



## La vivienda familiar

Néstor E. Solari (\*)

**SUMARIO:** I. Protección de la vivienda familiar.— II. La llamada “afectación de la vivienda”.— III. Normas sobre la vivienda familiar.— IV. La vivienda familiar en las uniones con impedimento de ligamen.— V. Registración de la unión convivencial.— VI. Renuncia a la vivienda familiar.— VII. Conclusiones.

➔ Si el matrimonio y las uniones convivenciales son formas de familia reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, ninguna diferencia debe haber entre una familia matrimonial y una familia convivencial con relación a la vivienda familiar. Ello así, porque la manda constitucional refiere a la “vivienda familiar”. De ahí que debe garantizarse el mismo derecho de la vivienda familiar para todas las familias.

### I. Protección de la vivienda familiar

1) *Generalidades.* La protección de la “vivienda” —en general— y de la vivienda familiar —en particular— gozan de jerarquía constitucional.

El art. 14 bis de la CN garantiza la protección integral de la familia y el acceso a una vivienda digna. A su vez, los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Carta Magna) consagran, en varias oportunidades, el derecho humano a la vivienda. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XXIII); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11.1); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (art. 5º.e.III); y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14, h).

De las numerosas reformas legislativas contenidas en el Código Civil y Comercial, encontramos aquellas que refieren a la protección de la vivienda familiar, en sus diversas manifestaciones o modalidades.

Respecto de la vivienda familiar puede distinguirse aquellas disposiciones que protegen *el acceso a la vivienda* de aquellas normas que tienden a garantizar *la permanencia en la vivienda*.

Entre las normas que denominamos de “acceso a la vivienda” en el ámbito familiar se encuentra el art. 456, Cód. Civ. y Com., referido al asentimiento conyugal; los arts. 443, 444 y 445, Cód. Civ. y Com., aplicables al divorcio; el art. 2383, Cód. Civ. y Com. constitutivo del derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Por su parte, entre las disposiciones vinculadas a las uniones convivenciales, pueden señalarse el art. 522, Cód. Civ. y Com., sobre el asentimiento convivencial; el art. 526, Cód. Civ. y Com., derivado del cese de la unión en vida de sus miembros; y el art. 527, Cód. Civ. y Com., cuando se produce la muerte de uno de los convivientes (1).

Por otra parte, las disposiciones que garantizan la “permanencia en la vivienda” encuentran su fundamento en la inejecutabilidad de la vivienda, produciendo sus efectos frente a terceros. Ante el conflicto de intereses, la ley privilegia la protección de la vivienda familiar al derecho de los terceros, ajenos a la relación familiar. En aplicación de ello, se impide la agresión de los terceros a dicha vivienda familiar. En consecuencia, su protección excede la relación de sus miembros, pues alcanza a los terceros, quienes encuentran afectados sus derechos al pretender reclamar la deuda existente con respecto a su deudor. En este sentido, puede señalarse lo establecido en el segundo párrafo del art. 456, Cód. Civ. y Com., para el matrimonio, así como lo consignado en el tercer párrafo del art. 522, Cód. Civ. y Com., para las uniones convivenciales. A ello debe sumarse la protección derivada del régimen de afectación de la vivienda, en los términos de los arts. 244 a 256 del mismo ordenamiento de fondo.

Fuera de ello, existen previsiones legales en protección de la vivienda para el cónyuge

supérstite, en su condición de heredero, en la sucesión del premuerto, que le otorga la facultad de solicitar la indivisión forzosa temporaria de la vivienda, de conformidad al art. 2332, Cód. Civ. y Com., o bien, la atribución preferencial en la partición, de acuerdo con lo preceptuado en el inc. a, del art. 2381 del mismo Cód. Civ. y Com.

De acuerdo con lo indicado, las normas de protección de la vivienda familiar aparecen en diversas oportunidades en el Código Civil y Comercial, desplegadas en distintas situaciones jurídicas. Conforme a ello, algunas normas alcanzan, en primer lugar, a los integrantes de la relación y a los terceros; en segundo lugar, algunas disposiciones están dirigidas a ser aplicadas en vida de sus miembros; y otras, luego de la muerte de uno de sus integrantes.

2) *Caracterización.* Podemos caracterizar a la vivienda familiar como el lugar donde se desarrolla el ámbito propio; donde una persona tiene la sede de su hogar, tanto físico y espiritual, como jurídico, constituyendo allí su centro de vida.

En cuanto a su contenido, comprende el bien inmueble y los muebles indispensables que lo integran. Lo que lleva a destacar la condición de que dicho inmueble sea habitable.

Si bien en algunas disposiciones legales se actualizó su contenido, incluyendo a los muebles indispensables (arts. 456 y 522, Cód. Civ. y Com.), en general la terminología del Código de fondo solamente reduce al bien inmueble en sí. Sin embargo, haciendo una interpretación integral del ordenamiento jurídico, estimamos que las disposiciones que no contemplan expresamente los muebles indispensables, cabría interpretar siempre el sentido integral, evitando que en algunas situaciones quede garantizada la condición de habitabilidad del inmueble en cuestión; y en otras, queden excluidas.

3) *La vivienda familiar en las distintas formas de familia.* Los ejes centrales de la pro-

tección de la vivienda familiar, en la economía del Código de fondo, se concentran en dos modelos familiares: el matrimonio y las uniones convivenciales.

Ninguna duda queda que, en el concepto actual de familia, tanto constitucional como convencional, el reconocimiento de los modelos familiares no se reduce al matrimonio, sino que se extiende a otras formas y modelos sociales que constituyen una familia, como las uniones convivenciales.

En verdad, tal como lo veremos en este trabajo, el Código Civil y Comercial legisla respecto de la vivienda matrimonial y la vivienda convivencial, como derechos distintos, según el modelo familiar elegido. Por el contrario, siguiendo los postulados constitucionales, estimamos que debe legislarse sobre la vivienda familiar, comprensiva tanto de uno como de otro modelo familiar.

Queremos decir que si de lo que se trata es de la protección a la vivienda familiar, cualquiera fuere el modelo elegido —matrimonio o unión convivencial— la protección debe ser la misma, pues el sentido de la protección es la familia en general y no una forma particular de familia. De ahí que la protección de la vivienda familiar debe comprender a todas las familias por igual. Luego, si el matrimonio y las uniones convivenciales son formas de familia reconocidas y protegidas por el ordenamiento jurídico, ninguna diferencia debe haber entre una familia matrimonial y una familia convivencial, con relación a la vivienda familiar. Ello así, porque la manda constitucional refiere a la “vivienda familiar”. De ahí que debe garantizarse el mismo derecho de la vivienda familiar para todas las familias.

### II. La llamada “afectación de la vivienda”

Además de las disposiciones específicas y concretas sobre la vivienda familiar, se legisla sobre la afectación de la vivienda, en general. De esta manera, el régimen de la

### DOCTRINA. La vivienda familiar

Néstor E. Solari..... 1

### NOTA A FALLO

Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor  
Eduardo Molina Quiroga..... 4

### JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. Manifestaciones en la prensa. Interés público. Inexistencia de intromisión en la privacidad del denunciante. Veracidad de la información enunciada (CCiv. y Com., Mercedes). ..... 4

TRATA DE PERSONAS. Denegación de excarcelación. Ponderación de los medios utilizados para la comisión del delito. Existencia de medios logísticos y económicos al alcance del imputado. Amenazas a la víctima durante la investigación. Inadmisibilidad del recurso de casación (CFCasación Penal)..... 9

FACULTAD DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR. Prestación de tareas para otra compañía. Existencia de una única vinculación (CNTrab.) ..... 10

ACCIÓN DE AMPARO. Servicio Penitenciario Federal. Acto administrativo. Pase a disponibilidad de un agente. Ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Rechazo de la acción (CFed. Bahía Blanca) ..... 11

“afectación de la vivienda” (arts. 244 a 256, Cód. Civ. y Com.) vino a sustituir el viejo sistema del bien de familia de la ley 14.394, ahora derogado.

En tal sentido, la ley 14.394 refería al “bien de familia”; el nuevo régimen lo sustituyó por el “inmueble destinado a vivienda”.

En cuanto a su contenido, hay un notorio cambio respecto de la situación del cónyuge y del conviviente, entre ambos regímenes.

El nuevo sistema indica que los beneficiarios de la afectación, de acuerdo con el art. 246, Cód. Civ. y Com., son: a) el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes; b) en defecto de ellos, sus parientes dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.

Respecto del régimen anterior, el avance resulta significativo, en punto a la afectación de la vivienda, pues en el sistema de la ley 14.394 solamente quedaba incluido el cónyuge y no los convivientes. En efecto, en el sistema del bien de familia derogado, el art. 34 entendía por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en su defecto, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivían con el constituyente.

En la afectación de la vivienda, en consecuencia, se equiparó el derecho del cónyuge y del conviviente, a los fines de dicha afectación.

En cambio, como luego veremos, en lo atinente a la protección de la “vivienda familiar”, en las relaciones de familia, el avance no ha tenido el mismo impacto.

La paradoja consiste en que en las relaciones familiares hay una discriminación de modelos familiares respecto de un derecho constitucional de todas las familias —vivienda familiar—, distinguiendo según se trate de un matrimonio o de una unión convivencial; en tanto que fuera de las relaciones familiares, al legislarse sobre la afectación de la vivienda, se ha consagrado y garantizado el derecho de todas las familias, sin distinción.

### III. Normas sobre la vivienda familiar

Sin perjuicio del panorama general sobre la vivienda, indicado precedentemente, analizaremos en particular lo atinente a la *vivienda familiar* y, dentro de ella, marcaremos las diferencias existentes para su acceso, según se trate de un matrimonio o de una unión convivencial.

Respecto de la vivienda familiar, las disposiciones legales se estructuran sobre la base de una clara distinción entre el matrimonio y las uniones convivenciales. Por lo que se distingue la vivienda familiar-matrimonial y la vivienda familiar-convivencial. En esta lógica, el matrimonio adquiere un rango y jerarquía superior a las uniones convivenciales, marcando una línea divisoria entre ellas donde —a mi entender— para las uniones convivenciales queda desnaturalizada la protección de la vivienda familiar, reduciéndose a la circunstancia vinculada estrictamente con la *necesidad* de acceder a una vivienda.

Nos detendremos en destacar y señalar esas diferencias existentes entre el matrimonio y las uniones convivenciales en el régimen de la vivienda familiar, consagrado en el nuevo Código de fondo.

a) *Distintos momentos de la relación*. Respecto de cada uno de los modelos familiares —matrimonio y uniones convivenciales— se distinguen tres momentos de la relación: durante la normal convivencia; luego de la ruptura en vida de las partes; con posterioridad a la muerte de uno de sus integrantes.

Desde otra perspectiva, puede decirse que existen normas que protegen la vivienda familiar *presente* y otras *pasadas*. En efecto, los arts. 456 y 522, Cód. Civ. y Com., refieren al *presente* de la vivienda familiar, pues de hecho allí conviven las partes (2), en tanto que los arts. 443, 444, 445, 526, 527, 2383, Cód. Civ. y Com., están relacionados a una situación *pasada*, en virtud de que se trata de una vivienda familiar en donde ya no existe la plena comunidad de vida.

Teniendo en cuenta las distintas disposiciones legales, analizaremos los momentos de la relación, haciendo un comparativo entre el matrimonio y las uniones convivenciales. Todo ello, a los fines de destacar las diferencias que surgen de la normativa de fondo vigente.

b) *Asentimiento*. Tanto en el matrimonio como en la unión convivencial se exige que el lugar que constituye la sede del hogar familiar no pueda ser objeto de libre disposición por parte de uno de los propietarios de la unión. En tal sentido se requiere el asentimiento del otro para disponer de los derechos de la vivienda familiar.

Respecto del matrimonio, se establece que ninguno de los cónyuges puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar ni de los muebles indispensables de ella; ni tampoco transportarlos fuera de ella, sin el asentimiento del otro (primer párrafo, art. 456, Cód. Civ. y Com.).

Tratándose de uniones convivenciales inscriptas, ninguno de los convivientes puede disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, de sus muebles indispensables, ni transportarlos fuera de ella, sin el asentimiento del otro (primer párrafo del art. 522, Cód. Civ. y Com.).

De la redacción parecería que la ley protege de igual manera al matrimonio y a la unión convivencial, en las circunstancias previstas en la norma. Mas ello no es así, pues existen diferencias sustanciales entre ambas hipótesis.

En el matrimonio quedan comprendidos ambos cónyuges; en la unión convivencial, solamente aquellas uniones que se encuentran registradas. Los convivientes no registrados —que constituyen la mayoría— no están amparados por la manda legal.

En el matrimonio el asentimiento se exige tanto durante la normal convivencia de los cónyuges, como durante su separación de hecho. En tanto que en la unión convivencial la exigencia del asentimiento rige mientras exista plena comunidad de vida; cesada esta, por cualquier circunstancia, ya no será necesario dicho asentimiento.

Finalmente, y ello constituye una diferencia relevante, cuando se hubiere realizado el acto sin el correspondiente asentimiento, la acción de nulidad prevista por la ley como sanción legal tiene la siguiente particularidad: en el matrimonio el cónyuge no titular tendrá la legitimación activa, cualquiera fuere la situación de los cónyuges con posterioridad al acto (esto es, que mantengan

la normal convivencia; se separen de hecho o soliciten el divorcio). En cambio, para que el conviviente no titular se encuentre legitimado para la acción de nulidad del acto, se exige la vigencia del vínculo, pues la norma otorgará acción “siempre que continuase la convivencia” (conforme segundo párrafo del art. 522, Cód. Civ. y Com.).

Parece una diferencia sutil, pero es decisiva. En efecto, el acceso a la justicia del cónyuge para reclamar el derecho violentado depende de sí mismo, no pudiendo el cónyuge titular restringir o impedir el planteo judicial, según siga o no vigente el matrimonio. Contrariamente, el acceso a la justicia del conviviente dependerá de la conducta del conviviente titular del bien, pues si este hace cesar la unión convivencial (que puede serlo en forma unilateral), el otro ya no tendrá la acción de nulidad del acto. En tal contexto, si el conviviente titular hubiere obrado en contra de la ley, tendrá el recurso legal de hacer cesar la unión convivencial (registrada) para impedir al otro el reclamo de su derecho. De ahí que la acción de nulidad del conviviente se traduce en una hipótesis simbólica, porque su protección no dependerá de sí mismo. En otras palabras, el conviviente titular del bien decidirá unilateralmente si su conviviente afectado y perjudicado tendrá legitimación activa para plantear la nulidad del acto.

c) *La atribución de la vivienda familiar*. La posibilidad de solicitar la atribución de la vivienda luego del cese, en vida de las partes, es distinta según se trate de un matrimonio o de una unión convivencial.

A su vez, habrá que distinguir según el matrimonio o, en su caso, la unión convivencial, si hubiere cesado en vida o por muerte de uno de los miembros de la pareja.

A tales efectos, veremos en primer lugar cuando el cese se produce en vida de las partes, esto es, por divorcio en el matrimonio; y por cualquiera de las causas de cesación en vida de los integrantes de la unión convivencial.

1. *Cese en vida*. Así, entre los efectos del divorcio se contempla la atribución del uso de la vivienda a uno de los ex cónyuges, cuando dicha persona “está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios” (inc. b, art. 443, Cód. Civ. y Com.).

De acuerdo con ello, lo que se consagra es una comparación entre los cónyuges respecto de su situación económica, sin negar el acceso al derecho, si tiene otra vivienda, o medios suficientes para proveérselos por sí mismo. Puede decirse, en este contexto, que el objetivo es proteger la vivienda que ha sido sede del asiento conyugal, por encima de la situación o condición de necesidad.

Mientras que su “equivalente”, en las uniones convivenciales, entre los efectos del cese de la unión se prevé la atribución del uso de la vivienda familiar, “si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata” (inc. b, art. 526, Cód. Civ. y Com.).

Para acceder a este derecho, la ley hace referencia directa y exclusivamente a la necesidad económica, exigiendo la imposibilidad de procurarse una vivienda. La protección es muy distinta a la del matrimonio.

En definitiva, no se protege la vivienda familiar sino la imposibilidad de tener una

vivienda, cuestión muy distinta a la exigida para los cónyuges.

De ahí que el ámbito de aplicación de la norma para los convivientes se reduce a una situación extrema de falta de vivienda, quedando los demás convivientes fuera de la protección legal.

Claramente se establece una notoria diferencia entre dos hogares familiares: el matrimonial y el convivencial. Bajo el mismo nombre se legisla sobre dos protecciones distintas.

