso de tales derechos. Por este motivo, se ha pronunciado a favor de la necesidad y utilidad de una tutela inhibitoria de carácter urgente y cognición sumaria, la cual, si es posible, debe impedir la lesión irreversible o, en su caso, hacer cesar el daño o impedir su reiteración⁷¹.

La tutela judicial inhibitoria del derecho a la intimidad no está normativamente prevista en Italia de modo expreso. Pero cabe acudir a una aplicación analógica de los arts. 7 y 10 del Cód. Civil, que respectivamente tutelan los derechos al nombre y a la imagen, facultando a solicitar al juez que ordene cesar el hecho lesivo⁷². En ciertos casos también puede recurrirse al art. 156 de la ley sobre el derecho de autor, que, con una clara finalidad protectora de la intimidad, prevé una acción inhibitoria para impedir la publicación no autorizada de correspondencia epistolar o de memorias.

AA.VV., *Derecho de Daños. Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, 358, 365 y 367-368.

70. Al respecto puede verse DERIEUX, 459.

71. Cfr. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, 2.ª ed., Giuffrè, Milano, 1982, 319-320; PROTO PISANI, «La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela», *Foro it.* 1990-V-1, 4-7; SCALISI, «Lesione della identità personale e danno non patrimoniale», *Riv. Dir. Civ.* 30 (1984-I) 432, 439 y 441-442; GARUTTI, *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Cedam, Padova, 1985, 147-148; TENELLA SILLANI, «Il giornalista, la libertà d'informazione e la tutela della personalità», en ALPA y BESSONE (dres.), *La responsabilità civile. Una rassegna di dottrina e giurisprudenza*, UTET, Torino, 1987, IV, 405.

72. La aplicación analógica de esos artículos para tutelar otros bienes de la personalidad es considerada legítima por DOGLIOTTI —cfr. «Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali», en BESSONE y GIACOBBE (eds.), *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia. Due esperienze a confronto*, Cedam, Padova, 1988, 113— y la proponen también otros autores —por ejemplo, TENELLA SILLANI, 405—. Sobre la tutela judicial preventiva al derecho a la imagen prevista en el art. 10 del Cód. Civil, ver VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, UTET, Torino, 1959, 230-232 y 234, quien entiende que, además de la orden de cesación, el juez puede dictar una sentencia declarativa de la ilicitud del acto y una de condena a la abstención para el futuro.

No obstante, las lagunas apuntadas en el párrafo anterior no constituyen un inconveniente grave pues, al margen de aplicaciones analógicas, el art. 700 del *Codice di procedura civile* (C.P.C.) faculta a quien tuviere fundado motivo para temer que, durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pueda sufrir un perjuicio inminente e irreparable, a solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, sean más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia. La norma ha sido frecuentemente utilizada, entre otros casos, para proteger mediante una tutela cautelar inhibitoria los derechos al nombre y a la imagen⁷³. Actualmente, contando con su propuesta unánime por la doctrina, es la herramienta de recurso cada vez más frecuente a que acude la jurisprudencia para tutelar preventivamente todos los derechos de la personalidad, tanto antes de que suceda el daño irreparable como posteriormente, para evitar su reiteración⁷⁴.

Por otro lado, la doctrina entiende que debe admitirse claramente de *lege lata*, como figura general, una tutela de tipo inhibitorio para los derechos de la personalidad, en virtud de la cual puedan imponerse reglas de comportamiento futuro. Esta tutela sería un principio general del ordenamiento, pues se conforma a la finalidad del derecho y es la respuesta ideal al ilícito⁷⁵. Y hasta se ha sostenido que esta tutela inhibitoria está basada en el art. 2 de la Constitución italiana, que establece que «la República reconoce y garantiza los derechos individuales del hombre»⁷⁶.

Como es razonable, la tutela inhibitoria se basa sobre el presupuesto del hecho lesivo, sin exigir, a diferencia del resarcimiento, la difícil o imposible —y, en todo caso, innecesaria— prueba del concurso del dolo o la culpa⁷⁷.

73. Cfr. CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, trad. esp. de la 5.ª ed. it. por Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1960, III, 250-251 (aplicaciones que califica de «interesantes»); VERCELLONE, 232 n. 15.

74. Cfr. BEVERE y CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Giuffrè, Milano, 1995, 178; GARUTTI, 148 y 150 (quien en p. 148 n. 21 cita abundante jurisprudencia al respecto); SATTI, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. de la 7.ª ed. it. por Sentís Melendo, E.J.E.A., Buenos Aires, 1971, II, 232; PROTO PISANI, 3; TENELLA SILLANI, 405; SCALISI, 442; S. VELU, III, 1796; VERCELLONE, 234; DE CUPIS, *I diritti...*, 270 (donde manifiesta que puede tutelarse el honor pidiendo la cesación de una actividad lesiva) y 348-349 (refiriéndose al derecho a la intimidad).

75. Ver DENTI, «Diritti della persona e tecniche di tutela giudiziale», en ALPA, BESSONE, BONESCHI y CAIAZZA (eds.), *L'informazione e i diritti della persona*, Jovene, Napoli, 1983, 265 y 267 (refiriéndose sólo a impedir la reiteración del ilícito, sin pronunciarse sobre la prohibición de una primera comisión); GARUTTI, 147 (con amplias referencias doctrinales); SCALISI, 442.

76. Cfr. PROTO PISANI, 2.

77. Cfr. SCALISI, 443, quien apunta a la cesación del perjuicio. Lo mismo han dicho DI MAJO con respecto a la orden de cesación del ataque al derecho al nombre permitida en el art. 7 del Cód. Civil —cfr. «Profili dei diritti della personalità», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 16 (1962) 69, 90, con abundantes citas de doctrina— y DE CUPIS con relación a la acción de cesación del ataque al derecho a la imagen, contemplada en el art. 10 del mismo código —cfr. *I diritti...*, 314 y 315—.

Ahora bien, en la tutela judicial preventiva de la intimidad se debe tener en cuenta el art. 21 de la Constitución, que prescribe:

«Todos tienen derecho a manifestar libremente el propio pensamiento con la palabra, el escrito y todo otro medio de difusión.

La prensa no puede ser sujeta a autorización o censura.

Se puede proceder al secuestro solamente por acto motivado de la autoridad judicial en caso de delitos para los cuales la ley sobre la prensa expresamente lo autorice, o en caso de violación de la norma que esa misma ley prescriba para la determinación del responsable.

En tales casos, cuando haya absoluta urgencia y no sea posible la intervención en debido tiempo de la autoridad judicial, el secuestro de la prensa periódica puede ser efectuado por oficiales de la policía judicial, que deben denunciarlo inmediatamente, en no más de veinticuatro horas, a la autoridad judicial. Si ésta no lo convalida en las sucesivas veinticuatro horas, el secuestro se entiende revocado y privado de todo efecto. (...).

Al respecto, la doctrina de la *Corte Costituzionale* es, en resumen, la siguiente: hay derechos inviolables del hombre, como el derecho a la intimidad o a la imagen, que pueden ser tutelados mediante *medidas judiciales inhibitorias* sin que esto implique violar el art. 21, que se circunscribe a impedir la censura y a limitar los secuestros⁷⁸; pero el *secuestro* de una publicación que implique manifestación del pensamiento sólo puede disponerse con base en el art. 700 C.P.C. cuando se trata de actividades instrumentales o preparatorias de la manifestación del pensamiento o de cosas destinadas a la publicación, pero todavía no publicadas, no impresas⁷⁹; si lo que se quiere secuestrar ya tiene forma de «*stampa*», puede hacérselo siempre que pueda considerárselo incluido en los casos expresamente admitidos por el art. 21 de la Constitución⁸⁰.

78. Cfr. S. 38/1973, *Giur. cost.*, 1973, 354. Se establece en esa sentencia:

«La aplicación del art. 700 C.P.C. con respecto a medidas tutelares de la imagen no contrasta con la norma constitucional. La aplicación en tal caso del art. 700 C.P.C. para proteger el derecho a la intimidad y evitar perjuicios inminentes e irreparables al decoro y a la reputación del interesado y de sus parientes, mientras no puede identificarse con el ejercicio de una actividad de censura, constituye un medio eficaz para efectuar la protección provisional de los derechos de la personalidad (...), teniendo también en cuenta la importancia extrema de tales derechos, la gravedad y la irreversibilidad del daño que su violación ocasiona a los interesados y que puede incidir irremediabilmente sobre su posición social y sobre la de sus parientes, la imposibilidad de repararlo adecuadamente, y la exigencia de una intervención urgente para impedir que el perjuicio se verifique».

Sobre la aplicabilidad de las órdenes de abstención cuando no sería constitucionalmente viable un secuestro puede verse también MONTESANO, «Sulle azioni civili contro la stampa lesiva della personalità», en AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Esposito*, 1972, I, 302.

79. Cfr. S. 38/1973, *Giur. cost.*, 1973, 354. Por esta fundamentación, afirma DE CUPIS (*I diritti...*, 320) que no pueden pretender tal amparo las publicaciones que no difunden pensamiento, sino que únicamente alimentan la curiosidad del público.

80. Cfr. S. 122/1970, *Foro it.*, 1970, I, 2294. En esta sentencia la Corte definió que la medida puede estar dispuesta en leyes que traten sobre la prensa, sin necesidad de que se trate de un cuerpo único, como parece desprenderse del texto constitucional.

7. DERECHO ALEMÁN

Dentro de la tutela de los derechos, los Derechos alemán y suizo prevén la acción en prevención —*Unterlassungsklage*— y la acción en cesación —*Beseitigungsklage*—. En Alemania estas acciones están previstas en el § 1004 del BGB, que protege específicamente el derecho de propiedad. La jurisprudencia alemana ha extendido su campo de aplicación a los atentados a otros derechos, y especialmente a los derechos de la personalidad⁸¹. En efecto, los jueces actualmente tutelan a los derechos de la personalidad de modo preventivo ante la prensa, dictando prohibiciones de publicar o de reiterar una declaración ofensiva⁸².

La jurisprudencia admite la acción de cesación del acto dañino independientemente de la culpabilidad, con fundamento en que el fin primario del Derecho de daños es la prevención y no la indemnización⁸³.