Súmese a ello lo atinente a las pautas a considerar en la atribución del uso de la vivienda en el divorcio. La ley enumera una serie de pautas que deben ponderarse a tales fines, tanto entre cónyuges como entre convivientes.

En efecto, cuando se legisla sobre uso de la vivienda en la hipótesis del divorcio, se contempla expresamente “los intereses de otras personas que integran el grupo familiar” (inc. d, art. 443, Cód. Civ. y Com.).

En cambio, al tratar la atribución del uso de la vivienda familiar, luego del cese de la unión convivencial, dicha pauta no es contemplada. Es cierto que la enumeración es meramente ejemplificativa y, como tal, podría incluir esta circunstancia en la valoración judicial; mas ello no desvirtúa el criterio diferencial cuando se legisla una y otra unión.

2. *Cese por muerte*. La protección de la vivienda familiar también alcanza sus efectos una vez producida la muerte de uno de los integrantes de la unión.

Cuando el cese de la relación se produce por la muerte de uno de sus integrantes, se contempla el llamado derecho real de habitación del cónyuge supérstite y del conviviente supérstite.

En el matrimonio, de acuerdo con el art. 2383, Cód. Civ. y Com.: “El cónyuge supérstite tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

En cuanto a las uniones convivenciales, el art. 527, Cód. Civ. y Com., prescribe: “El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante. Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta”.

Lo que en apariencia terminológica parece similar, dado que se hace referencia al *hogar familiar*, tanto en el matrimonio como en la unión convivencial, el contenido de ambas disposiciones resulta sustancialmente distintas. En efecto, de las características y requisitos exigidos, el único punto de conexión es la “gratuidad” en el uso del mismo, pues en lo demás la situación de los cónyuges y convivientes difieren.

En primer lugar, en el matrimonio opera de pleno derecho desde la muerte del causante. En cambio, tratándose de una unión convivencial, el derecho debe ser peticionado por el conviviente supérstite. Ello, sin perjuicio de la adquisición por mero efecto de la

### { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(\*) Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA).

(1) AR/LEGI/80Y3.

(2) Con excepción de la situación de los cónyuges, dado que el asentimiento conyugal se requiere aun durante la separación de hecho de las partes. De allí que en el matrimonio la protección de la previsión le-

gal está dirigida al vínculo matrimonial, mientras siga subsistente, más allá de la normal convivencia de los esposos.

ley, consagrada en el art. 1894 del Cód. Civ. y Com., en materia de derechos reales.

En segundo lugar, en el matrimonio se garantiza al cónyuge superviviente a mantenerse en el inmueble que constituyó la sede del hogar conyugal al momento de la muerte del causante. Todo ello sin perjuicio de la existencia de otros inmuebles o de la capacidad económica que pudiere tener para adquirir una vivienda. Por el contrario, la protección derivada de la unión convivencial requiere que el conviviente superviviente carezca de vivienda propia habitable y de bienes suficientes que le aseguren su acceso.

En tercer lugar, el cónyuge superviviente goza de tal derecho en forma vitalicia. Mientras que el derecho otorgado al conviviente superviviente tiene fijado un plazo máximo de dos años, desde la muerte del causante.

En cuarto lugar, el cónyuge superviviente no tiene causales de extinción del derecho. Inversamente, el derecho del conviviente superviviente cesa si constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ella.

Finalmente, los cónyuges no pueden pactar en vida la exclusión de dicho beneficio, mientras que los convivientes podrían, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactar su exclusión, en el pacto de convivencial.

#### IV. La vivienda familiar en las uniones con impedimento de ligamen

Otro de los aspectos relevantes a destacar es la exigencia de que la unión convivencial no se configura, para los efectos derivados del título, cuando uno o ambos miembros de la unión tienen impedimento de ligamen.

De conformidad al régimen vigente, para que se constituya una unión convivencial y tenga los derechos reconocidos en el título respectivo (arts. 509 y 528, Cód. Civ. y Com.), los miembros de la unión no deben tener impedimento de ligamen (art. 510, Cód. Civ. y Com.). En tal contexto, debe quedar claro que las uniones de personas, por prolongada que fuere la convivencia, que tengan impedimento de ligamen, no quedarán amparadas en las denominadas “uniones convivenciales”<sup>(3)</sup>.

El resultado de tal distinción —entre aquellas uniones que tengan o no impedimento de ligamen— es que muchas familias quedan excluidas de la protección legal, en el caso, de la vivienda familiar.

Por aplicación de ello, en materia de vivienda familiar no resulta aplicable ninguna de las previsiones antes señaladas (arts. 522, 526 y 527, Cód. Civ. y Com.) a las uniones en que uno o ambos miembros tengan impedimento de ligamen.

Entendemos que todas las familias merecen la protección de la vivienda familiar; de ahí que la circunstancia de que uno de sus miembros tenga un matrimonio anterior no disuelto no debería ser un obstáculo para la protección de la vivienda familiar, si las partes han vivido en plena comunidad de vida.

En verdad, el impedimento de ligamen podría ser considerado para la registración de la unión. Tratándose de una registración, es lógico que la ley exija la falta de impedimento de ligamen, pues no sería admisible registrar una convivencia de pareja cuando subsiste un matrimonio anterior, por parte de uno de sus integrantes. Registralmente,

no podría coexistir un matrimonio y, a la vez, una unión convivencial.

Otra cosa es que se le desconozcan derechos básicos y fundamentales, que deben tener todas las familias —entre ellos, la vivienda familiar—.

De ahí que lo que parece un avance en los modelos familiares diseñados en el Código Civil y Comercial, respecto del régimen legal anterior, en puridad, en ciertos aspectos significa un retroceso significativo en relación con los convivientes, sobre aquellas uniones en donde uno o ambos integrantes de la pareja tienen impedimento de ligamen, pues muchas familias quedarán excluidas de la protección legal.

Sugerimos, en tal sentido, la declaración de inconstitucionalidad del precepto en crisis, cuando se trate de la protección de la vivienda familiar y se pretenda excluir a sus miembros de tal derecho.

#### V. Registración de la unión convivencial

Sabido es que, en el régimen vigente, las uniones convivenciales pueden estar registradas o no registradas.

La registración lo será al solo efecto de probar la unión, por lo que, acreditado su registro, se prueba la unión convivencial. Si no se encuentra registrada, sus miembros deberán probar la unión convivencial por cualquier medio de prueba, acreditando los requisitos exigidos por la ley.

No obstante que se indica que la registración solamente es a los fines probatorios (art. 512, Cód. Civ. y Com.), el art. 522, Cód. Civ. y Com. requiere que la unión convivencial se encuentre registrada, para que sea aplicable la exigencia del asentimiento del conviviente no titular. En consecuencia, si la unión convivencial no está registrada, no será aplicable lo normado en dicho precepto, por lo que habrá libre disposición del bien inmueble que constituye la sede del hogar familiar.

Teniendo en cuenta que la mayoría de las uniones convivenciales no se encuentran registradas en el derecho argentino, habrá que señalar que muchas familias que de hecho se encuentran conviviendo, sin embargo, no gozarán de la protección de la vivienda familiar, durante la normal convivencia, en los términos y alcances del art. 522 del Cód. Civ. y Com.

Desde esta perspectiva resulta desatinada la solución legal, pues hay un sector de familias que de hecho conviven sin tener la debida protección de la vivienda familiar, durante la plena de comunidad de vida.

#### VI. Renuncia a la vivienda familiar

Finalmente, cabe destacar una diferencia sustancial, en punto a la protección de la vivienda familiar, según se trate de un matrimonio o de una unión convivencial.

En efecto, en el matrimonio ninguna de las disposiciones referidas a la vivienda familiar están sujetas a la posibilidad de renuncia previa a tal derecho (arts. 456, 443, 2383, Cód. Civ. y Com.).

En cambio, en la unión convivencial, el único precepto irrenunciable es el consagrado en el art. 522, Cód. Civ. y Com., por constituir el piso mínimo inderogable. En cambio, las demás disposiciones referidas a la vivienda familiar (arts. 526 y 527, Cód. Civ. y Com.) quedan comprendidas dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, pudiendo ser renunciadas en el respectivo pacto de convivencia.

Todas las diferencias señaladas permiten inferir claramente la inconsistencia del

modelo legislativo diseñado para la vivienda familiar, a la luz de los principios y derechos constitucionales y convencionales que rigen en la materia. No obstante, el nombre asignado en el Código de fondo —“vivienda familiar”— encubre bajo dicho rótulo un sistema de desigualdad familiar. En esta temática el trato discriminatorio sigue estando presente en el derecho vigente interno.

Entendemos que el salto cualitativo consistía en superar las barreras existentes que mantuvieron históricamente las normas internas, al mantener las diferencias —que resultan esenciales— entre ambos modelos familiares, en lugar de avanzar hacia la protección de las viviendas familiares, considerando que el eje es el *hogar familiar* y no el matrimonio o la unión convivencial. Oportunidad que ha sido desaprovechada y relegada a una futura reforma legislativa.

El *hogar familiar* no puede ser diferenciado según el modelo de familia que sus integrantes hayan elegido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad. Desde el sentido común, cualquiera sea el modelo escogido, sus integrantes merecen la protección de la vivienda familiar, con el mismo alcance y contenido. En definitiva, lo que se debe proteger es el hogar familiar en sus diversas manifestaciones y no una forma de familia escogida por las partes, en detrimento de otro modelo familiar.

#### VII. Conclusiones

Las disposiciones legales sobre la vivienda familiar contempladas en el Código Civil y Comercial representan una evidente discriminación de modelos familiares, otorgando mayor protección a la institución matrimonial que a las derivadas de las uniones convivenciales. En esencia, el Código de fondo mantiene el viejo esquema familiar, que privilegia —a veces expresamente, otras tácitamente— el modelo matrimonial por encima del modelo convivencial, cuando se aborda el tratamiento correspondiente al ámbito de la sede o asiento del hogar familiar. La protección de la familia, en torno a la vivienda, impide tal discriminación según sea un matrimonio o una unión convivencial.

Por distintos caminos legales, la legislación interna estructura un eje diferencial, configurativo de un viejo resabio cultural y legal, consistente en la primacía del modelo matrimonial, y todavía no superado en materia de vivienda familiar.

La *vivienda familiar* debe ser, desde nuestra perspectiva, un punto de encuentro del matrimonio y de las uniones convivenciales, dado que el derecho constitucional y convencional brinda protección a la *vivienda familiar* y no al matrimonio o las uniones convivenciales, en particular, ya que, en todo caso, estas últimas representan formas distintas de constituir una familia. Luego, los modelos familiares no pueden originar una discriminación respecto de los hogares familiares. Las diferencias entre ambos modelos familiares deben encontrarse en otros efectos legales, más nunca en la protección de la *vivienda familiar*, por ser esta comprensiva de cualquier forma o modelo familiar.

En consecuencia, el Código Civil y Comercial utiliza los mismos nombres, pero les otorga distintos derechos. En puridad, la protección de la vivienda familiar debe incluir los mismos derechos para las familias matrimoniales y para las familias convivenciales. Donde hay una familia, debe garantizarse la protección de la vivienda familiar.

Con el argumento de la constitucionalización del derecho privado, permanentemente invocado en esta reforma, se estructuró un régimen de vivienda familiar diferenciado, contrariando las directivas de la Carta Mag-

na. En verdad, y no obstante la cuestión terminológica, se mantiene un sistema que ha sobrevivido, con distintas variantes, desde la época de la codificación. Los postulados del art. 14 bis de la Carta Magna no han sido respetados por las leyes internas, que evidencian la constante discriminación señalada.

En el derecho argentino, fruto y consecuencia de la nueva legislación, y no obstante los avances obtenidos, sigue habiendo una mirada disvaliosa respecto de las uniones convivenciales, porque la vivienda, en tanto derecho humano esencial de toda persona y para todas las familias, mantiene una clara diferencia según se elija el modelo familiar clásico (matrimonial) o el modelo familiar alternativo (unión convivencial). Y lo que resulta más grave, tratándose de una unión en donde exista impedimento de ligamen, la ley excluye de pleno derecho que sus integrantes reclamen un eventual derecho a la vivienda familiar, lo que resulta inadmisibles.

El falso dilema presentado en el nuevo Código, basado en la ampliación de derechos para las uniones convivenciales, oculta y mantiene una restricción de derechos constitucionales y convencionales sobre la vivienda familiar, pues con el argumento de haber otorgado mayores derechos, paralelamente se consagra una *regresividad de derechos*, porque el derecho constitucional a la vivienda familiar, en su verdadera dimensión, solamente sigue estando garantizado para el matrimonio.

Es cierto que el recurso de los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com. permite corregir estos desaciertos, mediante el llamado *diálogo de fuentes*, haciendo una interpretación armónica del ordenamiento jurídico. O, en su caso, la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos antes señalados, como medida de último recurso. Sin embargo, ello servirá para *el caso concreto* manteniéndose inalterada la ideología de los referidos preceptos legales. Mostrar esta última cuestión, esto es, la reglamentación defectuosa de un derecho constitucional, constituye para nosotros el verdadero sentido del presente trabajo.

En atención a ello, el desafío de la doctrina es desarmar el esquema oculto —aunque bastante claro— de la discriminación existente entre ambos modelos familiares, aplicando los derechos constitucionales y convencionales en la materia, para que en una futura reforma legislativa se supere el inalterado régimen interno, consagrado en las sucesivas leyes dictadas en nuestra legislación. A su vez, la tarea de la jurisprudencia es encontrar las herramientas para evitar que, en el “caso concreto”, se siga consagrando la desigualdad de los integrantes de distintas familias para acceder al derecho humano a la vivienda familiar.

Cita on line: AR/DOC/2436/2019

#### MÁS INFORMACIÓN

- Pellegrini, María Victoria**, “Atribución del uso de la vivienda familiar. ¿Cuándo un inmueble es “vivienda familiar”?”, RDF 2019-IV, 141; AR/DOC/1964/2019
- Santi, Ana Carolina**, “La atribución de la vivienda familiar y el interés de los menores involucrados”, DFyP 2019 (junio), 3; AR/DOC/2793/2018
- Galli Fiant, María Magdalena**, “Protección de la vivienda familiar en el matrimonio y en la unión convivencial”, DFyP 2019 (mayo), 26; AR/DOC/858/2019

#### LIBRO RECOMENDADO

**Tratado de Derecho de Familia**  
Autor: Sambrizzi, Eduardo A.  
Edición: 2018  
Editorial: La Ley, Bs. As.

#### { NOTAS }

(3) Ver nota (1).



## NOTA A FALLO

## Libertad de expresión

**Manifestaciones en la prensa. Interés público. Inexistencia de intromisión en la privacidad del denunciante. Veracidad de la información enunciada.**

**Hechos:** *Una empleada pública que se desempeña como inspectora regional de escuelas promovió acción de daños a fin de reclamar un resarcimiento por la afectación a la dignidad personal e intimidad que dijo sufrir como consecuencia de las declaraciones efectuadas por dos docentes en un medio radial, en las cuales hicieron referencia a la existencia de procesos penales en su contra. El Juez y la Cámara rechazaron la pretensión.*

Los docentes demandados no son responsables por las consecuencias dañosas provocadas sobre el honor de una inspectora de escuelas a raíz de las declaraciones radiales que efectuaron, referentes a la existencia de procesos penales contra esta última; pues dichas manifestaciones no tuvieron que ver con su vida privada y fueron vertidas en una entrevista referida a un tema de interés público, a lo que se suma la veracidad de los datos aportados y la falta de intención de dañar.

122.044 — CCiv. y Com., Mercedes, sala I, 12/03/2019. - A., E. C. c. M., E. O. y Otro/a

s/ daños y perj. autom. c/les. o muerte (exc. estado).

[Cita on line: AR/JUR/1784/2019]

Mercedes, marzo 19 de 2019.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. La sentencia de fs. 308/18 es apelada por la actora, quien expresa agravios a fs. 331/49, los que no son contestados.

II. 1.- La Sra. E. C. A. promovió demanda contra los Sres. E. O. M. y D. L. C. por indemnización de los daños y perjuicios sufridos con motivo de las declaraciones públicas por éstos realizados en un medio radial —reproducido por otros medios—, que afectaran su dignidad personal y su intimidad.