Podría sorprender esta derivación de la jurisprudencia germana, pues, tras siglos de censura, la Ley Fundamental de 1949 ha dado un fuerte apoyo a la prensa libre y ha prohibido la censura (art. 5.1 GG)⁸⁴. Sin embargo, la Constitución ha dado la prioridad a la persona sobre lo colectivo, estableciendo que la dignidad es inviolable (art. 1) y garantizando el libre desarrollo de la personalidad (art. 2). Por ello, en Alemania se considera que la dignidad del hombre es el bien jurídico supremo. En consecuencia, el Tribunal Constitucional Federal ha decidido que, si bien la prohibición de censura es absoluta, sólo afecta a las restricciones previas a la publicación en virtud de las cuales los materiales deban someterse a las autoridades para inspección y aprobación antes de que se permita su distribución⁸⁵. No existe en Alemania una teoría general de las restricciones previas, al modo de la *prior restraints doctrine* anglosajona⁸⁶. De este modo, si una publicación viola derechos personales o el Derecho penal, puede ser prohibida, y si la publicación ya está en el mercado, puede ser secuestrada por orden judicial. Esta idea no se halla impuesta sólo en el ámbito jurisprudencial, sino que la opinión general en la doctrina alemana es que la censura sólo consiste en hacer depender una publicación de la autorización previa y sistemática de un organismo estatal⁸⁷,

81. Cfr. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles - Paris, 1990, 348-349 (donde cita jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán); S. VELU, III, 1796.

82. Cfr. ZWEIGERT y KÖTZ, II, 382 y 385.

83. Ver DE ANGEL, «La protección de la personalidad en el Derecho privado», *Rev. Der. Not.* 83 (1974) 7, 76, y doctrina que cita.

84. Cfr. KOHL, «Press Law in the Federal Republic of Germany», en LAHAV (ed.), *Press Law in Modern Democracies. A Comparative Study*, Longman, New York-London, 1985, 185; HOFFMANN-RIEM, «Libertad de comunicación y de medios», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, trad. de López Pina, Marcial Pons, Madrid, 1996, 145, § 44.

85. Cfr. BVerfGE 33, 52 (1972). La doctrina del caso ha sido seguida en BVerfGE 47, 198 (1978).

86. Cfr. KOHL, 199.

87. Cfr. HOFFMANN-RIEM, § 45, y doctrina que cita.

de modo que no resulta objetable por principio una restricción previa judicial a la prensa para tutelar, entre otros, el derecho a la intimidad, considerándose ciertamente mejor impedir el daño que compensarlo luego⁸⁸.

Refrenda lo que se viene diciendo que el mismo Tribunal Constitucional Federal ha considerado que la tutela judicial preventiva de la intimidad ante la prensa es acorde con la Ley Fundamental. En efecto, cuando le tocó juzgar el tema, el Tribunal decidió por unanimidad que el derecho de los medios a difundir algo, aunque sea por vez primera, no es absoluto, pudiendo los tribunales prohibir algunas difusiones determinadas⁸⁹. Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha decidido que los niños gozan de una protección especial cuando son objeto de información, confirmando, sin considerar que se tratara de censura previa, una sentencia que mandaba a una revista a cesar en la publicación de artículos y fotos que involucraban a un menor, por entender que la publicación de asuntos indecorosos o vergonzantes sobre él afectaban su intimidad y el libre desarrollo de su personalidad⁹⁰.

8. DERECHO SUIZO

El Derecho suizo presenta la particularidad de que su Código Civil cuenta con normas aún más claras y decididas que el francés. En efecto, la ley de 16 de diciembre de 1983, dedicada a la protección de la personalidad en el Derecho civil, incorporó a ese cuerpo legal un nuevo y largo artículo 28 para tutelar esos derechos. De esa norma se transcriben a continuación las partes más destacables en relación con el tema que nos ocupa:

«Art. 28 Protección de la personalidad: 1. Principio

¹ Aquel que sufra un atentado ilícito a su personalidad puede accionar para su protección contra toda persona que haya participado en él. (...)

88. Ver KOHL, 199, y doctrina que cita; LAGUNA DE PAZ, «La libertad de prensa en la RFA», en *XII Jornadas de Estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas (I)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, I, 992 y 995.

89. Cfr. BVerfGE 35, 202 (1973). Una televisión pública iba a difundir una reconstrucción actuada sobre un crimen, asunto que había despertado mucha atención varios años antes. El documental daba los nombres reales de los delincuentes. Uno de los condenados por tal delito, que había tenido un papel menor en el asesinato, estaba cerca de ser liberado tras seis años de cárcel y se estaba preparando para reintegrarse en la sociedad. Esta persona pidió y obtuvo la prohibición judicial definitiva de la emisión del programa. Llegado el caso al Tribunal Constitucional, éste confirmó la prohibición, tomando particularmente en cuenta la especial efectividad del medio, su alcance nacional y la concreta forma de presentación del programa. El Tribunal entendió, por un lado, que la libertad del canal resultaba sobrepasada por la posible destrucción del derecho a la reinserción social del delincuente que resultaría de la emisión. La sentencia resolvió también que, si bien en principio es lícito difundir ciertos aspectos de la vida personal de un criminal que se relacionen con los hechos por los que ha sido condenado —en el caso, ciertos comportamientos homosexuales del demandante—, la irradiación de la protección constitucional de la personalidad impide que los medios puedan, más allá de la información de actualidad y sin limitación en el tiempo, difundir datos que conciernen a la persona del delincuente en su esfera privada.

90. Cfr. 1 BvR 1353/99; 1454/97 (2000).

Art. 28a 2. Acciones

- ¹ El demandante puede requerir al juez:
1. Prohibir un atentado ilícito, si es inminente;
 2. Hacerlo cesar, si todavía dura;
- (...)

Art. 28c 4. Medidas provisionales: a. Condiciones

¹ El que demuestre la probabilidad de ser objeto de un atentado ilícito, inminente o actual, y que tal atentado amenaza causarle un perjuicio difícilmente reparable, puede requerir medidas provisionales.

² El juez puede, en particular:

1. Prohibir el atentado o hacerlo cesar a título provisional; (...)

³ No obstante, el juez no podrá prohibir o hacer cesar a título provisional un atentado producido por los medios de carácter periódico sino cuando el mismo sea apto para causar un perjuicio particularmente grave, si su justificación no parece manifiestamente establecida y si la medida no parece desproporcionada.

Art. 28d b. Procedimiento

¹ El juez dará a la parte contraria la ocasión de ser escuchada.

² Si la inminencia del peligro no permite oír a la parte adversaria, el juez puede ordenar las medidas de urgencia sobre la simple presentación de la petición, a menos que de modo manifiesto el demandante se haya demorado en actuar.

³ El juez puede imponer al demandante que dé seguridades en caso de que las medidas sean de tal naturaleza que puedan causar un perjuicio a la parte contraria.

(...)

Art. 28f d. Reparación del perjuicio

¹ El demandante debe reparar el perjuicio causado por las medidas provisionales, si la pretensión que las motivó se revela infundada; no obstante, el juez puede rechazar la concesión de una compensación o reducirla cuando el demandante no haya tenido culpa o sólo haya tenido culpa leve. (...).

La norma ha previsto casi todas las posibilidades, adentrándose incluso en cuestiones procesales inescindibles de una adecuada tutela de los derechos⁹¹. La acción en prevención del atentado se dirige hacia adelante, impidiendo la realización de un atentado futuro, tanto si éste es original, como si se trata de la repetición de un atentado pasado. Siempre es necesario que se pruebe —aunque sea en forma indiciaria— una amenaza seria, esto es, que alguien se apresta efectivamente a realizar un acto ilícito contra la personalidad difícilmente reparable, aunque no sea en un futuro inmediato⁹². Las medidas que pueden tomarse en acciones de prevención o de cesación deben fijar con pre-

91. Cfr. TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1984, 148; BARRELET, *Droit suisse des mass media*, 2.^a ed., Staempfli & Cie, Berne, 1987, 379.

92. Sobre el tema ver TERCIER, 125-126; BARRELET, 192, 193 y 380.

cisión el comportamiento que debe evitar el demandado; y deben ser proporcionadas a la gravedad del atentado, no restringiendo la libertad más allá del fin perseguido ni imponiendo sacrificios económicos excesivos con relación al atentado⁹³.

Para este tipo de casos en Suiza los jueces utilizan generalmente como instrumentos de tutela las *injonctions* o mandatos al demandado⁹⁴. Ahora bien, si se prevé que el mandato será ineficaz y el perjuicio amenazado es grave, puede tomarse una medida subsidiaria de ejecución directa por la fuerza pública, por el demandante o por un tercero a expensas del demandado, como el secuestro de un libro o la orden de recubrir un cartel o de retirarlo de la vía pública⁹⁵.

Como se ha visto, en el art. 28 del Cód. Civil existe una disposición especial sobre las medidas provisionales dirigidas a medios de comunicación periódicos. Sin que esto signifique abandonar los libros a su suerte, el legislador ha entendido que en este ámbito es donde los riesgos de este tipo de tutela y las posibilidades de abuso eran mayores y más graves —por ejemplo, intentando retardar unos días una información de particular actualidad—, y, obrando en consecuencia, ha buscado proteger a estos medios⁹⁶. La disposición, que se aplica a las acciones en prevención y en cesación, constituyó una respuesta a los sectores de la prensa que habían sostenido que se consagraría una forma de censura judicial, supuestamente violando el lacónico art. 55 de la Constitución federal, que establece que «se garantiza la libertad de prensa»⁹⁷.

9. DERECHO ESPAÑOL

El derecho a la intimidad está reconocido en el art. 18 de la Constitución. A su vez, el art. 20.4 CE dispone que las libertades de expresión e información tienen su límite especialmente, entre otros, en el respeto al derecho a la intimidad. La regulación civil de las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad se encuentra en la L.O. 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual establece diversas reglas para determinar cuándo se ha actuado legítima o ilegítimamente con respecto a este derecho.

La tutela preventiva de la intimidad se encuentra prevista en el art. 9.2 de la citada ley, que establece lo siguiente:

«La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer

93. Cfr. TERCIER, 131-132; BARRELET, 192-194 y 382.

94. Cfr. TERCIER, 130.

95. Ver al respecto TERCIER, 134-135; BARRELET, 193, 194 y 379.

96. Cfr. BARRELET, 382; TERCIER, 154 y 155.

97. Cfr. TERCIER, 154.

al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados».

La disposición ha sido aplaudida por la doctrina española, sin efectuar mayores disquisiciones sobre sus condiciones de posibilidad, aspectos procesales, etc.⁹⁸ y, salvo alguna excepción, sin ni siquiera aludir a sus posibles dificultades constitucionales⁹⁹.

El artículo comprende tanto las medidas cautelares como las sentencias definitivas destinadas a poner fin al agravio y a impedir su reiteración o renovación. En el caso de las medidas cautelares, se trata de las denominadas «medidas cautelares anticipadoras», pues conceden inmediatamente la tutela que se solicita como sentencia de condena en el proceso principal¹⁰⁰. Para evitar males mayores y una posible indefensión, antes de acordarlas el juez debe citar a las partes a una audiencia¹⁰¹, como es ahora la regla para la adopción de medidas cautelares, conforme el art. 733.1 de la nueva L.E.C. Quedan a salvo, lógicamente, los casos de urgencia absoluta, como cuando se trata de la no emisión televisiva o radiofónica de un programa que se emite horas más tarde, donde el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lleva a la solución contraria. En este caso, deberá estarse a lo dispuesto en los arts. 733.1 y 739 a 742 de la L.E.C.