Dijo que desde hacía 25 años se desempeñaba como docente de la Dirección General de Cultura y Educación y que en julio de 2006 fue designada inspectora presumariante regional, entre cuyas funciones estaba la de llevar adelante las inspecciones disciplinarias que se le encomendaran y elevarlas a la Dirección Legal y Técnica Educativa. En ejercicio de tal

función —continuó— en 2014 recibió dos expedientes referidos a los demandados por irregularidades en sus funciones. Notificados éstos presentaron recusaciones contra su persona por considerar que no tenía ética para investigarlos toda vez que se le seguían causas penales por estafa en la Justicia Departamental, relativas al ejercicio de su profesión de abogada. Con motivo de ello la Dirección Técnica Educativa dejó sin efecto su designación y designó un reemplazante, y desde octubre de ese año no recibió más expedientes como presumariante. Luego de ello, en febrero de 2015, fue notificada que sería sumariada por haber transgredido el art. 6º, inc. b) del Estatuto del Docente.

Expresó que la persecución había empezado cuando los demandados el 23/12/2014 y hasta febrero de 2015 hicieron públicos en distintos medios hechos que perturbaron su vida privada y laboral. La primera vez cuando en Radio FM Mágica de Pehuajó, M. contó que debió recusar a la Dra. E. A. ya que pesaban sobre ella dos procesos penales en la Justicia mercedina, uno de ellos por estafa con sentencia de 2012 a seis meses de prisión en suspenso, y la otra por falsificación de documento, proporcionando los números de las causas. Ello fue subido a “youtube” por M. el 24/12/2014. El 27/12/2014, M. y C. tuvieron un espacio en Radio FM Máxima, correspondiente a Cadena 9 de Nueve de Julio,

donde repitieron lo dicho (lo que salió en la página de Facebook y por el Diario Digital). Luego fue recogido por “El Oeste de Carlos Casares”, la página digital “Casares online”, el diario “La Mañana” de Bolívar en su versión impresa y en “Tres líneas” digital, y por último en el diario “Hoy” de La Plata.

Dijo que todas las publicaciones tuvieron por finalidad provocarle un gran perjuicio entrometiéndose en su vida privada, agregando: “las causas judiciales las tuve y las tengo, dentro del ámbito laboral como abogada particular, pero nadie debía tener conocimiento de esto más que las personas particulares involucradas”. Manifestó que al hacerse público le causó graves problemas en su vida laboral y familiar, y que la intención fue perjudicarla dado que las publicaciones se hicieron en la región donde ejercía su función de supervisora sumariante.

Pidió resarcimiento por daño patrimonial y moral. Lo primero porque debido a lo publicado, el director de la Dirección de Legal y Técnica Educativa le pidió la renuncia, a lo que no accedió, pero debió pedir licencia psiquiátrica, y finalmente debió acogerse a la jubilación con 50 años de edad y 25 años de servicio, por lo cual recibe haberes menores a que si se hubiera jubilado a los 55 años. Lo segundo por el padecimiento sufrido.

# Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos a la intimidad y al honor

*Eduardo Molina Quiroga* (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.—II. Derecho a la intimidad.—III. Derecho al honor o reputación.—IV. Libertad de expresión.—V. El conflicto y la solución en el caso en comentario.—VI. Conclusión.

## I. Introducción

La sala I de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Mercedes de la Provincia de Buenos Aires resolvió una demanda por daños y perjuicios derivados de las declaraciones efectuadas por los demandados a un programa periodístico por radio en el que se dio información sobre la parte actora, que ésta consideró que había afectado su dignidad personal y su intimidad (1).

### Hechos

La actora, de profesión abogada y empleada pública, había sido designada inspectora presumariante regional, entre cuyas funciones estaba la de llevar adelante las inspecciones disciplinarias. Los demandados, en un programa radial, declararon haberla recu-

sado, por tener causas penales en el Poder Judicial de la provincia. Con motivo de ello se dejó sin efecto su designación y con posterioridad se le informó que sería sumariada por haber transgredido una disposición del Estatuto del Docente.

Los demandados además subieron un video a la red YouTube, mientras que otras declaraciones radiales de similar tenor se reprodujeron en Facebook, para replicarse luego en otros medios digitales y en soporte papel.

Según la actora, todas las publicaciones tuvieron por finalidad provocarle un gran perjuicio entrometiéndose en su vida privada, aunque admitió que las causas penales existían, pero sostuvo que nadie debía tener conocimiento de esto, salvo las personas particulares involucradas. Y concluyó que al hacerse público tuvo

graves problemas en su vida laboral y familiar, y que la intención de los demandados fue perjudicarla, dado que las publicaciones se hicieron en la región donde ejercía su función de supervisora sumariante.

Fundó su pedido en los arts. 51 y 52 (afectación de la dignidad personal y de la intimidad) y ccds. del Cód. Civ. y Com. (2).

Los demandados respondieron que habían informado sobre el tema en uso del derecho a la libre expresión, y sostuvieron que las causas penales en las que la parte actora estaba involucrada eran de acceso público.

La demanda fue rechazada en ambas instancias. A los efectos de este comentario nos interesa destacar los fundamentos que especialmente el Dr. Ibarlucía tuvo en cuenta en su voto.

No existiendo controversia entre las partes acerca de los hechos (existencia de las causas penales y declaraciones de los demandados), el tribunal aplicó en el caso el art. 1071 bis del Código derogado (3), vigente al momento de su ocurrencia.

En primera instancia se puntualizó que todas las partes eran funcionarios públicos y que los hechos tuvieron lugar con motivo de las funciones que desempeñaban, por lo que el reclamo nada tenía que ver con la vida privada o la intimidad de la actora, dado el carácter público de los expedientes judiciales.

El juez Ibarlucía sostiene en su voto que en las causas que versan sobre conflictos entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos, lo primero que debe discernirse es si está en juego el derecho al honor o el derecho a la intimidad, dado que el contenido esencial de ambos derechos es distinto, y merecen un tratamiento diferente. Repasaremos cada uno de estos derechos.

## II. Derecho a la intimidad

El reconocimiento del llamado derecho a la intimidad como bien susceptible de tutela jurídica parece remontarse a fines del siglo XIX, ya que hasta entonces era considerado exclusivamente como un hecho resultante de la costumbre social o bien del denominado respeto moral debido a la persona (4).

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado. Doctor en Derecho (UBA). Codirector de la Carrera de Especialización en Derecho Informático (UBA). Profesor de grado y posgrado en la UBA, UADE, UNL, UCES. Autor del libro: “Tratado de derecho informático” (con Daniel ALTMARK).

(1) “A., E. C. c. M., E. O. y otro/a s/ daños y perj. autom. c. les. o muerte (exc. Estado)”, expte. SI-117257.

(2) Art. 51, Cód. Civ. y Com.: “Inviolabilidad de la per-

sona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”. Art. 52, Cód. Civ. y Com.: “Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, tít. V”.

(3) Art. 1071 bis, Cód. Civil: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieran 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 esa medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

(4) FROSSINI, Vittorio, “Informática y derecho”, Ed. Temis, Bogotá, 1988, p. 65, y otros; RIVERA, Julio en “Derecho civil. Parte general. Temas”, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1987; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho a la identidad personal y otras figu-

Fundó su pedido en los arts. 51 y 52 (afectación de la dignidad personal y de la intimidad) y concordantes del CCC.

2.- Contestaron la demanda los accionados, pidiendo su rechazo. Dijeron que todo empezó cuando C. fue designado director de la Escuela N° ... y advirtió que había un faltante de dinero de la cooperadora, por lo que efectuó la denuncia en el Consejo Escolar con el apoyo de M. en diciembre de 2012, y también una denuncia penal. Como consecuencia de ello, comenzó una persecución laboral contra ellos que era “política”, y los presumieron, razón por la cual la comunidad educativa estaba confundida y ávida de saber qué ocurría con la institución, e intervino la prensa local. En ese marco, en uso del derecho a la libre expresión, expusieron los hechos ante la opinión pública brindando la información completa; o sea, los motivos por los cuales la habían recusado en el expediente administrativo que se le siguiera.

Dijeron que la actora no fue separada de sus funciones por las declaraciones públicas que ellos hicieron sino porque el art. 6º, inc. d) del Estatuto del Docente prescribía que eran obligaciones de los docentes observar dentro y fuera del servicio una conducta que no afectara la función y la ética docente. Sostuvieron que las causas penales eran de acceso público, y que la actora desde octubre de 2014 no recibió expedientes administrativos para instruir por decisión de la cartera educativa, que la sumarió por haber ocultado que tenía procesos penales.

3.- Producida la prueba, se dictó sentencia rechazándose la demanda, con costas. Luego de señalar el magistrado que no existía controversia entre las partes acerca de los hechos, dijo que el tema debía ser analizado a la luz del art. 1071 bis, vigente al momento de su ocurrencia.

Expresó que tanto los demandados como la actora eran funcionarios públicos y que los hechos tuvieron lugar con motivo de las funciones que desempeñaban. Los hechos expuestos por los accionados que motivaban el reclamo nada tenían que ver con la vida privada o la intimidad de la actora, ya que no podía ser calificada de esa manera el ser imputada o condenada en una causa penal. Se explayó el juez respecto del carácter público de los expedientes judiciales con cita de un precedente de la Sala 2 Departamental, y sostuvo que no era arbitrario que los demandados contaran públicamente por qué habían recusado a la actora en los expedientes administrativos.

III. La actora se agravia en primer lugar alegando que la sentencia adolece del vicio de incongruencia. Dice que no era funcionaria pública sino empleada pública. Sostiene que no contiene una valoración razonable de la prueba producida y que fue sobreesida por la Cámara Penal por inexistencia de delito.

Dice que el art. 1071 bis protege también el honor de las personas, y que los demandados actuaron con dolor dado que no había necesidad de que dieran a conocer las cau-

sas penales que pesaban en su contra, y que ellas versaban sobre su actividad privada como abogada. Sostiene también que debe aplicarse el Cód. Civ. y Comercial.

IV. Comienzo por señalar que no se advierte en la sentencia vicio de incongruencia alguna. Por el contrario, cumple holgadamente las exigencias del art. 163, inc. 6 del CPC.

Como dice el juez de grado, no existen hechos controvertidos. Todo se origina en las declaraciones que los demandados efectuaron en Radio FM Mágica de Pehuajó el 23/12/2014 acerca del sumario que se les había promovido con motivo de haber hecho una denuncia penal a raíz de un faltante en la cooperadora escolar. Los dichos que ocasionan el presente pleito, fueron reproducidos en la versión digital de la siguiente manera: “Al mismo tiempo contó (se refiere a M. conforme al párrafo anterior) que debió recusar a la sumariante Dra. E. DA. ya que sobre ella pesan dos procesos penales en la justicia mercedina, una de ellas por estafa, con sentencia del año 2012 a seis meses de prisión en suspenso. La otra, por falsificación de documento. Esta misma profesional fue quien realizó las actuaciones sumariales que llevaron a D. C. al alejamiento del cargo, al que había llegado por concurso. Las investigaciones penales preparatorias son 101-19/09 y 9045/09, respectivamente” (fs. 15/16). Exactamente lo mismo, sin añadirse nada nuevo, se reprodujo en otros medios de la región, como relató la actora en la demanda.

He transcripto lo que es motivo de la demanda de autos porque voy a comenzar el abordaje del tema recordando lo que sostuve al votar en la causa N° 4440 de la Sala 3 Departamental, “Bernal c. Diario ‘Para Ud.’ s. Daños y perjuicios” (sent. del 18/09/2018): “En las causas que versan sobre conflictos entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos lo primero que debe discernirse es si está en juego el derecho al honor o el derecho a la intimidad. Ello así porque el contenido esencial de ambos derechos son distintos, lo que lleva a que merezcan un tratamiento diferente.

“En efecto, el derecho a la intimidad consiste, básicamente, en el derecho que tiene toda persona a mantener una esfera de su vida privada exenta del conocimiento generalizado de terceros (Nino, Carlos S., “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Astrea, Bs. As., 1992, p. 327). Por consiguiente, en el caso de que se atribuya a un medio de comunicación (o a las personas que a través de ellos se expresan), la difusión de hechos relativos exclusivamente a la vida privada de una persona sin su consentimiento, no puede el medio defenderse mediante la “*exceptio veritatis*”; o sea, mediante la alegación y prueba de que lo dicho es verdad, que efectivamente ha acontecido (Rivera, Julio César, “Derecho a la intimidad”, en “Derecho de Daños” en homenaje a Bustamante Alsina, La Rocca, 1990, p. 355; Cifuentes, Santos, “El derecho a la intimidad”, ED, 57-831; Belluscio-Zannoni, Código Civil Comentado, Astrea, Bs. As., T. 5, p. 79; CSJN, Fallos: 324:2895, “Menem c. Ed. Per-

Con motivo de los inconvenientes que le estaban ocasionando determinadas publicaciones periodísticas, un joven abogado de Boston, Samuel D. Warren (5), en colaboración con L. D. Brandeis (6), publicaron el trabajo titulado “The right to privacy” en la *Harvard Law Review* (7), ensayo en que los autores plantean que todo individuo tiene derecho a “ser dejado en paz”, o a “ser dejado tranquilo”, o a “que lo dejen solo”, o a “no ser importunado” (8), o sea, la necesidad del reconocimiento de la existencia de una vida íntima, requiriendo el arbitrio de los medios adecuados para protegerla, del modo en que se protege la propiedad privada (9).

Se menciona también, investigando los orígenes, que Kohler, en Alemania, se había referido ya en 1880 a un “derecho individual que protege el secreto de la vida íntima de la publicidad no autorizada” (10).

El texto de Warren y Brandeis tiene como antecedente directo la publicación del juez norteamericano Thomas A. Cooley, quien en 1873 editara su obra “The elements of torts”, y cuya trascendencia se debe a la definición que el autor dio a la palabra “intimidad”, entendida ésta como “*the right to*

*be let alone*”, concepto que la doctrina tradicionalmente entiende en castellano como “el derecho a ser dejado en paz”, o “el derecho a ser dejado a solas” (11).

Se ha sostenido que el desarrollo del concepto de derecho a la intimidad y a la vida privada, en el marco ideológico liberal, se presenta como un derecho a la libertad, en cuanto derecho del individuo a hacer lo que le parece, esto es, a estar solo, a no ser incomodado, a tomar decisiones en la esfera privada sin la intervención estatal. Esta no injerencia incluye, entre otras, las decisiones referidas a la libertad sexual, la libertad de actuar en el interior del propio domicilio, la libertad de revelar o no las conductas íntimas y la libertad a la identidad. Esta concepción se desarrolla a fines del siglo XVIII al calor de un marco ideológico en el cual el Estado llega a ser visto como un “enemigo”. El concepto de libertad tiene un sentido negativo (libertad negativa), que significa no sufrir interferencias de otros (un derecho pasivo), y cuanto más amplia es el área de no-interferencia, más amplia es la libertad. Aun cuando se admite que la libre acción de los hombres debe ser limitada por la ley, debe preservarse un área mínima de libertad personal que no debe

ser violada, a fin de preservar el desarrollo mínimo de sus facultades naturales. Ello explica la necesidad de trazar una frontera entre el área de la vida privada y la de la autoridad pública (12).

Otra fuente mencionada del artículo de Warren y Brandeis es un artículo escrito también en 1890 por E. L. Godkin, un famoso comentarista social de la época, en el que se afirmaba que “la privacidad es un producto moderno, uno de los lujos de la civilización, el cual no sólo pasaba desapercibido, sino que era desconocido en las sociedades primitivas [...] el principal enemigo de la privacidad en la vida moderna es el interés de la gente de conocer los asuntos personales que en días después los periódicos divulgarán como chisme...”. Agrega Godkin que “mientras que la comunicación fue solamente oral, se divulgaban los hechos únicamente de persona a persona, sobre un área pequeña y eran difundidos solamente en el círculo inmediato de conocidos [...], mientras que ahora la comunicación acerca de la privacidad es impresa, y fabrica una víctima con todos los defectos, mismos que son conocidos a cientos de miles de millas de su lugar de origen, llevando la información con todos los detalles de una persona” (13).

La característica saliente de este “derecho a la intimidad”, según la descripción original que de él efectuaron Warren y Brandeis, consistía en que no se trataba de un derecho reconocido al individuo frente al poder público estatal, sino de un derecho reconocido a los individuos frente a otros individuos particulares, conformados, sustancialmente, por los medios de prensa a través de los cuales se producía la “invasión a la intimidad” (14).

Se trataba de un derecho individual de naturaleza infraconstitucional cuya infracción por otro particular y sustancialmente por la prensa daba derecho a reclamar el resarcimiento de los “daños y perjuicios” (*torts*), cuya existencia sólo podía considerarse tal en la medida en que no hubiese mediado un previo “consentimiento” del damnificado por la publicación (15).