Con buen criterio, la norma no hace referencias concretas, sino que alude a todas las medidas que fueren necesarias y proporcionadas a juicio del órgano jurisdiccional, abarcando así todo lo que pueda ser útil para una justa solución preventiva del caso¹⁰². La solución resulta refrendada por lo dispuesto en

98. Ejemplo de esto son, entre otros, DE LA VÁLGOMA, «Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», *A.D.H.* 2 (1982-83) 647, 669; y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, «Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo», *A.D.C.* 36 (1983) 1243, 1260.

99. En toda la doctrina consultada sólo MARTÍN MORALES (*El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994, 130) trata el tema, diciendo: «Lo cierto es que el art. 9.2 de la Ley parece que está pensando en una suerte de censura previa (secuestro de la publicación, film, etc.), la cual no tiene por qué contradecir el artículo 20.5 de la Constitución, siempre que sea acordada en virtud de resolución judicial. Otra cosa será que el juez dicte a ciegas dicha resolución judicial, es decir, basándose en meros indicios abstractos de ilegalidad».

Como se ve, sólo alude al art. 20.5 CE, relativo al secuestro judicial de publicaciones, y no al 20.2, que veda toda censura previa.

100. En el mismo sentido, ver ORTELLS RAMOS, «Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *La Ley* 1989-1, 969. Sin llegar a denominarlas así, DE COSSIO alude a que estas medidas cautelares merecen un tratamiento autónomo, pues son diferentes de las anexas a procesos de ejecución (cfr. *Derecho al Honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, 71).

101. En el mismo sentido, ver O'CALLAGHAN, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991, 195.

102. De la misma opinión son O'CALLAGHAN, 194; LÓPEZ DÍAZ, 32; DE COSSIO, 71; FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS BOMBAU, *Derecho procesal práctico*, Ceura, Madrid, 1992, VIII, 562. En

los arts. 726, 727.7.º y 728.1 de la nueva L.E.C. Por tanto, en estas «medidas indeterminadas» deben entenderse incluidas las medidas cautelares y sentencias definitivas que consistan en: secuestro de videos, películas y publicaciones, perfectamente utilizable en materia civil, por ser generalmente admitido en el art. 20.5 CE, que no distingue entre secuestros en sede penal o civil¹⁰³; prohibiciones de publicar un artículo o de difundir un programa¹⁰⁴; prohibiciones de distribuir y de vender¹⁰⁵; astreintes o cauciones de no ofender la intimidad¹⁰⁶; órdenes de suprimir una alusión en un libro, un nombre en una película, o de insertar una aclaración¹⁰⁷; además de prohibiciones indirectamente ligadas al acto de revelación, como las de molestar con fotografías, aparatos de grabación, etc.

Debe señalarse, en otro orden de cosas, que el art. 9.2 no establece expresamente la posibilidad de dictar una medida cautelar o una sentencia definitiva *antes* de que se haya producido el primer agravio. La doctrina, haciendo un análisis literal de la norma y sin plantearse el problema de la prevención de un daño que acaecerá por primera vez, alude mayoritariamente a que la disposición establece medidas de prevenir o de impedir intromisiones ulteriores o divulgaciones sucesivas de expresiones calificadas como intromisión ilegítima¹⁰⁸ o que prescribe medidas encaminadas al cese inmediato del agravio presente¹⁰⁹, o ambas¹¹⁰. Sin embargo, no parece haber óbice para aquello, si se tienen en cuenta las virtualidades del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, concretado en una tutela preventiva y cautelar, la posibilidad de una aplicación analógica del mismo art. 9.2 — norma que, como no debe olvidarse, tutela derechos fundamentales—, y que la presencia de medidas cautelares suficientemente amplias puede impedir que en la práctica toda la ley de protección de la intimidad devenga iluso-

contra, ver BERMEJO VERA, «Alcance y límites de las garantías jurídicas de las libertades de expresión e información», en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, II, 1415.

103. Cfr. ESTRADA ALONSO, 183; DE COSSIO, 71; O'CALLAGHAN, 194 y 196; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Honor, intimidad e imagen. Un análisis jurisprudencial de la L.O. 1/1982*, Bosch, Barcelona, 1996, 268; SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 6.ª ed., Montecorvo, Madrid, 1991, I, 208; HERRERO TEJEDOR, *Honor, intimidad y propia imagen*, 2.ª ed., Colex, Madrid, 1994, 298-300; SORIA, *Derecho a la información y derecho a la honra*, A.T.E., Barcelona, 1981, 70.

104. Cfr. O'CALLAGHAN, 194; LÓPEZ DÍAZ, 33.

105. Por ejemplo, en la STS del 17 de noviembre de 1992, Jur. Civ. (1992) n.º 1051, se condenó a la retirada de cuantos ejemplares de un libro se encontraren en el mercado (cfr. FD 7.º). En el caso se trataba de una tutela del derecho al honor.

106. Cfr. HERRERO TEJEDOR, 304 y 362; MARTÍN MORALES, 132.

107. En la ya comentada STS del 17 de noviembre de 1992, FD 7.º, se condenó, entre otras cosas, a que en posteriores ediciones del libro retirado del mercado se suprimiese el párrafo difamatorio cuestionado.

108. Cfr. BERMEJO VERA, 1415; LÓPEZ DÍAZ, 39.

109. Cfr. VIDAL MARTÍNEZ, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, 144; ESTRADA ALONSO, 183; DE COSSIO, 71; MARTÍN MORALES, 130.

110. Ver HERRERO TEJEDOR, 297; O'CALLAGHAN, 194 y 196; SANTOS BRIZ, I, 206.

ria¹¹¹. Por ello, aunque en buena parte de los casos expresamente regulados en el Derecho comparado la inhibitoria se prevé como remedio ulterior al daño y a la acción resarcitoria, debe aceptarse que ella puede ser propuesta independiente o juntamente con ésta. La admisibilidad de toda tutela inhibitoria debe prescindir —como ha sido resaltado por la doctrina italiana— de que para entonces se haya verificado un daño en la esfera jurídica del actor, *precisamente* porque estos remedios son de carácter *preventivo*, el cual sin dudas justifica que se extienda su admisibilidad, superando el tenor literal de una norma si ésta no lo prevé así en los casos expresamente regulados¹¹².

Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurre en la clásica acción de indemnización, en la acción que solicita una tutela preventiva no hace falta probar la culpabilidad¹¹³.

En cuanto a la constitucionalidad, aplicación razonable, etc., de estas medidas preventivas de tutela del derecho a la intimidad, corresponde pasar rápida revista al tratamiento que les ha dado el Tribunal Constitucional. La primera vez que el Tribunal se ocupó de las medidas del art. 9.2 realizó una breve afirmación, dando lugar a pensar que en el futuro ellas no se encontrarían ante una barrera constitucional:

«El art. 20 de la Constitución no establece unas libertades que ostenten un valor absoluto: el mismo art. 20, en su apartado 4, señala los límites a las libertades en él reconocidas. Uno de ellos es el que se deriva del derecho a la propia imagen (...). El Juez ha adoptado una medida cautelar para la que se encuentra habilitado por la misma Ley Orgánica 1/1982 (...) en su art. 9.2. El recurrente (...) se limita a afirmar que afecta a su libertad de expresión, reconocida en el art. 20 de la C.E. Pero, como se indicó, esta libertad no es absoluta, y no se aporta indicio alguno de que la medida cautelar adoptada pueda suponer una vulneración del derecho constitucionalmente reconocido a la libre expresión»¹¹⁴.

El Tribunal Constitucional se volvió a ocupar de estas medidas en la STC 231/1988, dictada en el denominado caso *Paquirri*¹¹⁵. Allí, a petición de su viuda, en tutela de los derechos a la intimidad y a la imagen del famoso torero fallecido, un juzgado de primera instancia había dictado cautelar y definiti-

111. Sobre la posible ineficacia de la ley, ver CLAVERÍA GOSÁLBEZ, 1260. En sentido coincidente con el texto, FERNÁNDEZ LÓPEZ, RIFÁ SOLER y VALLS BOMBAU, VIII, 563; CALDERÓN CUADRADO, en ORTELLS RAMOS y CALDERÓN CUADRADO, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Comares, Granada, 1996, 108-109.

112. Para esta doctrina en el Derecho italiano, ver RAPISARDA y TARUFFO, «Inibitoria (azione). I) Diritto processuale civile», en *Enc. Giu.* XVII, Roma, 1989, 6-7, y los autores que citan.

113. En sentido concordante, ver SANTOS BRIZ, I, 208.

114. ATC 588/1985 (Sala 1.ª, Secc. 1.ª), J.C. XIII (1985) 644, FJ único. La cuestión *sub iudice* en este auto era una orden judicial dictada en un proceso por violación del derecho a la imagen de futbolistas.

115. Sala 2.ª, R.T.C. 1988-IV-711.

vamente una prohibición de comercializar y el secuestro de un video donde se mostraban imágenes de sus heridas por asta de toro y de su agonía, tomadas muy poco antes de su muerte¹¹⁶. Llegado el caso al Tribunal Constitucional, éste confirmó las medidas por considerarlas dictadas en tutela del derecho a la intimidad, y no discutió la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una prohibición de publicar o difundir en tutela de este derecho¹¹⁷.

Finalmente, en la STC 187/1999¹¹⁸ el Tribunal Constitucional afirmó unánime y claramente la posibilidad constitucional de dictar medidas inhibitorias de la expresión en tutela del derecho a la intimidad¹¹⁹. En esa sentencia se confirmó la decisión judicial que había prohibido a Telecinco difundir una entrevista a una ex niñera del hijo de una conocida figura del espectáculo y de un conde italiano, que, a tenor de la publicidad previa del canal, presumiblemente sería difamatoria y agravante para la intimidad de la pareja¹²⁰.

Conviene hacer finalmente una breve referencia a la L.O. 1/1996, de protección jurídica del menor, que, entre otras cosas, complementa a la L.O. 1/1982 con referencia a esta categoría de incapaces. Allí se reconoce a los menores los derechos «a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (art. 4.1). El inc. 3 del art. 4 dispone que se considera intromisión ilegítima en esos derechos a «cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación (...) que sea contraria a sus intereses incluso si cons-

116. Llegado el caso al Tribunal Supremo, la Sala 1.ª dejó sin efecto la prohibición y el secuestro en su sentencia del 28 de octubre de 1986. Cfr. *A.D.C.* 40 (1987) 986. Esta sentencia en ningún momento afirmó que la prohibición fuera inconstitucional, sino que se fundó en la no existencia de intimidad en el caso, argumentando que la muerte forma parte del espectáculo taurino. Ver *idem*, FFDD 6 y 7.