No se trataba, desde luego, de la posibilidad de impedir una publicación que no contara con el “consentimiento” de aquellos a quienes ella se refería, sino que la ausencia de tal recaudo hacía presumir la existencia de una invasión a la intimidad en los supuestos de haberse utilizado el nombre o el retrato de una persona, con fines comerciales y “sin su consentimiento escrito” (16).

## { NOTAS }

ras”, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 153; v. adde: DÍAZ MOLINA, Iván M., “El derecho a la vida privada. Una urgente necesidad”, LA LEY 126-981, 984; LEONFANTI, María Antonia, “El derecho a la intimidad en la Argentina”, LA LEY, 1975-B, 1319.

(5) Warren se había casado con la hija del senador Bayard y había principiado a llevar una vida de lujo y rumbosa, hecho que atrajo la curiosidad y chismografía de la llamada prensa amarilla, hasta el punto de convertirse en un escándalo, sobre todo en la puritana sociedad bostoniana de fin de siglo. Ver adde: EGÜES, Alberto J., “El right to privacy y el habeas data comercial”, LA LEY, 2000-C, 1272, donde se brindan otros interesantes detalles de este antecedente. También PUENTE de LA MORA, Ximena, “Privacidad de la información personal y su protección legal en Estados Unidos”, *Revista Dere-*

*cho Informático Alfa Redi*, 097, agosto 2006.

(6) Brandeis luego llegó a ser juez de la Corte Suprema de los EE.UU.

(7) *Harvard Law Review*, 5, vol. IV, 1890, ps. 193/220. También WARREN, Samuel - BRANDEIS, Louis, “El derecho a la intimidad”, Ed. Civitas, Madrid, 1995.

(8) LEONFANTI, María, “El derecho a la intimidad...”, ob. cit. *supra*.

(9) En el citado artículo, decían: “La prensa ha sobrepasado en todo sentido las fronteras claramente demarcadas a la prudencia y la decencia. El chisme no es ya el recurso del ocioso o del corrupto, sino que se ha convertido en un comercio que se realiza con provecho y con solvencia. Para satisfacer un gusto espurio se expanden los detalles de las relaciones sexuales desde las columnas de los diarios. Para dar ocupación

al indolente se llenan columnas con chistes y habladurías que solamente se pueden conseguir introduciéndose en el círculo de la familia...” (citado por DÍAZ MOLINA, Iván, “El derecho a la vida privada...”, ob. cit.).

(10) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “El derecho a la identidad personal...”, ob. cit., ps. 153 y ss.

(11) COLLEY, Thomas, “The elements of torts”, 2ª ed., 1988, p. 29. PROSER - KEETON, “The Law of Torts”, West Publishing, St. Paul, USA, 1984, 5ª ed., p. 849, citados por EGÜES, Alberto J., “El right to privacy...”, ob. cit. *supra*. Ver también, CERDA SILVA, Alberto, “Autodeterminación informativa y leyes de protección de datos”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, 3, diciembre 2003, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, [\*co\\_completo/...\*](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informati-</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

(12) RIANDE JUÁREZ, Noé A., “La desprotección de los datos personales”, Centro de Información Documental, Infolleg: Derecho y Nuevas Tecnologías, <http://infolleg.meccon.gov.ar/default1.htm/>.

(13) Véase ADAMS ELBRIDGE, L., “The right to privacy and its relation to the law of libel”, *39 American Law Review*, 37, enero-febrero 1905, y ps. 37-58, citado por PUENTE de LA MORA, Ximena, “Privacidad de la información...”, ob. cit. *supra*.

(14) EGÜES, Alberto J., “El right to privacy...”, ob. cit. *supra*.

(15) EGÜES, Alberto J., “El right to privacy...”, ob. cit. *supra*.

(16) EGÜES, Alberto J., “El right to privacy...”, ob. cit. *supra*.

fil”, criterio, en este aspecto, ratificado por la C.I.D.H. en “Fontevicchia y ot. c. Nación Arg., sent. del 29/11/2011). Ninguna importancia tiene que así haya sido dado que la violación de la intimidad se produce por la sola intromisión en la vida privada, y, por ende, si ha causado una perturbación en sus sentimientos, genera la obligación de reparar el daño (art. 1071 *bis* del Cód. Civil; art. 1770, Cód. Civ. y Comercial).

“Por el contrario, el derecho al honor consiste en el derecho de toda persona a resguardar su honra o reputación, y por consiguiente a defenderse de agravios, ofensas o ataques que la mancillen. Ello ocurre normalmente cuando se atribuye a una persona la comisión de hechos delictivos de cualquier orden o de irregularidades en el desempeño de funciones públicas. Todo lo que tiene que ver con conductas de ese tipo es de interés público y por consiguiente, el medio de prensa o la persona que se exprese a través de él puede defenderse alegando que lo publicado es verdad y ofrecer prueba para demostrarlo.

”Esta diferencia hace al encuadre del hecho antijurídico en uno y otro caso (arts. 1066 y 1074, Cód. Civil; arts. 1717 y 1718, Cód. Civ. y Comercial). Cuando se trata del derecho a la intimidad, la antijuridicidad consiste en la mera intromisión arbitraria en la vida privada (siempre, claro está, que exista daño). En cambio, cuando está en juego el derecho al honor, no hay antijuridicidad si lo publicado es verdad. Es que los medios de comunicación tienen derecho a publicar y difundir cualquier noticia que sea de interés público (art. 13, C.A.D.H.), derecho que, a su vez, se complementa con el de todos los habitantes a estar libremente informado. Hasta el cansancio se ha di-

cho que sin una opinión pública informada no existe una verdadera democracia, sino que es desmedrada o meramente nominal. La libertad de expresión, por ello, es estratégica para el funcionamiento de la democracia (CSJN, Fallos: 331:1530, entre varios; Badeni, Gregorio, ‘Instituciones de Derecho Constitucional’, Ad-Hoc, 1997, p. 353).

”La publicación de una noticia o la crónica de algo acontecido puede producir dolor o perturbación en los sentimientos de una persona si entiende que ello daña su honor, pero si lo publicado es de interés público y es verdad, en la terminología del Cód. Civ. y Comercial, se trata de un daño justificado, ya que ha sido causado en ejercicio regular de un derecho (arts. 1717 y 1718, inc. a). O sea, del ejercicio del derecho de informar que tienen los medios de comunicación. Demás está decir que esta forma de encuadrar el elemento de la antijuridicidad de la responsabilidad civil no implica otra cosa que la antijuridicidad material, que la doctrina ya había elaborado con la vigencia del Código de Vélez (Orgáz, Alfredo, ‘La ilicitud’, Bs. As., Lerner, 1974, p. 54; Trigo Represas-López Mesa, ‘Tratado de la responsabilidad civil’, LA LEY, Bs. As., 2004, T. I, p. 810; Bueres, Alberto en Bueres-Highton, ‘Cód. Civil Anotado’, Hammurabi, 1999, T. 3 A, p. 2 y ss; Mosset Iturraspe, ‘Responsabilidad por daños’, T. 1, Ediar, Bs. As., p. 37; Pizarro-Vallespinos, ‘Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones’, T. II, Bs. As., p. 482.)”

Llevadas estas premisas al caso que nos ocupa, tenemos que nada de lo dicho por los demandados tuvo que ver con la vida privada o la intimidad de la actora. La entrevista que se les hizo en la radio de Pehuajó —luego reproducido en distintos

medios de comunicación regional— tuvo que ver con un tema de interés público: la separación de un docente de una escuela técnica de Nueve de Julio y de un inspector regional de escuelas de sus respectivos cargos y el sumario que en ese momento se les estaba instruyendo, que ellos atribuían al acoso laboral que sufrían debido a una denuncia contra la jefa de inspectores con asiento en Pehuajó, otros docentes y una empresa por faltante de dinero en la asociación cooperadora. Dijeron que no habían tenido apoyo institucional y, en ese contexto, el inspector regional (M.) contó que habían recusado a la sumariante toda vez que sobre ella pesaban dos causas penales, una de ellas con condena.

El tema era de interés público y por ello se reprodujo en distintos medios de la región escolar donde los demandados desempeñaban sus funciones. Nada de lo que dijeron dejaba de ser cierto. La misma actora en la demanda reconoció que efectivamente la habían recusado en el expediente administrativo que se les estaba instruyendo y que las causas penales existían. Al referenciar la traba de la *litis* he transcripto las palabras de la actora, que ahora reitero: “las causas judiciales las tuve y las tengo...” (fs. 44 vta.). Y cuando los demandados efectuaron sus declaraciones, en una de ellas estaba la actora condenada por la titular del Juzgado Correccional N° 4 Departamental a un año de prisión en suspenso y tres de años de inhabilitación. Esta sentencia fue luego revocada por la Sala 3 de la Cámara de Apelaciones y Garantías (conf. fs. 125/29, copia de notificación acompañada por la actora a fs. 130 como hecho sobreviniente), pero ello nada influye en la cuestión de autos, ya que los dichos de una persona por un medio de comunicación deben analizarse ubicándose

el juzgador en el momento en que se realizaron (“*ex ante*”) y no después (“*ex post*”) (doctrina de la CSJN, caso “Patitó c. La Nación”, Fallos: 331:1530). En cuanto a la otra causa que se le seguía a la actora (aludida en las declaraciones cuestionadas), no está controvertido que existía en esa época.

Es insostenible que por el hecho de que las causas penales tuvieran que ver con la actuación de la actora como abogada particular, ello se refiriera a su vida privada o a su intimidad. Como dije en la causa arriba citada, todo lo relacionado con delitos de acción pública (en especial, la instrucción de causas penales y sus derivaciones), es de interés público. Ese tipo de delitos no son los que se cometen en perjuicio de bienes públicos, sino todos los que el Cód. Penal no califica de instancia privada o dependientes de instancia privada (arts. 71, 72 y 73). Es cierto que no cualquiera tiene acceso a la vista de una causa penal (o sea, no se la muestran en mesa de entradas), pero si por cualquier medio alguien tiene conocimiento de la misma y transmite verbalmente algo que se verifica que es cierto (v.g. que el imputado ha sido procesado o condenado, aunque la sentencia no esté firme; las prisiones preventivas se comunican al Registro Nacional de Reincidencia), ninguna responsabilidad puede ello generar. Comparto en tal sentido el voto del Dr. Etchegaray en la sentencia de la Sala 2 Departamental transcripto por el juez “*a quo*”: los procesos judiciales son públicos, lo que en nuestra provincia tiene consagración constitucional (art. 169) (causa N° 27.520 del 28/06/2012, “S.E.D. y ot. c. I.H.R.R. s. Daños y perjuicios”).

No viene al caso discutir si el cargo que desempeñaba la actora era calificable como funcionaria o empleada pública. Lo impor-

La Constitución de los Estados Unidos no utiliza en ninguno de sus artículos y enmiendas la palabra *privacy*, que se emplea en el derecho de ese país para definir el derecho en cuestión. Sin embargo, y en palabras del propio Louis Brandeis cuando ya integraba la Corte Suprema norteamericana, este “derecho a ser dejado a solas, es el más comprensivo de los derechos y el más valioso para los hombres civilizados” (17). O, como se dijo en otro fallo, el concepto conlleva el “hecho moral de que una persona se pertenece a sí misma y no a otros, ni a la sociedad como un todo” (18). El enfoque de raigambre constitucional del derecho a la intimidad que denotan tales expresiones se vincula históricamente con el principio de la inviolabilidad del “domicilio”, basado en el principio inglés según el cual “la casa de un hombre es su castillo”. Quizás la mejor versión de ese principio del derecho inglés pueda atribuirse a William Pitt, cuando proclamara que “el hombre más pobre puede, en su casa, enfrentar a todas las fuerzas del rey. Su casa puede ser frágil; su piso puede temblar; el viento puede soplar a su través; la tormenta puede entrar; la lluvia puede entrar, pero el rey de Ingla-

terra no puede entrar y todas sus fuerzas no pueden cruzar el umbral de esa casa en ruinas” (19).

El principio “la casa de un hombre es su castillo” fue invocado por los líderes de la Revolución Norteamericana como opuesto a una ley impositiva de Massachusetts de 1754 por la que, en forma genérica, se autorizaban los allanamientos indiscriminados (*general warrants*) y el interrogatorio de personas acerca de “la cantidad de *rhum*, vino y otras bebidas alcohólicas que hubiese consumido en su casa el año anterior, gravando ese consumo por galón” (20). Este notorio exceso tributario habría sido el origen de la resistencia de los colonos que, en el ámbito de cada Colonia, adoptaron sucesivas “Declaraciones de Derechos” reflejadas finalmente en la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, ratificada en 1791, según la cual “el derecho del pueblo a estar seguro en sus personas, domicilios, papeles y efectos contra pesquisas y aprehensiones arbitrarias será inviolable y no se expedirán al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo probable, estén corroborados mediante juramento y describan con parti-

cularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas” (21).

Sin embargo, la expansión de la concepción del derecho a la intimidad desde el ámbito del derecho privado hacia su interpretación como un derecho subjetivo de índole constitucional no se produjo sino hasta la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Hasta ese momento, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana había sido pacífica en sostener que “la seguridad proporcionada por la Enmienda Cuarta contra pesquisas y aprehensiones irrazonables sólo se aplica a la acción gubernativa” (22) en tanto “no es invadida por actos ilegales de individuos en los cuales el gobierno no tiene parte” (23).

La cuestión fue explícitamente considerada por la Suprema Corte norteamericana al resolver en 1967 el precedente “Katz” (24), donde señaló que la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana, relativa a la inviolabilidad del domicilio, debía ser interpretada como destinada a “proteger personas y

no lugares”, lo que configuró una sustancial expansión del derecho a la intimidad del ámbito del derecho privado hacia un universo más vasto, en el que arraigaba un “área constitucional protegida” (25) de intimidad individual.

Aprehender la noción de intimidad no resulta un tema simple, por la multiplicidad de definiciones o descripciones que la doctrina ha efectuado sobre este derecho subjetivo (26). Se lo denomina igualmente derecho a la vida privada y aun derecho a la privacidad.

Aunque no existe consenso al respecto, se considera que la “vida privada” es el género e incluye como núcleo central a la intimidad, aunque pueden usarse como sinónimos. En cuanto a las nociones de “reserva” y “secreto”, existe una diferencia de grado: secreto sería lo que no está destinado a ser conocido por terceros, mientras que la reserva sería aquello cuya difusión pública debe evitarse.

Nino hace esta distinción entre “privacidad” e “intimidad” (27), que en general compartimos, junto a otros autores, como Colautti (28), aunque no todos la aceptan.

## { NOTAS }

(17) BRANDEIS, Louis, en su disidencia en “Olmstead vs. United States”, 277 US 438, 478 (1928), <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

(18) “Thorburg vs. American College of Obstetricians & Gynecologist”, 106 S.Ct. 2169, 2187 n. 5 (1986), <http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

(19) Discurso pronunciado en 1763, en el Parlamento, según LASSON, Nelson B., “The history and development of the Fourth Amendment to the United States Constitution”, John Hopkins University Press, Baltimore, 1937, ps. 49-50. El autor aclara que existen numerosas versiones de la expresión y que su fecha no es segura. La traducción transcripta es de Egües, en

el artículo que venimos citando. Una versión similar brinda GONZÁLEZ, Joaquín V., “Manual de la Constitución argentina”, actual. por QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001, atribuyéndolo la expresión a Lord Chattam.

(20) *Idem* nota anterior.

(21) El texto literal expresa: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath of affirmation and particularly describing the place to be searched and the persons or things to be seized*”. La traducción corresponde a

EGÜES, Alberto J., “*El right to privacy...*”, ob. cit. *supra*.

(22) “Smith vs. Maryland”, 18 How 71, 76 (1855), trad. de AMADEO, Mario, “La Constitución de los Estados Unidos de América. Anotada con jurisprudencia”, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1949. El traductor utilizó la expresión “perquisiciones y secuestros”, que se substituyó por “pesquisas y aprehensiones”, por entenderla más apropiada (conf. EGÜES, Alberto J., “*El right to privacy...*”, ob. cit.).

(23) “Burdeau vs. McDowell”, 256 US 298, 465 (1921), <http://supreme.justia.com/us/256/465/case.html/>.

(24) “Katz vs. United States”, 389 US 347, 351 (1967),

<http://supreme.justia.com/us/389/347/case.html>.

(25) Conf. EGÜES, Alberto J., “*El right to privacy...*”, ob. cit. *supra*.

(26) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída R., en BELLUSCIO, Augusto C. (dir.) - ZANNONI, Eduardo A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1994, t. 5, p. 72. Ver *adde* nuestro “Responsabilidad derivada de informes crediticios”, Ed. La Ley, 2010.