117. Cfr. STC 231/1988, FFJJ 6 a 9.

118. Sala 2.ª, R.T.C. 1999, 187; B.O.E. del 30-XI-1999, núm. 286 (suplemento).

119. Las líneas principales del razonamiento del TC son las siguientes: las libertades de expresión e información no son absolutas, sino que deben respetar a los demás derechos (cfr. *idem*, FJ 3); la censura previa es la intervención previa de los poderes públicos, haciendo depender la publicación o emisión de mensajes del previo examen oficial de su contenido, de acuerdo a valores abstractos y restrictivos de la libertad, y el fin último de su prohibición constitucional es impedir que el poder público pierda su neutralidad en el proceso de comunicación pública libre (cfr. *idem*, FJ 5); el rigor de la prohibición se dirige con toda su intensidad a la denominada censura «gubernativa» y no incluye a la posibilidad, que resulta válida constitucionalmente, de que un Juez o Tribunal, garantes de los derechos constitucionales, en un caso concreto adopte ciertas medidas, cuando esté debidamente habilitado por la ley, lo haga con motivación suficiente y sea necesario y proporcionado para tutelar derechos o bienes constitucionales ante daños inminentes, graves e irreparables (cfr. *idem*, FFJJ 5, 6, 8, 9 y 13).

120. Nótese que la medida había sido dispuesta por el juez no en virtud del art. 9.2 de la L.O. 1/1982, sino del art. 3.2 de la ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que autoriza a dictar, al iniciar el procedimiento, «el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva». La niñera ya estaba querrellada por sus ex empleadores por calumnias e injurias supuestamente vertidas en declaraciones anteriores de tenor similar realizadas a una revista. Sobre el caso y sus circunstancias, además del extenso Antecedente 3.º de la decisión del TC, pueden verse los diarios *El País* del 17-XII-1993, 64, y del 18-XII-1993, 55; *ABC* del 18-XII-1993, 106; y *El Mundo* del 17-XII-1993 (suplemento de Comunicación).

ta el consentimiento del menor o de sus representantes». El inc. 2 ese artículo, en conexión con los incs. 4 y 5 de la misma norma, faculta al Ministerio Fiscal y a los representantes del menor a demandar medidas cautelares contra tales intromisiones por parte de los medios¹²¹.

10. DERECHO ARGENTINO

El derecho a la intimidad no fue expresamente consagrado en la Constitución Nacional de 1853-1860. De todos modos, el art. 18 dispone que «el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados». Esta norma también tutela actualmente las comunicaciones por medios diferentes a las cartas¹²². Por otra parte, el art. 33 establece que «las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados». Según la jurisprudencia, esta norma protege, entre otros, al derecho a la intimidad¹²³. Además, también es relevante al respecto el art. 19, que prescribe que «las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados». De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, esta norma consagra o fundamenta el derecho a la intimidad —comprensivo del derecho a la imagen— no sólo frente al Estado, sino también frente a injerencias de particulares, como es el caso de los medios de prensa, protegiendo del conocimiento y la divulgación un ámbito de autonomía de sentimientos, costumbres, hechos, etc.¹²⁴ La doctrina ha sostenido lo mismo, encuadrando el derecho a la intimidad en el art. 19, con eficacia también contra particulares¹²⁵. Asimismo, la intimidad resulta también

121. La redacción de esa disposición es la siguiente (énfasis añadido):

«2. La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, *determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección* previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados».

122. Cfr. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, 2.^a ed., Ediar, Buenos Aires, 1993, I, 378.

123. Cfr. CNCív. y Com. Fed., Sala 2.^a, *Servini de Cubría*, 3-VII-1992, E.D. 148-646 (1992), cons. 14; BIDART CAMPOS, *Tratado...*, I, 326 (aludiendo, sin más precisiones, a los derechos de la personalidad).

124. Cfr. *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A.*, Fallos 306:1892 (1984), cons. 8 del voto de la mayoría (jueces Carrió y Fayt), cons. 6 del voto concurrente de los jueces Caballero y Belluscio, y cons. 2, 15, 20 y 22 del voto concurrente del juez Petracchi, quien afirma en el cons. 15 que, si bien no expreso, el derecho a la privacidad está en la «penumbra» del art. 19; *Servini de Cubría*, Fallos 315:1961 (1992), cons. 17 del voto del juez Boggiano y 14 del juez Barra.

125. Cfr. FERREIRA RUBIO, *El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 bis del Código Civil*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1982, 77; KEMELMAJER DE CARLUCCI, «Art. 1071 bis», en BELLUSCIO (dir.) y ZANONNI (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y con-*

amparada por la garantía denominada acción de *habeas data*, incorporada en el actual art. 43, párr. 3.º, de la Constitución Nacional¹²⁶.

Si alguna duda podía haber con respecto a la naturaleza constitucional de este derecho, ha quedado despejada tras la reforma constitucional de 1994. En efecto, en virtud del actual art. 75, inc. 22, de la CN, algunos tratados internacionales de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, en las condiciones de su vigencia para la Argentina. Se transcribe a continuación la parte pertinente del art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que compendia todo lo que se afirma sobre el derecho a la intimidad en los arts. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

«Art. 11. (...) 2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques».

En el ámbito civil, el derecho a la intimidad está tutelado específicamente por el art. 1071 bis del respectivo Código, incorporado en 1975, que prevé, entre otras cosas, la responsabilidad pecuniaria de quien agravia el derecho a la vida privada. La norma prevé, asimismo, la tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad. Su texto establece:

«El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren 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»¹²⁷.

cordado, Astrea, Buenos Aires, 1984, V, 72; y RIVERA, «Hacia un régimen integral y sistemático de los derechos personalísimos», L.L. 1983-D-846, 848.

126. La norma establece que toda persona podrá interponer acción de amparo «para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la *supresión*, rectificación, *confidencialidad* o actualización de aquéllos».

127. Merece la pena mencionar que, aunque sin éxito hasta el momento, se han realizado algunos intentos de introducir en el Cód. Civil un régimen completo e integral de los derechos de la personalidad. El último de estos intentos es el del *Proyecto de Código Civil* presentado en diciembre de 1998, todavía en estudio, que, además de reconocer expresamente los derechos a la intimidad personal y familiar, al honor o reputación y a la imagen, los unifica en su tutela reparatoria y preventiva (cfr. arts. 105 y 109). La tendencia actual es firme hacia una legislación que cubra los aspectos civiles y penales, y establezca mecanismos procesales eficaces.

Nótese que esta disposición habilita para adoptar cuantas medidas se requieran para hacer cesar la actividad de injerencia en la intimidad, siempre que sean adecuadas para la consecución del fin que se busca. Para el cumplimiento efectivo de la orden el juez puede imponer astreintes (art. 666 bis del Cód. Civil), o apercibir al obligado de que puede incurrir en el delito de desobediencia (art. 239 del Cód. Penal).

La pretensión de una orden judicial *ex art.* 1071 bis no tiene que probar el dolo o la culpa del autor del hecho, ya que con estas medidas no se trata de imponer una indemnización, sino de proteger ante un daño¹²⁸. Por otra parte, ante una invasión en la intimidad, debe presumirse que ella es arbitraria, debiendo el demandado demostrar, si tiene los elementos para ello, que no es así por encontrarse justificada su acción¹²⁹.

El art. 1071 bis no prevé expresamente la posibilidad de que el juez ordene medidas para evitar la *reiteración* del agravio, pero se corresponde con los fines tutelares buscados por la disposición y es obvio que debe considerarse la contenida en la facultad de obligar al agresor a «cesar en tales actividades»¹³⁰. Para evitar estas reiteraciones podría también utilizarse, al modo de la vieja acción de jactancia, la acción meramente declarativa (art. 322 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación)¹³¹.

Tampoco parece haber dificultades en que el art. 1071 bis del Cód. Civil, más allá de las medidas de cesación o que impidan la reiteración del daño, albergue también las medidas de no publicar *antes de que se haya realizado algún acto agravante*, solución que cuenta con el amplio aval de la doctrina, expresado en varios congresos y reuniones científicas¹³², así como en trabajos

128. Cfr. BORDA, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, 10.ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1991, I, 319; *idem*, *Manual de Derecho civil. Parte general*, 16.º ed., Buenos Aires, Perrot, 1993, 184; CIFUENTES, «Derechos personalísimos. Sobre una ponencia elaborada como programa de posible legislación orgánica sobre la materia con algunas otras consideraciones», E.D. 106-773 (1984), 778; RIVERA y MALICKI, «Prohibición cautelar de la publicación de una biografía no autorizada», E.D. 151-157 (1993), 172; RIVERA, *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, II, 97; *idem*, «Hacia un régimen...», 853; e *idem*, «Derecho...», 358.

129. Cfr. DE LÁZZARI, «Protección cautelar del derecho a la intimidad», J.A. 1990-I-904, 909.

130. En algún caso se ha hecho uso de esta facultad. Así, Juzg. Nac. de 1.ª Inst. en lo Civil N.º 5, D., S.S. *c/ D., O.A. y otros s/ tenencia de hijos*, 1 de agosto de 1990, donde se dispuso el secuestro de unos videos difundidos días antes en un conocido informativo, mediante los cuales se revelaron datos de la vida íntima de una menor. El caso, inédito, está citado en RIVERA y MALICKI, 173.

131. Para CIFUENTES, *Derechos personalísimos*, 2.ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1995, 654-55, esta acción podría dar lugar incluso a la prevención de una lesión no acaecida que fuera inminente y manifiestamente arbitraria.

132. Cfr. las conclusiones o recomendaciones de las II Jornadas Provinciales de Derecho Civil de la Provincia de Buenos Aires (Mercedes, 1983), en «Recomendaciones de las Segundas Jornadas Provinciales de Derecho Civil de Mercedes», J.A. 1983-III-668, recomendación I.4; de las IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983), recomendación n.º VI, transcritas en RIVERA, «Derecho...», 357; de la Comisión 1 del I Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1989), transcritas en PIZARRO, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agravantes*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, 379; de

publicados por autores individuales¹³³. En efecto, el hecho de que el artículo no las prevea expresamente no puede ser entendido como negatorio de tal solución¹³⁴. Asimismo, a la posibilidad de esta tutela inhibitoria coadyuvan asimismo otras razones jurídicas. En primer lugar, la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18 CN), de la cual se extraen los derechos constitucionales derivados a la tutela judicial preventiva y cautelar. También debe tenerse en cuenta la acción rápida y expedita de amparo para defender los derechos constitucionales «contra *todo acto* u omisión de autoridades públicas o de *particulares*, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o *amenace*, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta» derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley» (art. 43 CN; cfr. también art. 312, inc. 1, del Cód. Proc. Civil)¹³⁵. Podría además pensarse en la aplicación analógica del mismo art. 1071 bis y, según alguna doctrina, hasta en la veda del abuso del derecho (art. 1071 del Cód. Civil)¹³⁶. Por otra parte, no debe olvidarse la facultad genérica de los jueces para dictar las medidas cautelares urgentes que fueren más aptas, según las circunstancias, cuando el demandante tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o irreparable (art. 232 del Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación); ni la lógica interna de la tutela inhibitoria, para cuya admisibilidad se debe prescindir de que para entonces se haya verificado un daño al actor, porque este tipo de tutela es precisamente de carácter *preventivo* —carácter que se da de modo muy especial en este caso—, lo cual justifica que, más allá de la literalidad de determinada norma, se admita el remedio aunque no se lo prevea exactamente en los casos expresamente regulados¹³⁷. En otro orden de ideas, si la norma sólo habilitara a ordenar la cesación del ataque ya iniciado a la

las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, 1989), Comisión 1, transcritas en RIVERA y MALICKI, 172; y de las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina (Buenos Aires, 1990), transcritas en PIZARRO, 328.

133. Ver ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Derecho a la intimidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, 150 y 155-56; RIVERA y MALICKI, 172; FERREIRA RUBIO, 170 y 188 (citando en su apoyo, entre otros, CARRANZA, *Los medios masivos de comunicación y el Derecho privado*, Lerner, Buenos Aires - Córdoba, 1975, 193 y 194); MOSSET ITURRASPE, «El derecho a la intimidad», J.A. Doc-1975-404, 408-409; ZANNONI y BÍSCARO, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993, 123-125; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 83.

134. En contra, el juez BARRA sostuvo en *Servini de Cubría*, Fallos 315:1961 (1992), cons. 18, que el art. 1071 bis del Cód. Civil sólo autorizaba las medidas de cesación de la intromisión. Poco después, flexibilizando su postura, escribió que, a falta de una intromisión arbitraria anterior, no puede dictarse la medida, *salvo que se esté frente a una amenaza cierta de que va a ocurrir tal intromisión o mortificación de las costumbres*. Cfr. su trabajo «La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia», L.L. 1994-B-1139.

135. De la misma idea son CIFUENTES, *Derechos...*, 651-653; y RIVERA (h.), «Derecho a la intimidad: La importancia de la prevención del daño y la relación con la libertad de prensa», *Campus* 10 (1996) 10, 11.

136. Cfr. CIFUENTES, *Derechos...*, 650.

137. En Italia son de esta opinión RAPISARDA y TARUFFO, 6-7, quienes citan en su apoyo abundante doctrina.

intimidad, podría alegarse que la intrusión comienza en muchos casos antes de la publicación del hecho privado, en el momento en que ilícitamente se obtienen informaciones o fotos, como ocurre cuando subrepticamente se graban conversaciones, o cuando con teleobjetivos se toman fotografías en lugares privados¹³⁸.

Por otra parte, y más allá de los argumentos y apoyos reseñados, la facultad judicial para dictar medidas inhibitorias que prevengan daños aún no acaecidos a la personalidad, sino sólo amenazados, cuenta también con el respaldo de la jurisprudencia, que la ha utilizado en diversas ocasiones, como puede verse en los casos *Lacroze de Fortabat c/ Barone*¹³⁹, *R. B., M. H. c/ S., D.*¹⁴⁰, *P., V.A.*¹⁴¹, *Vergara*¹⁴² y *Quantín c/ Benedetti*¹⁴³.

También se dictó una medida inhibitoria de la difusión para impedir daños amenazados a la intimidad en *S., V. c/ M., D.A.* El caso es de especial

138. Ver, en este sentido, RIVERA y MALICKI, 176 y 177.

139. Juzg. Nac. de 1.^a Inst. en lo Civil N.º 19, E.D. 151-157 (1993), donde se prohibió la publicación de una biografía no autorizada sobre una conocida empresaria, con objeto de tutelar su vida afectiva e íntima.

140. CNCiv., Sala H, E.D. 145-413 (1992). A petición del Ministerio Público de Menores, un juez civil había dispuesto que los medios de comunicación debían abstenerse de propagar reportajes o imágenes de una menor que había iniciado un juicio de filiación. La Cámara declaró improcedente el recurso, por defectos formales, quedando así firme la resolución de primera instancia. Cfr. *idem*, 420-21. Sobre este caso puede verse el comentario elogioso de BIDART CAMPOS, «Identidad, filiación y privacidad de una menor en su juicio de filiación paterna: nada de vedetismo informativo», E.D. 145-415, en esp. 415-416, para quien no se trataba en absoluto de censura previa, sino de una prohibición judicial «legítima, razonable y constitucional».

141. CNCiv., Sala C, L.L. 1997-D-98. Cfr. el comentario favorable de EKMEKDJIAN, «El derecho a la intimidad. La Convención sobre los Derechos del Niño, el orden jerárquico de los derechos y la libertad de prensa». En este caso la Cámara Civil confirmó una prohibición de publicar datos de dos menores —una madre de 14 años y su hijo— involucrados en un proceso civil, acogiendo lo resuelto en primera instancia. Con citas de diversas normas internacionales y legales, el tribunal sostuvo:

«Aquí, la censura no juega absolutamente ningún tipo de rol, ni puede disfrazarse la pretensión del recurrente de este instituto. (...) Como se ha dicho, el tema a decidir no debe ser divulgado no por una cuestión de «censura previa», sino porque normas de idéntica raigambre constitucional que la invocada por el apelante, impiden, tratándose de menores, su difusión». L.L. 1997-D-98, 104.

142. CNCrim. y Corr., Sala VII, E.D. 136-664 (1990). En el caso, un juez penal había dictado una prohibición cautelar de exhibir, difundir y publicitar una película de producción argentina, no exhibida hasta el dictado de la medida, con la finalidad de tutelar la salud espiritual de unos menores que coprotagonizaban el film. La medida se dispuso hasta que concluyera el proceso penal que se instauró a los responsables de la película por supuestas exhibiciones obscenas, abuso deshonesto y corrupción en perjuicio de los niños actores. Apelada la medida, fue confirmada por el tribunal de alzada. Unos meses después, pasado el caso al juez de instrucción, éste revocó la medida cautelar, entendiendo que la intervención judicial en la libertad de expresión y de creación artística significaba una inadmisibles censura. Su resolución fue confirmada por la Cámara. Ver CNCrim. y Corr., D.J. 1990-2-961.

143. Juzg. Nac. 1.^a Inst. Civ. N.º 36, del 10-I-1996 (inérito). Tomo el caso del relato del mismo que hacen RIVERA y PALAZZI, «Los alcances del derecho a la privacidad», E.D. 168-373 (1996). Allí un juez prohibió cautelarmente la difusión de grabaciones ilícitas de conversaciones telefónicas privadas, con fundamento en la necesidad de dar amparo al derecho a la intimidad del actor. La medida cautelar no fue impugnada.

importancia, dado que en él la propia Corte Suprema suscribió la pertinencia y validez constitucional de este tipo de medidas. Allí se prohibió a todos los medios del país difundir toda referencia de una menor que tenía entablada una acción de filiación contra un personaje ampliamente conocido, con el objeto de tutelar su intimidad y su identidad; la Cámara confirmó la medida, emitiendo un fallo en términos muy similares a los mencionados al tratar del caso *P., V.A.*, y negando, en consecuencia, carácter de censura previa a la intervención judicial¹⁴⁴. Sin embargo, el tribunal de segunda instancia modificó parcialmente la medida, sosteniendo que prohibir la difusión de *toda* noticia sobre la menor —y hacerlo, además, sin términos temporales— excedía los límites de la tutela preventiva, debiendo en consecuencia quedar circunscrita sólo a evitar la difusión de información vinculada estrictamente con la materia en estudio judicial y hasta tanto se dictara sentencia en la causa, con las limitaciones, en cuanto a la publicidad de la decisión final, establecidas legalmente con relación al nombre de las partes o de terceros afectados¹⁴⁵. El fallo fue recurrido por una agencia de noticias ante la Corte Suprema. La Corte, que falló por siete votos contra dos, resolvió confirmar la medida, modificando en parte el alcance dado por el tribunal de apelación¹⁴⁶. La Corte razonó que los derechos deben interpretarse armónicamente¹⁴⁷, que de la prohibición de censura previa no se sigue que los otros derechos se vean anulados o desprotegidos por el poder judicial¹⁴⁸ y que la libertad de expresión no es absoluta, sino que su contenido esencial es asegurar el estar suficientemente informados para opinar y ejercer los derechos con respecto a las cuestiones del país¹⁴⁹. En este contexto, sostuvo que la protección judicial preventiva de la intimidad de un menor, que cuenta con suficiente protección constitucional y legal, no constituye censura previa, ni impide la publicidad necesaria en una democracia, sino que realiza la satisfacción de su derecho, que sería inoperante si ante

144. Cfr. *S., V. c/ M., D.A.*, Juzg. Nac. 1.ª Inst. Civ. N.º 87 y CNCiv., Sala I, E.D. 177-181 (1998). Cfr. el extenso comentario favorable de BUDANO ROIG, «La libertad de prensa, la censura previa y el derecho a la intimidad de una menor». El fallo de la Cámara está en pp. 194-202.

145. Cfr. *idem*, 201-202.

146. C.S.J.N., *S., V. c/ M., D.A.*, Fallos 324:975 (2001), L.L. 2001-C-309. Votaron en mayoría los jueces Nazareno y Bossert. Lo hicieron en concurrencia los jueces Moliné O'Connor y López —de manera conjunta—, los jueces Boggiano y Vázquez —también uniendo sus votos— y Fayt. En disidencia se manifestaron los jueces Belluscio y Petracchi, manteniendo ambos que las medidas constituían censura previa, prohibida por la Constitución (cfr. *idem*, cons. 6 y 7 del voto de Belluscio; cons. 6 a 20 del voto de Petracchi). La postura de Belluscio, por otra parte, representa con claridad la *prior restraint doctrine* tradicional: para él la difusión de datos relativos a la menor sería una acción ilícita, que engendraría responsabilidad, pero no puede ser prohibida *ex ante* (cfr. *idem*, cons. 9 de su voto).

147. Cfr. *idem*, cons. 11, voto de la mayoría; cons. 25 del voto concurrente de Moliné O'Connor y López.

148. Cfr. *idem*, cons. 5 y 9 del voto concurrente de Moliné O'Connor y López; cons. 5 del voto concurrente de Boggiano y Vázquez; cons. 10 y 11 del voto concurrente de Fayt.