(27) NINO, Carlos S., “Fundamentos de derecho constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 1992, ps. 304-335.

(28) COLAUTTI, Carlos, “Reflexiones preliminares sobre el *habeas data*”, LA LEY, 1996-C, 917.

tante es que lo dicho nada tenía que ver con la intimidad o vida privada de la actora. Es por ello que el art. 1071 *bis* del Cód. Civil (actual art. 1770 del Cód. Civ. y Comercial) no es aplicable al caso de autos, dado que protege sólo la intromisión arbitraria en la vida ajena, perturbando su intimidad (conf. mi voto en la causa de la Sala 3 Departamental arriba citada).

Tampoco puede decirse que los demandados obraron con dolo o intención de dañar a la actora. Simplemente hicieron declaraciones en un medio de comunicación regional con motivo de un sumario administrativo que se les estaba instruyendo, y en el cual estaban ejerciendo su derecho de defensa; articulando una recusación contra la supervisora sumariante, medida que había sido

admitida por la Dirección Legal Educativa. En la radio simplemente explicaron cuál había sido la causa de recusación alegada.

De más está decir que el apartamiento de la actora de sus funciones de supervisora no puede atribuirse a los dichos de los demandados sino a la disposición del Estatuto del Docente citada por la misma actora en la demanda.

En definitiva, no existió un hecho antijurídico, primer elemento de la responsabilidad civil (doct. arts. 1066 y 1074, Cód. Civil; actualmente arts. 1717 y 1718, Cód. Civ. y Comercial), sin el cual no es posible avanzar con relación a los otros elementos que la conforman (daño, relación de causalidad y factor de atribución).

Desde el punto de vista de los antecedentes normativos referidos a la protección del derecho a la intimidad, uno de los más antiguos que merecen ser citados es el Anteproyecto del Código Civil boliviano de Ángel Ossorio y Gallardo (29).

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948 (30) estableció que “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio, o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” (art. 12).

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (31), la Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales (32), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (33), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (34) y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (35) reconocieron este derecho a la intimidad o a la vida privada. También deben mencionarse la Convención sobre los Derechos del Niño (36) y la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (37).

En el derecho argentino podemos citar el art. 19 de la CN, que consagra el denominado “principio de reserva” (38); el art. 18, que garantiza la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados (39), y el art. 33, que reconoce los

llamados “derechos implícitos”, entre otras normas.

El *leading case* en la Argentina fue el caso “Ponzetti de Balbín” (40), en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “El derecho a la privacidad e intimidad se fundamenta constitucionalmente en el art. 19 de la Ley Suprema. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o actos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad”.

En resumen, aun cuando —como en este caso— la parte actora no haya sido condenada, puede considerarse que la difusión de las causas penales no vulneraba el derecho a la intimidad, sin perjuicio de sospechar que, sin resolución judicial definitiva, podía estar en juego la presunción de inocencia de la actora, y que las consecuencias de su difusión fueran potencialmente dañinas.

Pero en este caso, más que la intimidad, lo que estaba en juego era el conocido como “honor” o reputación de la persona.

### III. Derecho al honor o reputación

El honor o la reputación son conceptos con distintas acepciones, pero en general

Por lo expuesto, propugno que la sentencia sea confirmada, sin imponer costas de segunda instancia a la apelante por no haber habido contestación de la expresión de agravios (art. 68, 2do. párr., CPC)

Voto por la afirmativa.

El doctor *Bagattin*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucea* dijo:

De acuerdo a la forma en que ha quedado votada la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es confirmatorio de la sentencia apelada, sin imponer costas a la actora de segunda instancia.

Así lo voto.

El doctor *Bagattin*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

*Considerando:*

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser confirmada.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: Confirmar la sentencia apelada, sin imponer costas a la actora de segunda instancia. — *Emilio A. Ibarlucea*. — *Roberto A. Bagattin*.

se reconoce que existe una dimensión subjetiva y otra objetiva.

La primera es la consideración que cada persona tiene de sí misma, sus virtudes y defectos, y del respeto o trato que merece por parte de sus semejantes.

La dimensión objetiva tiene que ver con lo que opina o piensa la sociedad en la que se desenvuelve el sujeto, acerca de sus méritos o virtudes y sus deméritos.

El art. 52 del Cód. Civ. y Com. no define el derecho al honor, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como la fama o estimación ajena, lo que significa que se receptan ambas facetas del honor (41).

Su tutela aparece, juntamente con la de la intimidad o vida privada, en la inmensa mayoría de las Constituciones e incluso en los tratados de derechos humanos, generalmente a la par. Por ello, la distinción que se hace en la sentencia en comentario, con respecto a la libertad de expresión, es muy interesante.

### IV. Libertad de expresión

El derecho a la libertad de expresión y la relevancia que conlleva el acceso colectivo a la información están consagrados en los arts. 14, 32 y 42 de la CN, arts. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Huma-

nos, 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, entre otros cuerpos normativos.

Bajo la garantía de la “libertad de expresión” universalmente se comprenden *la libertad de emitir opinión y el derecho de dar o recibir informaciones o ideas, sin censura previa o sin injerencia de autoridades* (42). Se la considera como una de las garantías fundamentales de las sociedades democráticas, y cualquier persona puede reivindicar que se le respete el ejercicio de esta garantía.

Así, Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 19); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19); Convenio de Roma de 1950 (art. 10); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Estrasburgo, 2007 (art. 11); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, 1948; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, Nairobi, 1981 (art. 9º); Convención sobre los Derechos del Niño (art. 13). También figura en Constituciones como la de España (art. 20), entre otras.

A su vez, la libertad de prensa se encuentra vinculada a la libertad de expresión en una relación de medio a fin. Esa relación puede sintetizarse diciendo que comprende expresar lo que se piensa (que moderadamente implica buscar, recibir y difundir ideas u opiniones sobre cualquier asunto) por cualquier medio audiovisual (43).

### { NOTAS }

(29) El Anteproyecto es de 1943, y sería la fuente directa del art. 1071 *bis* del Cód. Civil. Su texto dice: “Art. 20. Todas las personas tienen derecho a que sea respetada su vida íntima. El que, aun sin dolo ni culpa, se entrometiere en la vida ajena publicando retratos, divulgando secretos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o perturbando de cualquier otro modo su intimidad, será obligado a cesar en tales actividades y a indemnizar al agraviado. Los tribunales regularán libremente, con arreglo a las circunstancias del caso, el modo de aplicar estas dos sanciones”. Cf. LEONFANTI, María, “El derecho a la intimidad...”, ob. cit., Anexo A, nro. II, ps. 1330-1.

(30) Teherán, 10/12/1948, <http://www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm/>.

(31) Bogotá, abril 1948, también incorporada al texto constitucional (art. 75, inc. 22, CN). Ver art. V sobre vida privada, <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Basicos1.htm/>.

(32) Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 04/11/1950, en su versión revisada según el Protocolo II, dice: “Art. 8º. *Derecho al respeto de la vida privada y familiar:* 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta

injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros”.

(33) San José de Costa Rica, 22/11/1969, 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”, <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html/>.

(34) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, res. (AG) 2200-A (XXI), 21 UN GAOR Supp., nro. 16, p. 52, ONU Doc. A/6316 (1966), 999 UNTS 171, entrada en el vigor 23/03/1976. Art. 17: “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

(35) Esta Carta reafirma, respetando las competencias y misiones de la Comunidad y de la Unión, así como el principio de subsidiariedad, los derechos reconocidos

especialmente por las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los tratados comunitarios, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (2000/C, 364/01), publicado el 18/12/2000 en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOC)* (C 364/1). Art. 7º: “*Respeto de la vida privada y familiar:* Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”. En el art. 8º se refiere a la protección de los datos de carácter personal, que reiteraremos más adelante.

(36) Art. 16: “1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación. 2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”, [http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc\\_sp.html/](http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/k2crc_sp.html/).

(37) Adoptada por la Asamblea General en su res. 45/158, 18/12/1990. Art. 14: “Ningún trabajador migratorio o familiar suyo será sometido a injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, corres-

pondencia u otras comunicaciones ni a ataques ilegales contra su honor y buen nombre. Todos los trabajadores migratorios tendrán derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

(38) Art. 19, CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

(39) Estos principios tienen un profundo arraigo en el derecho público argentino, existiendo disposiciones similares en el Estatuto Provisional de 1815, luego recogido en el Reglamento de 1817 y en las Constituciones unitarias de 1819 y 1826. Cf. RAMELLA, Pablo, “El derecho a la intimidad”, LA LEY 140-1175.

(40) CS, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida SA”, LA LEY, 1985-B, 120.

(41) HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián, “Cód. Civ. y Com. Comentado”, t. I, SAIJ.

(42) JIJENA LEIVA, Renato J., “Contenidos de internet: censura o libertad de expresión”, [www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena2.html](http://www.mass.co.cl/acui/leyes-jijena2.html).

(43) DESCALZI, José P., “Ley 26.032: internet y libertad de expresión”, DJ 2005-2, 965.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (44) indica que la “libertad de expresión”, en un sentido amplio, es el derecho sustancial de dar-recibir información que asiste a todos los individuos en tanto “habitantes” de un Estado democrático (45); y define la “libertad de prensa”, también en sentido amplio, como un derecho instrumental, siendo el medio que permite satisfacer esa necesidad social (46).

En una línea similar, cabe tener presente la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resalta que la libertad de expresión tiene una “doble dimensión”: individual y social, incluyendo en esta última a los medios de comunicación social que sirven para “materializar” el ejercicio de la primera, y que ambas deben ser garantizadas en forma simultánea (47).

En nuestro derecho, el sustento de la libertad de prensa y de expresión está contemplado fundamentalmente por los arts. 1º, 14, 19, 32 y 33 de la CN, y por los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional incorporados por la reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), a los que ya nos hemos referido.

Aun cuando todas las normas internacionales e internas de los Estados reconocen y consagran la garantía de la libertad de expresión, se trata de un derecho sujeto a restricciones, generalmente fundadas en razones de orden público, tales como la concesión de licencias de radiodifusión que administra la autoridad pertinente, o cuyo ejercicio puede originar responsabilidades derivadas de su mal uso, como cuando con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión se atenta contra otros derechos tales como el honor, la intimidad de las personas o la protección de los datos personales, la incitación o exaltación del odio racial o la práctica de la discriminación. En este sentido, la Convención Internacional contra Todas las Formas de Discriminación Racial en su art. 4º prevé restricciones, al igual que la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (art. III), así como la ya citada Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13).

La libertad de pensamiento y expresión, definida en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo y sin ningún tipo de fronteras. Este derecho comprende la expresión artística, escrita, oral, impresa o por cualquier otro medio de comunicación. Las reglas para imponer limitaciones a este derecho se encuentran en los incs. 2º a 5º de dicho artículo. Dentro de dichas reglas se destaca que no podrá existir censura previa, si no la imposición de responsabilidad con posterioridad a que se realice la expresión.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (48) ha declarado como principio general que “la libertad de expresión se aplica a internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación”. Esto implica que cualquier restricción al ejercicio de este derecho en internet debe seguir los estándares establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, la Relatoría Especial ha enfati-

zado que, al momento de establecer medidas que puedan impactar en internet, se deben tener en cuenta las características que hacen de ese medio un espacio único para el ejercicio cada vez más democrático, abierto, plural y expansivo de la libertad de expresión.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el sistema internacional que ha brindado un mayor alcance a la libertad de pensamiento y expresión. Esto ha sido posible bajo un marco jurídico que busca reducir las restricciones a la libre circulación de informaciones, opiniones e ideas. De acuerdo con los instrumentos interamericanos, la libertad de expresión es la “piedra angular” de las sociedades democráticas, además de ser fundamental para el avance de los objetivos del desarrollo y una herramienta para el ejercicio de otros derechos humanos.

La CIDH ha destacado tres funciones principales que cumple la libertad de expresión en los sistemas democráticos: 1. es un derecho individual que refleja la virtud de pensar el mundo de una forma propia y comunicarse entre sí; 2. como medio para deliberar de forma abierta y desinhibida sobre temas que sean de interés público; 3. como instrumento para el ejercicio de otros derechos, como la participación política, la libertad religiosa, la cultura, la educación, la igualdad, entre otros. Complementariamente, tanto la CIDH como la Corte Interamericana han reconocido que la libertad de expresión cuenta con una dimensión individual y una social, interrelacionadas entre sí. La garantía de ambas dimensiones debe ser plena y simultánea.

El Sistema Interamericano también otorga una protección amplia al tono de las expresiones. En este sentido, las expresiones inofensivas o indiferentes son protegidas al igual que aquellas que “ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población”. Adicionalmente, la emisión de discursos erróneos, equivocados y falsos, sin perjuicio de las responsabilidades que se impongan con posterioridad, es protegida por la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. A su vez, los Estados deben mantener una posición neutral frente a los contenidos de las expresiones, de forma que no existan exclusiones de personas, grupos, ideas o medios de expresión.

La jurisprudencia ha reconocido la existencia de tres tipos de expresiones que, dado su valor dentro del sistema democrático, deben tener una mayor protección: (a) el discurso político y sobre asuntos de interés público; (b) el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y (c) el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

Con relación a las limitaciones permisibles a la libertad de expresión, la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha desarrollado un “test tripartito” fundamentado en el art. 13 de la Convención Americana. Este test exige: 1) que la limitación a imponerse esté definida de forma clara y precisa en una ley formal y material que esté orientada a lograr objetivos imperiosos que estén autorizados

por la Convención; 2) que la limitación cumpla con unos requisitos de necesidad e idoneidad para lograr esos objetivos; y 3) que la limitación sea estrictamente proporcional a la finalidad que se persigue. Por último, las responsabilidades que se establezcan con posterioridad a las expresiones siempre deben ser ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, junto con las garantías del debido proceso.

Como efecto de lo anterior, la Relatoría ha enfatizado que el desarrollo de políticas públicas y las actuaciones de los particulares deben adecuarse a los principios de acceso a internet en igualdad de condiciones, la promoción del pluralismo, la no discriminación y la privacidad, así como la neutralidad de la red y la gobernanza multisectorial como componentes transversales de estos principios.

Las tensiones entre la libertad de expresión en internet y la viabilidad técnica de controlar los contenidos que circulan por la red han sido tema de publicaciones anteriores de nuestra autoría.

En cuanto a la equiparación de internet a un medio de comunicación, sin perjuicio de remitirnos a nuestros anteriores trabajos, volvemos a señalar que las nuevas tecnologías digitales de la información y la comunicación plantean nuevos retos a la hora de “constitucionalizar” derechos fundamentales, como la libertad de expresión, el derecho a la intimidad y la denominada autodeterminación informativa (protección de datos personales), y que en tal sentido la expresión de la ley 26.032 “difusión de información de toda índole” a través de internet debe ser interpretada en armonía con la protección de estos últimos dos derechos, la privacidad y la autodeterminación informativa, y es tarea de los jueces que la síntesis se realice desde una perspectiva *pro homine*.

## V. El conflicto y la solución en el caso en comentario

Por su propia estructura es inevitable que se produzcan colisiones entre los derechos a la intimidad y al honor y a la libertad de expresión. Al respecto se ha dicho que éste no es un conflicto entre intereses puramente privados, sino que se enfrentan exigencias que hacen al interés general de la comunidad —acceso a la información, prohibición de censura previa, libertad de expresión— y los imperativos que protegen derechos fundamentales del individuo, los que también conforman el interés público (49).

Esta tensión o conflicto entre la garantía a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad admite que el umbral de protección que reconoce el ordenamiento jurídico a la persona afectada variará en función de su carácter público o privado (50).

Sin embargo, el juez Ibarlucía, en lo que nos interesa destacar, afirma que “en las causas que versan sobre conflictos entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos lo primero que debe discernirse es si está en juego el derecho al honor o el derecho a la intimidad. Ello así porque el contenido esencial

de ambos derechos es distinto, lo que lleva a que merezcan un tratamiento diferente”.

Y continúa señalando que, “en el caso de que se atribuya a un medio de comunicación (o a las personas que a través de ellos se expresan), la difusión de hechos relativos exclusivamente a la vida privada de una persona sin su consentimiento, no puede el medio defenderse mediante la *exceptio veritatis*; o sea, mediante la alegación y prueba de que lo dicho es verdad, que efectivamente ha acontecido” (51). Por ello “Ninguna importancia tiene que así haya sido, dado que la violación de la intimidad se produce por la sola intromisión (arbitraria) en la vida privada, y por ende, si ha causado una perturbación en sus sentimientos, genera la obligación de reparar el daño (art. 1071 bis del Cód. Civil; art. 1770, Cód. Civ. y Com.).