149. Cfr. *idem*, cons. 7, voto de la mayoría; cons. 7 y 9 del voto concurrente de Moliné O'Connor y López.

un daño grave e irreparable tuviera que limitarse a responsabilidades ulteriores¹⁵⁰. Ahora bien, para el tribunal la medida debió ceñirse a lo indispensable para la tutela de la intimidad de la menor, y en este sentido consideró excesiva la prohibición de toda noticia sobre la filiación de autos y dejó limitada la orden a impedir que se diera a conocer cualquier dato que pudiera llevar a la identificación de la menor actora¹⁵¹.

Finalmente, en cuanto a los agravios al derecho a la intimidad que puedan derivarse de la publicación de fotografías o de cartas, deben también citarse los arts. 31, 32 y 79 de la ley 11.723, de propiedad científica, literaria y artística, sancionada en 1933. La primera de estas normas reconoce parte del contenido del derecho a la propia imagen, al establecer que el «retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma», salvo que la publicación se relacione «con fines científicos, didácticos y, en general, culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público». El art. 32, por su parte, dispone que «el derecho de publicar las cartas pertenece al autor». Estas normas se vuelven relevantes para el presente estudio al leerlas en relación con el art. 79 de esa ley, que prescribe que «los jueces podrán, previa fianza de los interesados, decretar preventivamente la suspensión de un espectáculo (...); el embargo de las obras denunciadas (...) y *toda medida que sirva para proteger eficazmente los derechos que ampare esta ley*».

B) PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA INTIMIDAD Y RAZONABILIDAD DE SU TUTELA JUDICIAL PREVENTIVA

11. DAÑOS A LA INTIMIDAD Y FUNCIÓN DE LAS MEDIDAS INHIBITORIAS

A la hora de pronunciarse sobre el interés y la licitud de la tutela judicial preventiva del derecho a la intimidad la primera cuestión a dilucidar es la de la reparabilidad o irreparabilidad de un daño a este derecho. Para esto, es conveniente recordar cuatro deberes que puede engendrar un derecho. Un derecho exige ante todo *respetarlo*, dando, haciendo o no haciendo, esto es, satisfaciendo o cumpliendo la exacta deuda en la cual propiamente consiste, deber que es previo y primario respecto de todos los que se enunciarán a continuación. Si el derecho ha sido lesionado, exige *reparar* el daño, en primer lugar mediante la *reintegración* en forma específica y, en segunda instancia, si no

150. Cfr. *idem*, cons. 10 y 14, voto de la mayoría; cons. 23, 24 y 27 del voto concurrente de Moliné O'Connor y López; cons. 10, 11, 31 y 36 del voto concurrente de Boggiano y Vázquez; cons. 12, 18 y 19 del voto concurrente de Fayt.

151. Cfr. *idem*, cons. 13 y 15, voto de la mayoría; cons. 20, 25 y 26 del voto concurrente de Moliné O'Connor y López; cons. 32, 33 y 35 del voto concurrente de Boggiano y Vázquez; cons. 19 del voto concurrente de Fayt.

es posible la anterior, mediante el *resarcimiento pecuniario justo* o *compensación equivalente* del daño¹⁵². En último término, si no es posible el perfecto ajustamiento entre los bienes lesionados y los que se entregan, surge el deber de *compensar equitativamente* el perjuicio causado, donde la equidad da al deber de reparar un cauce de cumplimiento de otro modo cegado y cancela la deuda mediante una *cierta satisfacción*¹⁵³.

Aplicando lo anterior al derecho a la reserva de la vida privada, lo primero que este derecho *exige* es el respeto, el cumplimiento de la deuda, que aquí se concreta en la no injerencia, en un *abstenerse* de agredirlo. Este cumplimiento espontáneo es lo que principalmente reclama el derecho a la intimidad y lo que en primer lugar pretende el Derecho con respecto a este bien jurídico. Se trata, en definitiva, de la obligación general de no dañar, del *neminem laedere* de los romanos.

Ahora bien, si una publicación irrumpe en el recinto de la privacidad, ¿es posible reparar *in natura* la reserva de la intimidad perdida, intentando reconstruir el *statu quo* anterior al acto injusto? A diferencia de lo que acontece con aquellos derechos que, por su propia naturaleza, son susceptibles de ser reparados en especie, como ocurre fundamentalmente con los derechos de contenido patrimonial o consistentes en objetos materiales, y de lo que de alguna manera es factible en el ámbito del derecho al honor, donde *teóricamente* existen algunas vías para intentar reparar el daño cometido por una afirmación falsa¹⁵⁴, cuando se daña el derecho a la reserva de la vida privada es nítido que la concreta parcela del bien jurídico que se afecta resulta *absolutamente destruida como tal intimidad* y ese daño es completamente irreparable¹⁵⁵. Es imposible retrotraer el hecho de que se ha conocido lo que se pretendía mantener en reserva, pues lo que era íntimo se ha hecho público, aunque la divulgación de lo que es privado no «publica» lo que se revela, no troca su naturaleza, sino que deja en manos de la curiosidad del público lo que, siendo de carácter personal, íntimo, reservado, debió permanecer en el estrecho ámbito donde estaba hasta entonces.

152. Sobre lo anterior cfr. DE CUPIS, *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. de la 2.ª ed. it. por Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, 588, 790, 822, 830 y 836; HERVADA, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, 7.ª ed., Eunsa, Pamplona, 1993, 78.

153. Sobre esta compensación de equidad ver HERVADA, 71-72 y 78.

154. Cfr. TOLLER, *Libertad de prensa...*, 186-187.

155. La mayor aptitud para la reparación del honor con respecto a la intimidad es puesta de manifiesto también por RIGAUX, 347. Como ya se ha visto, lo irremediable del daño a la privacidad viene siendo reconocido por la jurisprudencia francesa desde principios del siglo pasado, y afirmado unánimemente por la doctrina italiana. Sobre la irreparabilidad del daño a la intimidad ver también DOBBYN, 70; WATKINS, 120; ROBERTSON y NICOL, 173; RIVERA (h.), 10. Al respecto el juez Boggiano, de la Corte Suprema argentina, en el cons. 10 de su voto en el caso *Servini de Cubría*, Fallos 315:1961 (1992), resaltó la importancia de reconocer al juez la potestad de impedir o limitar la difusión de ciertas publicaciones «en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Así, la publicación de informaciones secretas (...), una vez divulgadas, no pueden ya ser confidenciales. El secreto se pierde irreparablemente (...)». Las cursivas son mías.

Siendo *imposible* restituir la intimidad perdida, debe pensarse en las posibilidades de una justa compensación, dando a la víctima bienes por un valor igual o semejante al de los bienes perdidos. Se habla entonces de *indemnizar*. Ahora bien, la intimidad es un derecho que protege bienes inmateriales de la persona, no económicos por definición y no mensurables pecuniariamente. Afectar este derecho, en consecuencia, genera un perjuicio no patrimonial, un «daño moral», que no encuentra satisfacción adecuada —*justa compensación*— en una indemnización económica, porque los términos de comparación que se ponen en la balanza no son homogéneos. En efecto, si *indemnizar* es dejar indemne, sin daño, a la persona lesionada, se entenderá que es imposible hacerlo en este caso, donde no es humanamente factible dar bienes por un valor igual o equivalente al del bien dañado, ya que la intimidad personal es insustituible y nada se le puede equiparar.

Resta pensar en una compensación pecuniaria *equitativa* —esto es, no en estricta justicia, porque no hay perfecta correlación entre los bienes lesionados y los que se entregan en compensación— de la intimidad violada. Esta sí es jurídicamente posible —este último recurso del Derecho, salvo insolvencia del demandado, siempre es posible—, enjugando imperfectamente la injusticia cometida. Pero la satisfacción equitativa en dinero —que por definición no restaura ni cura, sino que sólo es un remedio paliativo—, deja intacto el daño *irreparable* a este derecho tan ligado a la personalidad¹⁵⁶.

En conclusión: una vez que el daño a la intimidad se ha producido, al Derecho sólo le cabe arbitrar una compensación equitativa que, siendo importante, no es totalmente adecuada y se muestra insuficiente. Dicho de otro modo: la tutela judicial que usualmente el Derecho reserva para quien ha sido lesionado en su intimidad no es efectiva ni apropiada. Más todavía, aun cuando el demandante tenga éxito, en rigor el proceso sacrifica más que protege la buscada —y perdida— privacidad. Ésta es la razón por la cual, como ha ressaltado importante doctrina norteamericana, los demandantes que conocen por adelantado una inminente invasión a su intimidad intentan obtener una prohibición judicial¹⁵⁷. En consecuencia, la amenaza de un agravio serio a la intimidad reclama y justifica la aplicación razonable de medidas judiciales preventivas, tanto cautelares como definitivas —en especial, prohibiciones judiciales de publicar—, intentando evitar un daño directo, grave e irreparable a este preciado bien jurídico. En una materia donde, como en pocas, es más importante evitar el daño que repararlo, se pone así en manos del justiciable la posibilidad de impetrar la única herramienta jurídica *eficaz* —la prevención judicial— para que sea tutelado el primer deber que engendra y reclama el derecho a la inti-

156. También se refieren a la inadecuación del resarcimiento como solución al daño a la intimidad, KAYSER, I, 92; DOBBYN, 70-71. La misma idea, pero refiriéndola a los derechos de la personalidad en general, está en DE CUPIS, *El daño...*, 574; POUND, 644-645; y SATTA, II, 232; y, aplicándola específicamente al derecho a la propia imagen, en GITRAMA, 364.

157. Cfr. FRANKLIN y ANDERSON, *Mass Media Law*, 4.^a ed., The Foundation Press, Westbury (N.Y.), 1990, 448.

midad: ser respetado, no sufrir agravios, poder ser pacíficamente gozado y disfrutado¹⁵⁸. Esto es lo que pretende en primer lugar el Derecho, pues el imperativo de *respetar* la intimidad es lo que sustenta su consagración constitucional y la normativa penal y civil que sanciona su transgresión.

Por tanto, la tesis que aquí se sostiene es que, cuando existe una amenaza conocida de daños graves e irreparables al derecho a la privacidad, el Derecho puede —*debe*, ante instancia de parte razonable y fundada— utilizar sus medios judiciales de coacción preventiva para que el injusto agresor, que no quiere respetar espontáneamente el deber general de no dañar, no viole este importante bien jurídico que luego no podrá restaurar. La absoluta irreparabilidad del daño es una de las razones más claras para que sea razonable admitir que un juez pueda impedir que se publique sin justa causa lo íntimo y reservado, sin que, como luego se insistirá, tal acción pueda ser tildada de inadmisibles «censura previa»¹⁵⁹.

12. GRAVEDAD DEL DAÑO, ACCIONES DE CESACIÓN Y DE NO REITERACIÓN Y PRUEBA DEL DOLO O LA CULPA

Ahora bien, debe remarcarse que para que sea razonable utilizar la tutela judicial preventiva de la intimidad debe tratarse de una amenaza de un agravio *serio* que generará un daño *grave e irreparable*¹⁶⁰. La razón es que, aunque en estos casos la información no esté en principio avalada por ningún interés público, la restricción a la difusión que conllevan estas medidas no sería proporcionada —particularmente en caso del secuestro, el cual afecta a todo el contenido de la publicación— si se dictaran para impedir la propagación de hechos que, si bien pertenecientes a la vida privada, es difícil que puedan considerarse un *agravio* y engendren responsabilidad ulterior, por no ser

158. En la misma línea, apoyando la tutela preventiva como la protección realmente efectiva, cfr. HAIMAN, *Speech and Law in a Free Society*, The University of Chicago Press, Chicago - London, 1981, 77; MORELLO, «La Corte Suprema y el nuevo derecho de la privacidad», en MORELLO y STIGLITZ, *Tutela...*, 21, y «El derecho a la intimidad y su tutela desde una perspectiva iberoamericana», en MORELLO y STIGLITZ, *Tutela...*, 53, 55-56 y 78. Sobre estas cuestiones puede verse también NOVOA MONREAL, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo XXI, México, 1979, 123; y, refiriéndose específicamente a la tutela del derecho a la imagen, GITRAMA, 328, 364, 367 y 368.

159. En concordancia con el texto, en Inglaterra se ha dicho que la regla de Blackstone contra las restricciones previas se torna precaria cuando se trata de proteger por adelantado la confidencialidad y la privacidad, porque, si bien los jueces piensan que una indemnización puede compensar una difamación injustificada, entienden también que una vez que un secreto se ha publicado no puede ya volver a su primitiva confidencialidad. Cfr. ROBERTSON y NICOL, 173.

160. En esta línea, como ya se señaló al tratar el Derecho comparado, este requisito, bajo la forma de exigir un «atentado *intolerable* a la intimidad de la vida privada», o un daño grave e irreparable, o fórmulas similares, es unánimemente apoyado por la jurisprudencia y la doctrina francesa, recalando la excepcionalidad de estas medidas. Del mismo modo, el art. 28.c, párr. 3, del Cód. Civil suizo exige que, para que se pueda dictar una medida cautelar dirigida a medios de carácter periódico, el atentado a los derechos de la personalidad debe ser «apto para causar un perjuicio particularmente grave».

embarazosos para el demandante, sino más bien triviales, indiferentes o irrelevantes, y carecer de entidad suficiente para provocar el descrédito o el ridículo del demandado¹⁶¹.

Lo anterior exige introducir una importante salvedad: la tutela judicial preventiva cautelar o definitiva de la intimidad es admisible tanto si se trata de una publicación *inicial*, como también si se pretende la *cesación* de los agravios o su *no reiteración*. La razón para que las órdenes judiciales orientadas a la cesación o a la no reiteración de los agravios a la intimidad posean interés —el interés es la medida de la acción— es que, si bien cuando ya se ha producido la difusión de la información la destrucción de la intimidad es total con respecto a los que han conocido lo que debió permanecer en reserva, es posible que la publicación ya realizada y en curso de difusión pueda *llegar a más personas* o que se *reitere* una difusión ya cesada, en ambos casos ampliándose la difusión de lo comunicado y expandiéndose el daño. Algo que pudieron conocer algunos —pocos o muchos— acabará siendo conocido por un número mayor; algo que se supo y de lo cual ya no se habla, puede ser recordado o instalarse como tema habitual... Se cumple, así, con el postulado requisito de exigir un daño *grave*. Lo dicho, como puede suponerse, no va en desmedro de que sea aceptable una prohibición *ex ante* una publicación *inicial*, ya que las órdenes de cesación o de no reiteración hacen lo que les es posible para *minimizar* los daños e impedir su agravamiento, mientras que la prohibición que llega cuándo sólo se está en presencia de una amenaza es *realmente eficaz* para tutelar este bien humano básico de la privacidad.

Por último, debe advertirse que si se entabla una acción solicitando una orden cautelar o definitiva de no publicar por primera vez, de cesar en una intromisión o de no reiterarla, no se necesita probar el dolo o culpa del agresor a la intimidad, pues no se trata aquí de condenar a un resarcimiento en dinero, sino de impedir, con independencia de la atribución subjetiva al autor, la producción de un daño injusto¹⁶². Por ello, se puede dictar la prohibición aunque el hecho por distintos motivos no genere responsabilidad —salvo que esto se deba a una causa de justificación, que eliminaría la antijuridicidad de la acción¹⁶³—, y se puede considerar que esta eventualidad la justifica *a fortiori*, puesto que los canales jurídicos *a posteriori* estarán ocluidos.

161. Nótese que en Estados Unidos sólo hay responsabilidad por daños a la intimidad mediante publicaciones si la acción es altamente ofensiva para una persona razonable (cfr. WATKINS, 131 y ss.; SALVADOR CODERCH, *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del Libelo*, Civitas, Madrid, 1987, 95). En la misma línea, PIZARRO ha escrito que, dada la excepcionalidad de una prohibición de toda o parte de una publicación, o de su circulación, es necesario que sea grave el atentado arbitrario a la intimidad que se va a impedir o hacer cesar de modo temporal o definitivo (cfr. *op. cit.*, 326); y, por su parte, ZANNONI y BÍSCARO afirman que el juez debe valorar en cada caso la entidad de la injerencia a la intimidad antes de dictar la prohibición (ver *op. cit.*, 128).

162. Como ya se ha señalado al tratar del Derecho comparado, esta tesis ha sido sostenida por la jurisprudencia o la doctrina en Francia, Italia, Alemania, España y Argentina.

163. En el mismo sentido, RIVERA, «Derecho...», 358.

13. PRIVACIDAD E INTERÉS PÚBLICO EN LA INFORMACIÓN

Otro aspecto relevante a tener en cuenta para determinar la admisibilidad de la tutela judicial preventiva cautelar y definitiva de la privacidad es el interés público. Toda información debe tener algún interés público. Algunas lo tienen en grado sumo, como es el caso de la información relativa al gobierno, a la actividad política, etc. En cambio, al revés de lo que ocurre con la información sobre asuntos públicos, la regla general en la información atinente a las cuestiones privadas es que el público no tiene derecho a conocerla: *publica publice tractanda sunt, privata private*. Se trata, en rigor, de dos derechos que claramente no colisionan, puesto que el derecho a la intimidad tutela lo privado, lo que por definición queda fuera de lo público y de la publicidad, y cuyo general conocimiento no está requerido por el interés general, y el derecho a la información y la libertad de prensa se justifican fundamentalmente por brindar los elementos de interés público necesarios para una opinión pública atenta y crítica, con la finalidad principal de garantizar el funcionamiento institucional de la comunidad política. En suma, que algo sea *interesante para el público* no debe ser confundido con el *interés público*. Y lo que sólo responde a la morbosa curiosidad de quienes componen el público de algunos *media*, hábilmente explotada por intereses exclusivamente comerciales, no puede tener la misma protección constitucional que la actividad informativa dirigida hacia la formación y fomento de una opinión pública vigorosa, atenta a las cosas de interés común y, especialmente, a la actividad de los poderes públicos¹⁶⁴. Esto no significa, naturalmente, que todo lo que difunda un medio de comunicación deba ser materia de primera necesidad para el debate político en sentido estricto, sino que los traficantes del chis-

164. De modo similar a lo que se afirma en el texto, cfr. *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida S.A.*, Fallos 306:1892 (1984), voto de los jueces Caballero y Belluscio, donde se afirma que «la protección del ámbito de intimidad de las personas tutelado por la legislación común no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución ni cede ante la preeminencia de ésta» (cons. 6 de su voto concurrente). En concordancia también con lo señalado, con justeza ha dicho el Tribunal Supremo español que el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20.1.d CE) requiere que la información verse sobre hechos de interés general, o tenga alguna relación con el pluralismo político o contribución a la formación de criterios de interés general, subrayando en el caso la carencia de tales notas en una información relativa a la intimidad personal (cfr. STS del 4 de junio de 1990, Sala 1.ª, *La Ley* 1990-3, 547, pp. 550-52). Al respecto ha escrito Lord Griffiths, concluyendo una importante sentencia de la *Court of Appeal* inglesa: «Finalizo con una palabra de cautela: existe un mundo de diferencia entre lo que es de interés público y lo que es del interés del público», *Lion Laboratories Ltd. v. Evans*, [1984] 3 W.L.R. 539, 562, CA; afirmaciones semejantes, y en ocasiones casi idénticas, pueden verse en HANBURY y MARTIN, 782; BARENDT, 189-191; NAISMITH, 156; RUIZ MIGUEL, 256, SALVADOR CODERCH, 97. Una idea similar había sido expresada por el juez Rehnquist, actual Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, escribiendo para el tribunal en *Time, Inc. v. Firestone*, 424 U.S. 448, 454 (1976): «No se puede igualar 'controversia pública' con todas las controversias que interesan al público». Sobre la justificación de la libertad de expresión como crítica política, puede verse SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992, 66-84.

me no pueden invocar en su defensa unas libertades públicas que han sido reconocidas para fines nobles y esenciales¹⁶⁵.

Dos conclusiones se desprenden de lo dicho hasta aquí. La primera es que una medida judicial que prohíba publicar algo privado —esto es, carente de interés público— *no viola la libertad de prensa ni constituye censura previa*¹⁶⁶. La segunda conclusión a que puede llegarse es que, ante cualquier petición de tutela de uno de estos derechos de la personalidad, debe exigirse al demandado, si pretende que se deniegue la medida cautelar, que demuestre el interés público de la materia sobre la que informará. En efecto, si en sentido estricto no hay derecho a difundir aquello sobre lo cual no hay un derecho a estar informados, y si no se agravia la intimidad difundiendo lo que en rigor no es privado, sino que tiene trascendencia pública, el corolario es que la tutela de la verdadera intimidad y la legítima protección de la libertad de prensa quedan salvaguardadas cuando se deniega la petición de una medida cautelar en virtud de un legítimo y genuino interés público en el conocimiento de determinada información. Se salva así la información necesaria para la formación de la opinión pública, pero no se protege a quienes airean situaciones que agravian la privacidad de las personas.