”Por el contrario, el derecho al honor consiste en el derecho de toda persona a resguardar su honra o reputación, y por consiguiente a defenderse de agravios, ofensas o ataques que la manchen. Ello ocurre normalmente cuando se atribuye a una persona la comisión de hechos delictivos de cualquier orden o de irregularidades en el desempeño de funciones públicas. Todo lo que tiene que ver con conductas de ese tipo es de interés público y por consiguiente, el medio de prensa o la persona que se exprese a través de él puede defenderse alegando que lo publicado es verdad y ofrecer prueba para demostrarlo”.

Es decir que cuando el conflicto con la libertad de expresión es con respecto a la intimidad o vida privada, no es necesario ni suficiente acreditar la veracidad de lo sostenido, ya que la intromisión —si es arbitraria— genera responsabilidad, y por lo tanto obligación de resarcir los daños que se invoquen y acrediten.

En cambio, cuando la colisión es con el derecho al honor o reputación, es eficaz como defensa acreditar la veracidad de lo declarado o difundido.

En tal sentido, el voto que venimos glosando sostiene que “Esta diferencia hace al encuadre del hecho antijurídico en uno y otro caso [arts. 1066 y 1074, Cód. Civil; arts. 1717 (52) y 1718 (53), Cód. Civ. y Com.]. Cuando se trata del derecho a la intimidad, la antijuridicidad consiste en la mera intromisión arbitraria en la vida privada (siempre, claro está, que exista daño). En cambio, cuando está en juego el derecho al honor, no hay antijuridicidad si lo publicado es verdad”.

Y agrega: “Es que los medios de comunicación tienen derecho a publicar y difundir cualquier noticia que sea de interés público (art. 13, CADH), derecho que, a su vez, se complementa con el de todos los habitantes a estar libremente informados. Hasta el cansancio se ha dicho que sin una opinión pública informada no existe una verdadera democracia, sino que es desmedrada o meramente nominal. La libertad de expresión, por ello, es estratégica para el funcionamiento de la democracia” (54).

“La publicación de una noticia o la crónica de algo acontecido puede producir dolor

## { NOTAS }

(44) Ver FAYT, Carlos S., “La Corte Suprema y sus 198 sentencias sobre comunicación y periodismo”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2001.

(45) CS, 19/11/1991, “Vago, Jorge A.”, Fallos 314:1517.

(46) CS, 12/03/1987, “Costa, Héctor R.”, Fallos 310:508.

(47) CIDH, 13/11/1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (a instancia del Gobierno de Costa Rica)”, Opinión Consultiva 5/85, numeral 29 y siguientes.

(48) Declaración de marzo de 2017 sobre “Estándares para una internet libre, abierta e inclusiva”, <https://estandares.net/>.

(49) CNFed. Civ. y Com., 16/12/2016, “Sánchez Kalbermatten, Alejandro c. Herz, Claudio P. s/ medidas cautelares”, LA LEY del 16/08/2017, 5, AR/JUR/84930/2016, con nota de MOLINA QUIROGA, Eduardo; AR/DOC/2149/2017.

(50) Remite al fallo de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, 1974, *in re* “Gertz vs. Robert Welch Inc.”, 481 US 323 (1974); cita también los casos resueltos por la sala en “Nara, Wanda Solange”, sentencias del 30/11/2010 y 05/07/2012, y en la causa 1170/2013 del 15/05/2014.

(51) Cita doctrina y jurisprudencia en tal sentido: RIVERA, Julio C., “Derecho a la intimidad”, en *Derecho de daños*,

*en homenaje a Bustamante Alsina*, Ed. La Rocca, 1989, p. 355; CIFUENTES, Santos, “El derecho a la intimidad”, ED 57-83i; BELLUSCIO, Augusto - ZANNONI, Eduardo, “Código Civil comentado”, Astrea, Buenos Aires, t. 5, p. 79; CS, “Menn c. Ed. Perfil”, Fallos 324:2895, criterio, en este aspecto, ratificado por la Corte IDH en “Fontevicchia y ot. vs. Nación Argentina”, sent. del 29/11/2011.

(52) Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada.

(53) Legítima defensa, estado de necesidad y ejercicio regular de un derecho. Está justificado el hecho que causa un daño: a) en ejercicio regular de un derecho; b) en legítima

defensa propia o de terceros, por un medio racionalmente proporcionado, frente a una agresión actual o inminente, ilícita y no provocada; el tercero que no fue agresor ilegítimo y sufre daños como consecuencia de un hecho realizado en legítima defensa tiene derecho a obtener una reparación plena; c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, si el peligro no se origina en un hecho suyo; el hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo.

(54) Cita doctrina y jurisprudencia: CS, Fallos



o perturbación en los sentimientos de una persona si entiende que ello daña su honor, pero si lo publicado es de interés público y es verdad, en la terminología del Código Civil y Comercial, se trata de un daño justificado, ya que ha sido causado en ejercicio regular de un derecho [arts. 1717 y 1718, inc. a)]. O sea, del ejercicio del derecho de informar que tienen los medios de comunicación. De más está decir que esta forma de encuadrar el elemento de la antijuridicidad de la responsabilidad civil no implica otra cosa que la antijuridicidad material, que la doctrina ya había elaborado con la vigencia del Código de Vélez”.

En consecuencia, y sobre la base de los argumentos reseñados precedentemente, el tribunal entiende que “nada de lo dicho por los demandados tuvo que ver con la vida privada o la intimidad de la actora. La entrevista que se les hizo en el radio de XXX —luego reproducida en distintos medios de comunicación regional— tuvo que ver con un tema de interés público: la separación de un docente de una escuela técnica de XXX y de un inspector regional de escuelas de sus respectivos cargos y el sumario que en ese momento se les estaba instruyendo, que ellos atribuían al acoso laboral que sufrían debido a una denuncia contra la jefa de inspectores [...], otros docentes y una empresa por faltante de dine-

ro en la asociación cooperadora. Dijeron que no habían tenido apoyo institucional y, en ese contexto, XXX (uno de los demandados) contó que habían recusado a la sumariante toda vez que sobre ella pesaban dos causas penales, una de ellas con condena”.

Por ello el sentenciante considera que el tema era de interés público y se reprodujo en medios periodísticos de la región escolar donde los demandados desempeñaban sus funciones. Nada de lo que dijeron dejaba de ser cierto. La misma actora en la demanda reconoció que efectivamente la habían recusado en el expediente administrativo que se les estaba instruyendo y que las causas penales existían. Si bien la situación en uno de los expedientes penales había variado al momento de la sentencia, el juez entiende que “ello nada influye en la cuestión de autos, ya que los dichos de una persona por un medio de comunicación deben analizarse ubicándose el juzgador en el momento en que se realizaron (*ex ante*) y no después (*ex post*) (doctrina de la CS, caso ‘Patitó c. La Nación’, CS, Fallos 331:1530). En cuanto a la otra causa que se le seguía a la actora (aludida en las declaraciones cuestionadas), no está controvertido que existía en esa época”.

El preopinante sostiene rotundamente que “todo lo relacionado con delitos de ac-

ción pública (en especial, la instrucción de causas penales y sus derivaciones), es de interés público”. Y aclara que “ese tipo de delitos no son los que se cometen en perjuicio de bienes públicos, sino todos los que el Código Penal no califica de instancia privada o dependientes de instancia privada (arts. 71, 72 y 73). Es cierto que no cualquiera tiene acceso a la vista de una causa penal (o sea, no se la muestran en mesa de entradas), pero si por cualquier medio alguien tiene conocimiento de la misma y transmite verbalmente algo que se verifica que es cierto (v.gr., que el imputado ha sido procesado o condenado, aunque la sentencia no esté firme; las prisiones preventivas se comunican al Registro Nacional de Reiniciencia), ninguna responsabilidad puede ello generar” (55).

## VI. Conclusión

En resumen, compartimos los argumentos de la sentencia, y especialmente la claridad para exponer las diferentes circunstancias a considerar cuando la libertad de expresión entra en conflicto con los derechos a la privacidad y al honor.

Cita on line: AR/DOC/2381/2019

## { NOTAS }

331:1530, entre varios; BADENI, Gregorio, “Instituciones de derecho constitucional”, Ed. Ad-Hoc, 1997, p. 353.

[55] Cita el voto del Dr. Etchegaray en la sentencia de la sala II departamental transcripto por el juez a quo: los procesos judiciales son públicos, lo que en la

Provincia de Buenos Aires tiene consagración constitucional (art. 169) (28/06/2012, “S. E. D. y ot. c. I. H. R. R. s/ daños y perjuicios”, causa 27.520).

## JURISPRUDENCIA

### Trata de personas

**Denegación de excarcelación. Ponderación de los medios utilizados para la comisión del delito. Existencia de medios logísticos y económicos al alcance del imputado. Amenazas a la víctima durante la investigación. Inadmisibilidad del recurso de casación.**

**Hechos:** La Cámara Federal de Casación Penal confirmó el rechazo del pedido de excarcelación solicitado a favor del imputado por el delito de trata de personas.

- 1.- La denegación de la excarcelación solicitada a favor del imputado por el delito de trata de personas debe confirmarse, teniendo en cuenta los medios utilizados para la comisión del delito, la complejidad de la maniobra investigada, su carácter internacional y la intervención de personas de otra nacionalidad, lo cual da cuenta de la existencia de medios logísticos y económicos a su alcance que facilitarían la fuga, máxime cuando una de las personas que intervino en el hecho no fue hallada y durante la investigación la víctima fue amenazada a fin de que no preste declaración testimonial.
- 2.- La excarcelación solicitada a favor del imputado por el delito de trata de personas debe rechazarse, pues la especial situación de sometimiento en la que se encuentran las víctimas de esas maniobras frente a su agresor merece una especial atención por parte de la justicia para evitar que peligre el correcto desarrollo del proceso (del voto del Dr. Hornos).

122.045 — CFCasación Penal, sala IV, 24/05/2019. - W., L. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/13374/2019]

Buenos Aires, mayo 24 de 2019.

**Vistos:** I. Que con fecha 14 de marzo de 2019, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 6 de la ciudad de Buenos Aires resolvió: “...I.- No hacer lugar a la excarcelación de W. L. bajo ningún tipo de caución (art. 319 sptes. y concordantes del CPPN...)”. (cfr. fs. 8/11).

II. Que, contra dicha decisión, la defensa de L. W. interpuso el recurso de casación en estudio, el que fue concedido por el a quo a fs. 26/27.

Los doctores Borinsky y Carbajo dijeron:

Que, si bien las resoluciones que deniegan la excarcelación, en tanto restringen la libertad del imputado con anterioridad al fallo final de la causa, resultan equiparables a sentencia definitiva, ya que pueden ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior al afectar un derecho que exige tutela judicial inmediata (Fallos: 280:297; 290:393; 307:359; 308:1631; 310:1835; 310:2245; 311:358; 314:791; 316:1934, entre otros).

En el *sub examine*, la defensa no ha logrado demostrar la existencia de un agravio federal debidamente fundado que habilite la jurisdicción de esta Cámara Federal de Casación Penal conforme la doctrina sentada en los precedentes “Di Nunzio”, “Durán Sáenz” y “Piñero” (Fallos: 328:1108; 328:455; 333:677, respectivamente), sino que se ha limitado a cuestionar la fundamentación del tribunal de la instancia anterior, la cual no comparte, sin efectuar una crítica concreta y razonada a los argumentos brindados en el pronunciamiento que rechazó la excarcelación solicitada respecto de W. L.

Al respecto cabe mencionar que a efectos de mantener el encierro preventivo, el sentenciante tuvo en cuenta que el nombrado se encuentra detenido desde el 30 de mayo de 2018, y que se le imputó el delito de trata

de personas en la modalidad de captación, traslado y acogimiento con fines de explotación, agravada por haber mediado engaño y abuso de una situación de vulnerabilidad y por la intervención de más de tres personas en concurso ideal con el delito de tráfico de personas agravado por haber mediado engaño y abusado de la necesidad o inexperiencia de la víctima en concurso real con el delito de encubrimiento —artículos 145 ter, inc. 1 y 5 en función del 145 bis del CP, art. 54 del CP, arts. 116 y 119 de la ley 25.871, art. 55 y art. 277, segundo párrafo en función del inc. “c” del primer párrafo del CP— (cfr. fs. 8/11).

También valoró, en concordancia con lo dictaminado con el representante del Ministerio Público Fiscal, que a la fecha no variaron las circunstancias que motivaron la prisión preventiva al dictarse su procesamiento, así como también, cuando la misma fue confirmada por la alzada.

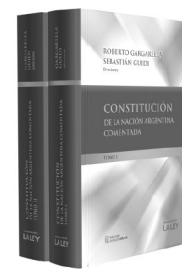
Ahora bien, en lo relativo al peligro de fuga, el juez de la instancia anterior, tuvo en cuenta por un lado “...la consideración de los medios utilizados para la comisión del delito atribuido, pues ellos dan cuenta de las herramientas que podría echar mano el nombrado —en caso de recuperar la libertad— a fin de eludir el accionar de la justicia...”. Ello, toda vez que “...la complejidad de la maniobra investigada, así como su carácter internacional, la intervención de personas de otra nacionalidad, todo lo cual da cuenta de la existencia de medios logísticos y económicos al alcance del encausado (recuérdese el ingreso irregular al país de la víctima, a través de la Dirección Nacional de Migraciones, mediante la utilización de un D.N.I. que no le correspondía)...”.

Como así también, ponderó que una de las personas que intervinieron en el hecho objeto de la investigación aún no fue habida y que durante el transcurso de la investigación la víctima fue amenazada a fin de que no preste declaración testimonial.

## FONDO EDITORIAL

### NOVEDADES

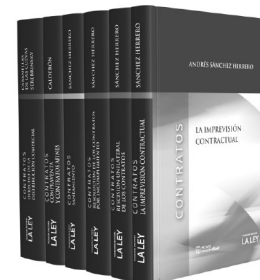
### CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ARGENTINA COMENTADA



Directores: Gargarella, Roberto – Guidi, Sebastián

Editorial: La Ley, 2 tomos, 2019

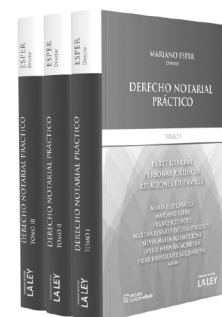
### COLECCIÓN CONTRATOS



Autores: Sanchez Herrero, Andres – Calderón, Maximiliano – Cabanellas, Guillermo – D. H. Serebrinsky

Editorial: La Ley, 6 tomos, 2019

### DERECHO NOTARIAL PRÁCTICO



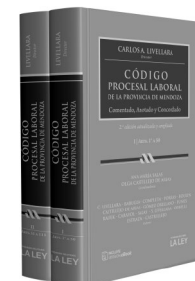
Director: Esper, Mariano

Editorial: La Ley, 3 tomos, 2019

### CÓDIGO PROCESAL LABORAL DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

Comentado, Anotado y Concordado

2da edición actualizada y ampliada



Director: Livellara, Carlos

Editorial: La Ley, 2 tomos, 2019

Se pueden adquirir en <https://www.thomsonreuters.com.ar/es/tienda>

Finalmente, el *a quo* destacó el estado procesal en el que se encuentran las presentes actuaciones, ya habiéndose producido la citación a juicio en los términos del art. 354 del CPPN y que el encierro cautelar respecto de L. W. no se presenta irrazonablemente prolongado, en razón del tiempo que lleva detenido —30 de marzo de 2018— ni por lo previsto en el artículo 1º de la ley 24.390.

Por lo demás, con relación al pedido en subsidio efectuado por la defensa de L. W. respecto de la aplicación del artículo 177 de la ley 27.063, en cuanto regula mecanismos alternativos de la prisión preventiva, el juez de la instancia anterior indicó que “...*resulta improcedente la petición deducida por la Defensa relativa a la aplicación de la norma citada (...) ya que el nuevo ordenamiento legal no se encuentra en vigencia (...) las disposiciones de dicho cuerpo normativo solo resultarán aplicables una vez que lo establezca la ley de implementación correspondiente...*”.

Más allá de ello, cabe destacar que la defensa no logra demostrar ni expresar razones concretas y fundadas que permitan contemplar una aplicación morigerada de la prisión preventiva respecto de L. W.

Finalmente, es menester recordar que el juicio sobre la admisibilidad formal del recurso de casación en examen efectuado por el *a quo* es de carácter provisorio, toda vez que el juicio definitivo sobre dicho extremo corresponde a esta Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal y puede ser emitido por esta alzada sin pronunciarse sobre el fondo (cfr., en lo pertinente y aplicable, los precedentes de esta Sala IV dictados en las causas Nº 1178/2013, “Alsoogaray, María J. s/ recurso de casación”, reg. nº 641.14.4 del 23/04/2014; CFP 1738/2000/TO1/2/CFC1, “Bignoli, Santiago M.; Bignoli, Arturo J. y Oficina Anticorrupción s/ incidente de prescripción de acción penal”, reg. nº 1312.14.4 del 27/06/2014; Nº 1260/2013, “Ríos, Héctor G. s/ recurso de casación”, reg. nº 695.15.4 del 20/04/2015; y FSA 74000069/2007/TO1/CFC1, “Ojeda Villanueva, Néstor A. s/ recurso de casación”, reg. nº 1111.15.4 del 09/06/2015, entre muchas otras).

Motivo por el cual, corresponde declarar inadmisibile el recurso de casación, sin costas (arts. 444, segundo párrafo, 530 y 531, *in fine* del CPPN).

El doctor *Hornos* dijo:

Como regla general, las decisiones que restringen la libertad personal durante el trámite del proceso, al ser susceptibles de ocasionar un perjuicio de imposible reparación ulterior, son revisables por esta Cámara Federal de Casación Penal; incluso en aquellos casos en que, como ocurre en el *sub lite*, se ha observado la garantía de la doble instancia —artículo 8.2. CADH— (cfr. de esta Sala IV: causa Nº 1893, “Greco, Sergio M. s/ recurso de casación”, Reg. Nº 2434.4, rta. el 25/02/2000; causa Nº 2638, “Rodríguez, Ramón s/ recurso de queja”, Reg. Nº 3292.4, rta. el 06/04/2001; y causa Nº 466/2013: “Corso, Liliana B. y otros s/ recurso de casación”, Reg. Nº 805/13, rta. el 27/05/2013; entre muchas otras; y con cita de la doctrina sentada por la CSJN en los precedentes “Giroldi”, Fallos: 318:514 y “Di Nunzio”, Fallos: 328:1108).

Sin embargo, más allá de la impugnabilidad objetiva de la resolución recurrida, vale recordar que con relación a los casos como el que ahora nos ocupa he señalado (*in re*: “Romero Yurquina, Eliseo s/ recurso de casación”, causa FCT 1206/2016/1/2/CFC1, Sala I, Reg. Nº 74/17, rta. el 06/03/2017) que en los delitos en los que se ve involucrada la trata de personas, la especial situación de sometimiento en la que se encuentran las víctimas de dichas maniobras frente a su

agresor, merece una especial atención por parte de la justicia para evitar también que peligre el correcto desarrollo del proceso.

Asimismo, debe destacarse que el delito de trata de personas tiene, como una de sus principales características, la captación y el traslado de las víctimas desde su lugar de origen hasta el centro de explotación —que, en muchos casos excede las propias fronteras del país en donde se verifica la explotación—; lo cual materializa los vínculos y medios de los imputados para transportarse hacia distintos lugares, tornando cierto y factible la posibilidad de fuga.

En este marco, conviene recordar que el Estado Argentino se comprometió, a través de la ratificación del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, a combatir este delito a través de la tipificación de las conductas y su consiguiente punición, ante lo cual se debe actuar con máxima prudencia para evitar que se frustre el objetivo de cumplir con la ley penal y los compromisos internacionales asumidos.

En tal contexto, se advierte que la parte no ha expresado razones concretas y fundadas que permitan conmovir lo decidido por el *a quo* a partir de la circunstancia apuntada precedentemente, sino que se ha limitado a alegar su disconformidad genérica con lo decidido en el decisorio impugnado. En consecuencia, el recurso de casación intentado se presenta en el caso inadmisibile por carecer de la debida fundamentación requerida por el artículo 463 del CPPN.

Por lo tanto, habré de adherir al sentido de la solución propuesta por los distinguidos colegas que me precedieron en el voto.

Por ello, en mérito del acuerdo que antecede el Tribunal, resuelve: I. Declarar inadmisibile el recurso de casación interpuesto a fs. 15/25 por la defensa de L. W., sin costas (arts. 444, 454, 465, 530 y 531 *in fine* del CPPN). II. Tener presente la reserva del caso federal. Regístrese, notifíquese y comuníquese (Acordada nº 5/19, CSJN). Remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nº 6 de la ciudad de Buenos Aires, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío. — *Gustavo M. Hornos*. — *Mariano H. Borinsky*. — *Javier Carbajo*.

## Facultad de dirección del empleador

**Prestación de tareas para otra compañía. Existencia de una única vinculación.**

**Hechos:** *La jueza concluyó que la trabajadora había sido contratada por una pluralidad de empleadores, pero que, luego de su despido, era acreedora de un solo salario básico. Disconforme, la actora dedujo recurso de apelación. Fue rechazado*

La trabajadora despedida tiene derecho a una indemnización de un solo salario básico, dado que se trató de una única vinculación, aunque la empresa le haya requerido —dentro de sus facultades de dirección— la prestación de tareas para otra compañía dentro de su jornada de trabajo y en el establecimiento en el cual se desempeñaba.

**122.046** — CNTrab., sala V, 06/06/2019. - Díaz, Vanesa Andrea c. Mapfre Argentina Seguros S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/16917/2019]

### **COSTAS**

Se imponen a la actora vencida.

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, junio 6 de 2019.

El doctor *Arias Gibert* dijo:

I. La sentencia definitiva de primera instancia de fs. 694/695 vta. ha sido apelada por la parte actora a tenor del memorial que luce anejado a fs. 696/711 vta. A su vez, los Dres. L. J. B., Y. P. M., M. de las M. A. y L. V. V., todos por derecho propio, se quejan porque consideran reducidos los honorarios regulados en su favor (v. fs. 711/ vta.). Las codemandadas contestaron agravios (v. fs. 713/718 y fs. 719/720 vta.).

II. La señora jueza *a quo* concluyó que existió un único vínculo laboral entre la actora y las tres accionadas y que si bien hubo una pluralidad de empleadores (conforme lo normado en el art. 26, LCT) la actora resulta acreedora a un solo salario básico. Aclaró que, a su entender, el trabajo de la accionante para el grupo Mapfre se confundía en una misma tarea y que no resultaba razonable condenar al pago a cada una de las empresas al salario mínimo de convenio dado que, en definitiva, existía un solo vínculo que la hacía acreedora a un solo salario mínimo que se devengó por el cumplimiento de la jornada normal de trabajo. Por ello, rechazó la pretensión.

Contra esa decisión se alza la actora. Afirma que estaba registrada por una sola de las codemandadas y que por ello se le abonaba un solo sueldo básico. Señaló que las tareas realizadas para una u otra empresa beneficiaban pura y exclusivamente a cada una de ellas y no solo a Mapfre Argentina Seguros de Vida SA y, por lo tanto, considera que cada una de ellas debe abonar un salario básico. Se queja, también, por el rechazo del reclamo por diferencias salariales porque, según sostiene, correspondía aplicar el CCT 283/97. Cuestiona el rechazo de la indemnización prevista en el art. 1º de la ley 25.323. Apela la falta de consideración del reclamo en torno a la multa prevista en el art. 80 de la LCT, así como la solicitud de entrega de los certificados de trabajo respecto de las demandadas Mapfre Argentina Seguros SA y Mapfre Argentina ART SA. Finalmente, apela los honorarios regulados a perito contador por considerarlos elevados.

Del escrito de demanda surge que la accionante reclamó a Mapfre Argentina de Seguros SA el pago del salario básico con posterioridad a enero de 2006 porque, según sostiene, en dicha oportunidad pasó a estar registrada por Mapfre Argentina Seguros de Vida SA a pesar de que, según dice, continuó prestando servicios para ambas empresas.

La demandada afirmó que la actora dejó de prestar servicios para ella el 31/01/2006 y que, en dicha oportunidad, pasó a desempeñarse para Mapfre Argentina Seguros de Vida SA quien le reconoció la antigüedad que ostentaba para ella (v. fs. 36).

Por su parte, Mapfre Argentina Seguros de Vida SA reconoció que la actora comenzó a trabajar para ella con fecha 01/02/2006 pero afirmó que le reconoció la antigüedad desde el 15/03/2004 por cesión del contrato desempeñándose como “controller” dentro del grupo III del CCT 264/95. Sostuvo que despidió a la trabajadora con fecha 24/05/2011 y que le abonó las indemnizaciones correspondientes (v. fs. 74 vta.).

De la prueba testimonial rendida que fue analizada en la sentencia de grado surge que la actora se encargaba de controlar que las solicitudes que entregaban los vendedores de seguros estuvieran correctas y emitía los seguros que le entregan los demás vendedores. Aclararon que trabajaban de lunes a viernes de 9 a 18 horas y que gestionaban seguros con membretes de las tres empresas, aunque una sola les pagaba el salario. Afirmaron que las tres empresas formaban parte de un mismo grupo económico, que funcionaban en el mismo edificio y que estaban dirigidas por las mismas personas. Explicaron, además, que al principio lo registró Mapfre Argentina Seguros y luego Mapfre Seguros de Vida pero que el sueldo, lugar de trabajo, y los directivos eran los mismos. (conf. art. 116, LO).

En concreto, está claro que se trató de una única vinculación y que a la actora se le abonaba el sueldo básico de convenio correspondiente a una jornada de labor como la denunciada de lunes a viernes de 9 a 18 hs. En este contexto la accionante no puede pretender que se le abonen tres salarios básicos por su desempeño para la empleadora Mapfre Argentina Seguros de Vida SA porque nada obsta que ésta le requiera la realización de tareas —ya sea ventas o revisión de planillas— para otra compañía dentro de su jornada de trabajo y en el establecimiento en el cual se desempeña.

En efecto, el empleador puede dentro de sus facultades de dirección ordenar al trabajador la realización de tareas para otra persona o incluso en otro establecimiento, pero ello no implica que deba percibir un salario básico por cada una de las empresas. En el *sub lite*, la demandada sostuvo que la accionante pasó a desempeñarse para Mapfre Seguros de Vida SA y que ésta le reconoció su antigüedad y, al producirse el despido, le abonó las indemnizaciones de ley teniendo en cuenta precisamente esa antigüedad.

En definitiva, existió un solo vínculo por lo que la trabajadora es acreedora a un solo salario básico por el cumplimiento de la jornada normal de trabajo. Repárese que los testigos que declararon en autos dan cuenta de que la actora respondía a un mismo jefe y que se desempeñaba en una única oficina y en la misma sede, aunque revisaba formularios de seguros correspondientes a varias empresas por lo que no puede afirmarse que la actora celebró tres contratos de trabajo distintos sino uno solo.

Los contratos realizados entre las partes tienen fuerza vinculante para ellas en los términos del artículo 1197 del Cód. Civil de Vélez (vigente al momento en que ocurrieron los hechos) siempre que no se viole el orden público de protección o de dirección, supuestos en los cuales el contrato pierde su fuerza vinculante por hallarse privado de efectos en todo o en parte (artículos 953 y 1039 del Cód. Civil de Vélez), a las pautas de la contratación debe remitirse el intérprete.

En el caso, de los hechos descriptos en los escritos introductorios y de lo que surge de la prueba testimonial rendida se evidencia que las partes acordaron que el trabajo para distintos miembros de un mismo grupo económico fuera regido como un contrato único por lo que ha de estarse a las cláusulas contractuales que tienen pleno efecto vinculante.

En base a todo lo expuesto, corresponde confirmar el decisorio de grado en cuanto rechaza la pretensión contra Mapfre Argentina Seguros SA y Mapfre Argentina ART SA.

En lo que respecta a las diferencias salariales reclamadas contra Mapfre Seguros de Vida SA, cabe aclarar que dada la so-

lución propuesta se impone también confirmar el rechazo de la pretensión en este punto.

Ello así, porque la propia trabajadora al iniciar la demanda contra Mapfre Argentina Seguros SA afirmó que percibió desde el inicio de la relación laboral el sueldo básico y los adicionales correspondientes al convenio N° 264/95 para la categoría de empleados grupo III “controller” (v. fs. 10) sin cuestionar ese encuadre convencional.

Tratándose de un único vínculo laboral y dado que a partir de 2006 pasó a desempeñarse para Mapfre Argentina Seguros de Vida SA reconociéndole esta última su antigüedad sin que se hubieran modificado las tareas cumplidas, no corresponde hacer lugar a las diferencias salariales por erróneo encuadre convencional.

En efecto, la actora inició una demanda contra Mapfre Argentina Seguros de Vida SA —que fue acumulada a la presente— y reclamó diferencias salariales por supuesta errónea aplicación del CCT 264/95 ya que señaló que resultaba de aplicación el CCT 283/97. Señaló en dicha oportunidad que revistió en la categoría de “analista” pero, sin embargo, de la lectura de ese escrito de evidencia que sostuvo que “luego de la cesión de contrato de trabajo, las tareas cumplidas por la accionante continuaron siendo las mismas” (v. fs. 265 vta.).

Tampoco especificó al demandar por qué sus tareas encuadrarían en las de “analista” conforme el CCT 283/97 ni menos aún explicó en qué consiste esa categoría por lo que, tal como sostuvo la magistrada de grado, la demanda en este punto no cumple con los recaudos del art. 65, LO En efecto, la accionante no especificó en forma pormenorizada los hechos constitutivos de su pretensión e introdujo en la liquidación un reclamo por diferencias salariales con invocación de ese convenio.

Aun cuando la demandada hubiera estado representada en el CCT 283/97, lo cierto es que la actora no probó que hubiera realizado tareas que implicaran una errónea categorización ni que efectivamente debiera estar encuadrada en la categoría de “analista”, tal como pretende.

Repárese que de la lectura del CCT 283/97 surge que la categoría de “Analista” corresponde a “aquel empleado que posee conocimientos especializados y habilidades homologados por Institutos de Enseñanza habilitados o reconocidos, para desenvolverse en su respectiva área técnica (ejemplo: económico financiera, actuarial y técnica de seguros y riesgos, marketing, recursos humanos, etc.)” sin que la accionante hubiera invocado y mucho menos acreditado que reúna esas características a fin de ser encuadrada en dicha categoría.

Por el contrario, el testigo Q. (fs. 486/487) declaró que Díaz estaba en la parte de administración y que el dicente presentaba solicitudes de distintos tipos de seguros, vida, automotores, ART, seguros de vivienda “que se los entregaba a V. D., que la actora lo que hacía era controlar que estuvieran bien todas las solicitudes y emitía los seguros” (v. fs. 486), lo que revela que se trató de una tarea administrativa que no involucraba únicamente los seguros de vida.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia de grado también en este punto.

De las constancias adjuntadas con la contestación de demanda (v. fs. 305/310) surge que la empleadora cumplió con la obligación contenida en el art. 80 de la LCT por lo que corresponde confirmar la sentencia de grado en este aspecto. Repárese que expresamente dejó constancia de haber efec-

tuado los aportes y contribuciones correspondientes durante todo el vínculo laboral y, además, expresamente asentó el reconocimiento de antigüedad efectuado consignando que la actora ingresó a trabajar para Mapfre Argentina Seguros SA el 15/3/2004, por lo que corresponde desestimar la queja también en este aspecto.

III. Teniendo en cuenta la naturaleza, alcance, tiempo, calidad y resultado de la tarea realizada, y el valor económico del litigio, estimo que los honorarios regulados al perito contador no son elevados en tanto los correspondientes al patrocinio y representación letrada de la parte actora no resultan reducidos (cfr. arts. 38 LO, 6º, 7º, 9º, 19, 37 y 39 de la ley 21.839; arts. 3º, incs. b) y g) y 12 dcto.-ley 16.638/1957).

IV. En virtud del resultado obtenido en esta instancia, corresponde imponer las costas de alzada a cargo de la parte actora (conf. art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) y regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora y cada una de las demandadas, por su actuación en la alzada, el 30% de lo que a cada una le corresponda percibir por la labor desplegada en primera instancia (conf. Ley de Aranceles Profesionales).