Se podría objetar a lo dicho en este epígrafe que en ocasiones una noticia sobre la vida privada de alguien es de interés público, no siendo antijurí-

165. Puede ser ilustrativo de lo afirmado ejemplificar con algunos casos que pueden espigarse de los anales de jurisprudencia. En esas circunstancias es claro que, de haberse conocido lo que se iba a difundir y de haberse solicitado medidas preventivas a un juez, se debían haber dictado medidas preventivas para proteger la privacidad, sin que por esto se lesionara el interés público o los fines por los cuales se protege la libertad de expresión. Así, para dar tres ejemplos reales ocurridos en Argentina, la publicación del nombre de un conductor de autobuses que había sido violado —CNCiv., Sala I, C., R.A. c/ Editorial Perfil S.A., E.D. 144-389 (1991)—; la publicación de una foto de una fisicoculturista, tomada en un certamen deportivo, ilícitamente incluida en una revista erótica —CNCiv., Sala A, M. de B., P. c/ Editorial I., S.A., E.D. 126-464 (1988)—; o la difusión televisiva por un programa líder de audiencia de una grabación hecha con una cámara oculta, donde, con dolo claro y malicia manifiesta, la producción del programa requirió por teléfono a un repartidor de comidas rápidas, dándole las señas de un domicilio particular en el cual, siendo filmado sin su conocimiento, fue atendido por una señorita ligera de ropas, que de diversos modos logró provocarlo eróticamente —caso que no llegó a tribunales, recordado por EKMEKDJIAN, 253, 254 y 256—.

166. Cfr., además de la jurisprudencia comentada al tratar el Derecho comparado, las afirmaciones concordantes de RIVERA y MALICKI, 176; ZANNONI y BÍSCARO, 125, 127 y 129; y CEA EGAÑA, 405-406. Sobre este punto, esta polémica cuestión me he ocupado detenidamente en TOLLER, *Libertad de prensa...*, 468-484 y 551-632. Allí he procurado demostrar que la tutela judicial preventiva es la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva y no una censura previa, intentando establecer que los derechos a la información sin censura previa y a la tutela judicial preventiva son conjugables y armonizables. Para esto en ese trabajo se cuestiona que una medida judicial preventiva sea un agravio intolerable a la libertad de prensa, se pone de manifiesto las diferencias entre un sistema de censura previa administrativa y una decisión concreta de la judicatura, se muestra que las diferencias entre las restricciones previas y las responsabilidades ulteriores no en todos los casos justifican su distinción constitucional, y se propone un test general de razonabilidad para aplicar a la tutela judicial preventiva de daños derivados de informaciones.

dico difundirla. En rigor, en estos casos la información se refiere a algo que entra dentro de lo que he denominado *ámbito material* o *físico* del derecho a la intimidad —ya que en principio es algo gestado o realizado dentro de su vida privada—, pero que no pertenece a lo que puede considerarse el *ámbito jurídico* o *formal* de tal derecho, es decir, a aquella esfera de funcionamiento razonable o ámbito vital que ese derecho legítima y realmente tutela tras considerarse todos los factores¹⁶⁷. No puede ser en rigor de carácter privado o íntimo algo cuyo conocimiento, por el motivo que fuere, atañe legítimamente al real interés de todos, al bien común; divulgarlo no es una invasión de la privacidad, sino satisfacer el derecho a la información. Dicho de otro modo, que la difusión de determinada información responda a un interés público y tenga relevancia social, de modo que el público posea un legítimo interés en conocerlo, en realidad significa que lo divulgado no es algo íntimo o reservado de la persona, sino una actividad con trascendencia pública, y un correcto entendimiento del contenido esencial del derecho a la reserva de la vida privada excluye hechos así de su protección¹⁶⁸.

14. PROHIBICIONES DE PUBLICAR SOBRE LA INTIMIDAD DE POLÍTICOS Y OTROS PERSONAJES PÚBLICOS

A lo afirmado en el apartado anterior debe hacerse la salvedad, implícita en lo señalado con respecto a los ámbitos físico y jurídico del derecho a la intimidad, de que no parece conveniente conceder prohibiciones cautelares de difundir algo supuestamente privado o íntimo cuando el presuntamente agraviado es un funcionario público de alto nivel dentro de la escala administrativa, un candidato a ocupar un cargo público, un mandatario popular o un miembro de cierta importancia de los aparatos partidarios y lo que se afirma tiene influencia directa o indirecta sobre su función de un modo relevante para la opinión pública. La razón, obviamente, es que esas revelaciones —que no deberían publicarse nunca sobre un particular— constituyen *speech* en sentido político, y por eso está justificada su difusión, ya que sirven para que el electorado y la opinión pública alcancen el necesario conocimiento del sujeto en cuestión, en orden a evaluar su idoneidad para la función que ejer-

167. Sobre las nociones de *ámbito material* y *ámbito formal*, ver TOLLER, «Hacia el ocaso del darwinismo jurídico. Lineamientos para una nueva teoría en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales», E.D. 180-1427 (1999), § 4.

168. Ya WARREN y BRANDEIS afirmaban que el derecho a la intimidad no prohíbe la publicación de asuntos de interés público o general (cfr. *op. cit.*, 214-216). Por esta razón, en el Derecho estadounidense sólo hay responsabilidad civil por la publicación de hechos privados verdaderos cuando, además de resultar muy ofensiva para una persona razonable, el público no podría invocar un interés legítimo en conocer tales hechos (cfr. WATKINS, 131 y ss.; SALVADOR CODERCH, 95). Por ello, en ese ordenamiento se deniega la prohibición judicial solicitada si, por estar involucrados asuntos de interés público, el derecho a la intimidad no está realmente en juego (cfr. la jurisprudencia citada al respecto en C.J.S. 43A, «Injunctions», § 145 nn. 78 y 79).

ce o que pretende o sus méritos como figura pública¹⁶⁹. No debe olvidarse que no es posible una perfecta convivencia entre determinadas «virtudes públicas» y ciertos «vicios privados». Naturalmente, esto no significa entender que cualquier defecto privado, que todo ser humano posee en alguna medida, impide radicalmente todo acto público adecuado.

Ahora bien, lo anterior no equivale a que estas personas no tengan derecho a la reserva de su vida privada, pues para la trascendencia de algo no basta que sus protagonistas sean personajes públicos¹⁷⁰. Pero sí supone que la situación o estado por el que voluntariamente han optado los coloca de un modo peculiar ante la mirada pública, con las consecuencias ya mencionadas para su vida privada¹⁷¹.

En cambio, la vida privada de los personajes públicos no políticos debe ser respetada —y tutelada judicialmente de modo preventivo— pues, salvo que medie su consentimiento, es difícil que las informaciones que invaden su intimidad puedan invocar a su favor un legítimo interés público, aunque se trate de personas que tengan alguna relación con cuestiones públicas o una incidencia en la formulación de ciertas políticas públicas, como es el caso de sindicalistas, líderes de organizaciones empresariales, etc.¹⁷²

15. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA TUTELA PREVENTIVA DE LA INTIMIDAD DESDE UNA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL ARMONIZADORA

La longitud de la exposición precedente se justifica en parte por la dificultad y el carácter polémico de la cuestión tratada, en especial en cuanto a su relación con el derecho a la información sin censura previa. Al respecto, conviene señalar que la tesis central de este estudio se funda, en definitiva, en opciones prudenciales que legítimamente pueden ser objetadas. Lo que no parece razonable es que se rechace sin más consideración una vía de protección del derecho a la intimidad que, correctamente encuadrada y delimitada,

169. En el mismo sentido, ver GATLEY, *Libel and Slander*, 7.^a ed. a cargo de Robert McEWEN y Philip LEWIS, Sweet & Maxwell, London, 1974, § 734; BARENDT, 190.

170. Ver, en este sentido, la interesante sentencia *Giscard d'Estaing c. Société d'Editions Carrère Michel Lafond*, Trib. gr. inst. Paris, 14 mai 1985, D. 1986-52. Allí se afirma que la circunstancia de que la persona sea un hombre público —un ex Presidente— no autoriza ni justifica una intrusión en aquello que constituye su vida privada.

171. En la misma línea, cfr. SERNA, «Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información», *Humana iura* 4 (1994) 197, 229-230.

172. En concordancia, se pregunta PIZARRO si es razonable negar a un conocido empresario cuya foto en un hotel con una mujer que no es su esposa será portada de revista la posibilidad de impedir este ataque manifiestamente arbitrario, o tendría que esperar a ver destruida su vida familiar para entonces pedir una indemnización económica, y si ésta es la publicación de ideas y opiniones que protege la Constitución Nacional. Cfr. *op. cit.*, 331 n. 22.

puede ser muy provechosa; vía que, rechazada duramente por muchos, cuenta, sin embargo, con la aceptación de relevantes tribunales de justicia y de cualificada doctrina.

Debe finalmente señalarse que todo este desarrollo, más allá de las diferentes explicaciones y razones técnicas expuestas a lo largo del mismo, tiene por fundamento último un modo distinto de aproximarse a la interpretación constitucional de los derechos fundamentales del que suele ser usual, modo que en esta conclusión sólo puede mencionarse rápidamente. En efecto, aquí se ha intentado buscar el ejercicio equilibrado de los derechos y bienes involucrados, teniendo como premisa la noción de que los conflictos entre derechos fundamentales no son, en rigor, reales, y que, tras un esfuerzo hermenéutico más o menos arduo, pueden resolverse —mejor, disolverse— compaginando armónicamente los derechos de que se trate. No hay necesidad de sacrificar uno u otro de los derechos aparentemente en pugna —como suelen hacer algunos juristas y tribunales—, apelando a los difundidos métodos de la jerarquización en abstracto o de la ponderación en concreto —*balancing test*—, ni es preciso que sean limitados desde fuera. Esto se encuentra en concordancia con la idea de que el primer y primordial contenido del bien común, y uno de los fines esenciales del sistema democrático, es el respeto, promoción y garantía de *todos* los derechos fundamentales de la persona. Para dicha armonización debe atenderse al contenido esencial de los derechos, a sus límites inmanentes y a sus finalidades, con el objeto de delimitar sus respectivos ámbitos formales o esferas de funcionamiento justo y razonable. En orden a determinar prudencialmente las conductas que hagan justicia a todos los derechos y libertades, que los protejan sin menoscabo de los demás, deben también ser tenidos especialmente en cuenta los datos de cada caso y los principios jurídicos que gobiernan cada situación¹⁷³.

A partir de esa metodología de interpretación constitucional alternativa, en este estudio se ha procurado delimitar la esfera de funcionamiento razonable y la armonización, por un lado, de los derechos fundamentales a la intimidad y a la tutela judicial efectiva en su faz preventiva, y, por otro, del derecho fundamental a la información o libertad de prensa sin censura previa, protegiéndolos en sus legítimas exigencias, lo cual implica, en definitiva, que ninguno de estos derechos se vea, realmente, conculcado.

173. Sobre esta metodología de interpretación y hermenéutica constitucional, ver SERNA y TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, *passim*; y, más resumidamente mis trabajos previos «Hacia el ocaso...», ya citado, y «Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales», *Anuario de Derecho* 4 (1998) 225-252, Universidad Austral – Abeledo Perrot.