La doctora *Ferdman* dijo:

Que por análogos fundamentos adhiere al voto del vocal preopinante. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el Tribunal resuelve: 1) Confirmar la sentencia de grado en todo lo que ha sido materia de recursos y agravios; 2) Imponer las costas de alzada a cargo de la parte actora; 3) Regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora y cada una de las demandadas, por su actuación en la alzada, el 30% de lo que a cada una le corresponda percibir por la labor desplegada en primera instancia. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1º de la ley 26.856 y punto 4 de la Acordadas CSJN 15/13, punto 4 y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la vocalía 1 se encuentra vacante (art. 109, R.J.N.). — *Enrique N. Arias Gibert.* — *Beatriz E. Ferdman.*

## Acción de amparo

**Servicio Penitenciario Federal. Acto administrativo. Pase a disponibilidad de un agente. Ausencia de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Rechazo de la acción.**

**Hechos:** *Un agente del servicio penitenciario interpuso acción de amparo a fin de que se lo reincorpore en su puesto de trabajo. El juez rechazó la acción y la Cámara confirmó la sentencia.*

1. - La acción de amparo interpuesta por un agente del servicio penitenciario federal a fin de que se lo reinstale en su empleo debe ser rechazada, pues la documental acompañada y sus dichos no alcanzan para calificar de manifiesta la arbitrariedad que nulificaría el acto impugnado, máxime cuando el actor indica que fue despedido pero del acto surge que fue pasado a disponibilidad a los fines del retiro obligatorio situaciones ambas con efectos jurídicos totalmente diferentes, todo ello considerando la excepcionalidad de la vía, supeditada a la inexistencia de otra —judicial o administrativa— más idónea, es decir, apta para brindar una respuesta rápida y efectiva a su reclamo donde pueda desarrollarse el debate y la prueba.

2. - La acción de amparo interpuesta por un agente del servicio penitenciario federal a fin de que se lo reinstale en su empleo debe ser rechazada, pues las apreciaciones formuladas por la Junta de Calificaciones de las Fuerzas de Seguridad con respecto a la aptitud de los agentes para ascender, conservar el grado, ser dados de baja, pasar a situación de disponibilidad o de retiro, comportan el ejercicio de una actividad discrecional que, como regla, no es susceptible de revisión judicial, excepto que del examen de su legalidad surja un supuesto de arbitrariedad o irrazonabilidad, circunstancia que no se verificó *prima facie* en el caso, ello sin perjuicio del derecho del actor a ocurrir por la vía procesal que corresponda, con la amplitud de debate y prueba que requiere el caso.

3. - La acción de amparo interpuesta debe ser rechazada *in limine*, pues la decisión del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal que dispuso declarar en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio al amparista se enmarca dentro del ámbito de apreciación permitido a la autoridad que la ha dictado y no puede ser revisada judicialmente, salvo supuestos de manifiesta injusticia o arbitrariedad, la que no aparece palmariamente, como requiere la vía expedita que eligió el accionante (del voto de la Dra. Silvia Mónica Fariña).

122.047 — CFed. Bahía Blanca, sala I, 10/04/2019. - Medrano, Javier c. Ministerio de Justicia y DD HH - SPF s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/5080/2019]

2ª Instancia. — Bahía Blanca, abril 10 de 2019.

El doctor *Amabile* dijo:

1. El Sr. Juez de grado rechazó *in limine* la acción de amparo sosteniendo que lo pretendido por el actor en el caso excede la acción de amparo, no solo por existir otras vías procesales que protegen su derecho constitucional, sino porque la arbitrariedad denunciada no surge en forma manifiesta y se requiere una mayor amplitud de debate y prueba. Asimismo, impuso las costas a la actora.

2. Contra lo así resuelto, a fs. 72/78 vta., apeló el actor, solicitando su revocación. En síntesis, se agravia en cuanto a que la resolución de grado: a) adopta una postura pro-administración divorciada del principio tuitivo que impregna la relación laboral pues en definitiva el acto administrativo es un despido injustificado bajo el velo de potestad administrativa; b) es harto lesivo del artículo 31 de la Carta Magna y antepone una ortodoxia exegética al texto constitucional; c) se trata de un despido encubierto bajo el velo de aparente legitimidad que le confiere la presunción de legitimidad que caracteriza al acto administrativo; d) que en su caso particular el daño resulta agravado e irreparable porque es el único sustento económico de su hogar y es padre de un niño discapacitado de por vida y, e) por último, las demás vías procesales no son aptas para dar respuesta a los planteos formulados.

3. El Sr. Fiscal a cargo de la Fiscalía General, asumió intervención a fs. 83/84 vta., propiciando hacer lugar al recurso. Sostiene que la reparación de los perjuicios invocados requiere una acción judicial rápida y expedita y la vía administrativa no es más idónea en cuanto a la celeridad, eficacia y sencillez con relación a los derechos involucrados.

4. Previo a resolver, cabe indicar que no es obligación examinar todos y cada uno de los argumentos propuestos a consideración

de la Alzada, sino sólo aquéllos que sean conducentes para fundar sus conclusiones y resulten decisivos para la solución del caso (Fallos: 310:1835; 311:1191; 320:2289, entre otros).

5. Ahora bien, para decidir sobre la procedencia de la vía se deben considerar las circunstancias especiales de cada caso, teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones, los derechos que se pretenden tutelar y la palmaria comprobación de arbitrariedad o ilegalidad en el accionar del contendiente.

6. En el *sub examine* se trata de una pretensión laboral de reinstalación en el empleo. Se alega la afectación del derecho a trabajar, el derecho a la carrera administrativa y el derecho a alcanzar un mayor grado, conculcados —según manifiesta el amparista— por un acto ilícito del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal.

Es jurisprudencia de la CSJN que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a que aluden los arts. 1º de la ley 16.986 y 43 de la Constitución Nacional, requieren que la lesión de los derechos y garantías constitucionales resulte del acto u omisión en forma clara e inequívoca, sin necesidad de amplio debate y prueba (Fallos: 310: 576).

La documental acompañada al iniciar la presente acción de amparo, más los dichos esbozados en ocasión de fundar su acción, no alcanzan para calificar de manifiesta la arbitrariedad que nulificaría el acto impugnado, máxime cuando el actor indica que fue *despedido*, pero del acto impugnado surge que fue *pasado a disponibilidad a los fines del retiro obligatorio* (cfr. fs. 28), situaciones ambas con efectos jurídicos totalmente diferentes.

Además, debe tenerse en cuenta que la procedencia del amparo es excepcional —está supeditado a la inexistencia de otra vía judicial o administrativa más idónea, es decir, apta para brindar una respuesta rápida y efectiva a su reclamo—.

7. “La acción de amparo no se encuentra programada para actos de la autoridad que no sean manifiestamente ilegales o arbitrarios...” (...) “...Debe tratarse pues, de algo “descubierto, patente, claro”, según explícita el diccionario de la lengua. La doctrina y jurisprudencia nacionales, en el mismo sentido han exigido que los vicios citados sean inequívocos...” (v. Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional, Acción de Amparo*, Ed. Astrea, 1988, ps. 110/115).

Sentado ello, es dable señalar que esta garantía constitucional está prevista en el artículo 43 de la Ley Fundamental. El citado precepto establece, en referencia a la viabilidad de este tipo de procesos, que la defensa del derecho lesionado no debe encontrar reparación por vía de otro medio judicial que resulte más idóneo. Esta pauta obliga al juez a ponderar la configuración de los recaudos que habilitan el empleo de esta vía. La razón de este requerimiento fue explicado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Kot” (Fallos: 241:302), donde se sostuvo que “...los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia —lo mismo que sucede en muchas otras cuestiones de su alto ministerio— a fin de no decidir, por el sumarisimo procedimiento de esta garantía constitucional cuestiones susceptibles de mayor debate y que correspondan resolver de acuerdo a los procedimientos ordinarios”. Por lo tanto, el artículo 43 citado debe ser interpretado de manera razonable, sin que se desprotejan los derechos esenciales ni tampoco se consagre al amparo como única vía judicial.

Ello así, debido a que la garantía prevista por el constituyente, no viene a suplantar los otros procesos previstos en el Código de rito, ni significa que ciertos derechos vulnerados no puedan lograr su satisfacción mediante el uso de los procedimientos ordinarios. En este sentido, el Alto Tribunal tiene dicho que

la acción de amparo no es la única apta para la salvaguarda de los derechos y garantías constitucionales o legales (Fallos: 310:877).

Ahora bien, dada la celeridad que es propia de este tipo de proceso, la arbitrariedad o ilegalidad alegada, debe presentarse sin necesidad de mayor debate y prueba. Es decir, el juez debe advertir sin asomo de duda, que se encuentra frente a una situación palmariamente ilegal o resultante de una irrazonable voluntad del sujeto demandado. Lo expuesto no significa que no pueda producirse actividad probatoria, sino que ella debe ser compatible con la sumariedad que es propia del amparo, dado que éste se encuentra al servicio de la urgencia del caso y, por tanto, ha sido previsto para situaciones que no admiten demora, toda vez que, no habría razón para evitar los restantes cauces procesales que pudieran resultar procedentes, respe-

tándose la amplitud probatoria (“Nova, Aldo I. c. ENM Seguridad GN s/ amparo ley 16.986”, 30.477/2016, Cámara Contencioso Administrativo Federal, Sala V).

Asimismo, cabe recordar que reiteradamente se ha sostenido que las apreciaciones formuladas por la Junta de Calificaciones de las Fuerzas de Seguridad con respecto a la aptitud de los agentes para ascender, conservar el grado, ser dados de baja, pasar a situación de disponibilidad o de retiro, comportan el ejercicio de una actividad discrecional que como regla, no es susceptible de revisión judicial —pues se confiere a los órganos específicos esa capacidad de apreciación, en cada caso concreto, con sustento en el principio cardinal de división de poderes—, excepto que del examen de su legalidad surja un supuesto de arbitrariedad o irrazonabilidad (cfr. Fallos: 302:1650 y 1584;

303:559; 320:147), circunstancias que no se verifican *prima facie* en autos.

En cuanto a la calificación, conforme ya lo ha establecido la jurisprudencia, al constituir un juicio de mérito, tiene carácter relativo, por cuanto también depende del desempeño de los restantes agentes del mismo escalafón y grado considerados en cada caso, tanto para la disponibilidad a los fines del retiro como para el ascenso al grado superior.

De las constancias obrantes en autos tampoco resulta cuántos agentes del mismo escalafón y grado fueron considerados para producir las vacantes mínimas necesarias; cuántos de ellos fueron efectivamente pasados a retiro y cómo habían sido respectivamente calificados por sus jefes, y cómo lo fueron por la Junta que formuló la apreciación final, compartida por los órganos superiores; según lo previsto en el inc. b, art. 57 y en el inc. a, art. 101 y cc., Ley 20.416, y de la reglamentación relativa al modo en que deben proceder las Juntas de Calificaciones en orden a la propuesta de vacantes y de ascensos contenida en el Decreto 54/1976. En particular, de los antecedentes agregados a la causa no surge, con la claridad suficiente que el acto cuestionado sea nulo o inválido como para ordenar la reincorporación del interesado. (“Aponte, Rubén Héctor vs. Estado Nacional y otros s. Amparo Ley 16.986” CNCAF, Sala V; 08/08/2017; Rubinzal Online; 77128/2015; RC J 5992/17).

8. Por todo lo expuesto se colige que la acción de amparo es de excepción, contra actos manifiestamente arbitrarios y su utilización está sujeta a la demostración por parte del pretendiente que el daño concreto y grave ocasionado solo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la acción urgente y expedita del amparo, lo que no acontece en autos.

Ello, sin perjuicio del derecho del actor a ocurrir por la vía procesal que corresponda, con la amplitud de debate y prueba que requiere el caso.

En consecuencia, propongo al acuerdo: Rechazar el recurso de apelación de fs. 72/78 vta. y confirmar la resolución de fs. 69/70 vta. que rechazó *in limine* la acción de amparo impetrada por Eduardo Javier Medrano, sin costas en esta instancia por no haber contraparte (art. 68, 2do. párr., del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

Así lo voto.

La doctora Fariña dijo:

Tal como fuera señalado en el voto que encabeza el acuerdo, el señor juez de grado rechazó *in limine* la acción de amparo interpuesta por Eduardo Javier Medrano, porque excede la acción de amparo, atento existen otras vías procesales que protegen su derecho constitucional y porque la arbitrariedad que denuncia no surge en forma manifiesta requiriendo mayor amplitud de debate y prueba.

Los agravios de la parte actora han sido correctamente descriptos en el voto que me precede, por lo que los doy por reproducidos.

Que en síntesis los mismos atacan la decisión del *a quo* pretendiendo la resolución favorable a su postura en cuanto solicita por vía de amparo, se revoque la decisión

administrativa que impugna, ordenándose al Servicio Penitenciario Federal a mantenerlo como agente activo.

A fin de dar respuesta al recurso intentado, cabe dejar sentado en primer lugar que el derecho a la tutela judicial efectiva, —derivado del art. 18 de la Constitución Nacional—, así como de los instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad, como el Pacto de San José de Costa Rica, Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre— no se contradice con la obligatoriedad de cumplir con el procedimiento administrativo, previsto para el caso concreto.

Ello en virtud de que el amparo —remedio sencillo y rápido para la defensa de los derechos—, es una vía excepcional a la que cabe ocurrir ante la inexistencia de otro medio judicial más idóneo.

Lo dicho *supra* respecto de la vía del amparo, no puede implicar soslayar el remedio que fue previsto específicamente por el legislador como la más idónea para su tratamiento y resolución.

Que, por su parte, como lo sostuvo la CSJN en Fallos: 327:4185, y en el marco del caso en examen, la vía administrativa, puede ser la que mejor resguarde el derecho del recurrente, atento que supone la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas decisión útil relativa a sus derechos, y concluir con el dictado de una decisión fundada.

En el caso, a fs. 25/29 se agrega el Boletín Público Penitenciario N° 3466, donde se lee la decisión del Director Nacional del Servicio Penitenciario Federal que, —previa convocatoria de la Junta de Calificación del personal subalterno, conforme el art. 76, inc. c) de la LO del Servicio Penitenciario Federal, en concordancia con lo normado por el art. 101, inc. de ese cuerpo y arts. 29, 29 bis, 32, 55 y 56 del Reglamento de Calificaciones, Ascensos y Eliminaciones del Personal del SPF (decreto 54/1976)— dispone declarar en disponibilidad a los efectos del retiro obligatorio del amparista.

Esta resolución a la luz de lo que expresamente prevé la normativa citada en la decisión impugnada, y que enmarca el ámbito de apreciación permitido a la autoridad que la ha dictado, no puede ser revisado judicialmente, salvo supuestos de manifiesta injusticia o arbitrariedad, lo que no aparece palmariamente, como requiere la vía expedita que ha elegido el accionante.

Por todo ello, y en forma coincidente con lo expuesto en el voto precedente, entiendo que el decisorio de primera instancia se encuentra ajustado a derecho.

Es mi voto.

Por ello, se resuelve: Rechazar el recurso de apelación de fs. 72/78 vta. y confirmar la resolución de fs. 69/70 vta. que rechazó *in limine* la acción de amparo impetrada por Eduardo Javier Medrano, sin costas en esta instancia por no haber contraparte (art. 68, 2do. párr., del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N° 15/13 y 24/13) y devuélvase. El doctor Pablo A. Candisano Mera no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN). — Silvia M. Fariña. — Roberto D. Amabile.

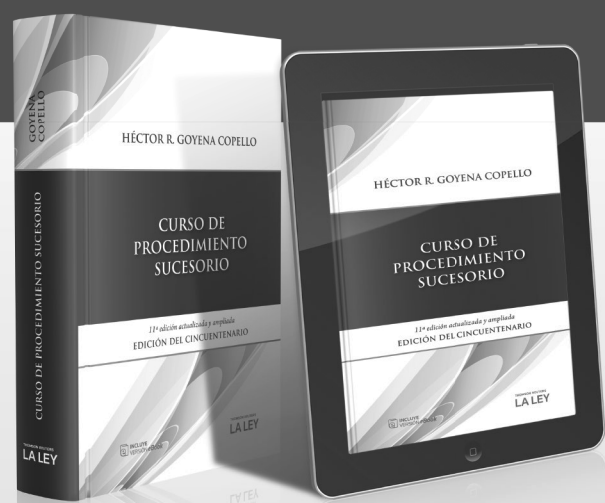
THOMSON REUTERS  
LA LEY

Información confiable  
que avala sus argumentos.

## CURSO DE PROCEDIMIENTO SUCESORIO

11va. edición actualizada y ampliada

Héctor Roberto Goyena Copello




  
1 tomo + eBook

A cincuenta años de su 1ª edición, esta obra se presenta con nuevos fallos, nuevas corrientes en la doctrina y jurisprudencia, y con normas sustantivas renovadas e incursionando también en el derecho adjetivo.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253**  
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra nueva página  
de  LinkedIn con **contenido específico** para abogados.

 ThomsonReutersLaLey  
 @TRLaLey  
 ThomsonReutersLatam