

## Algunas consideraciones sobre el caso Fontevecchia

*Ricardo Porto*

### Resumen

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Fontevecchia y Damico vs. Argentina, debió resolver la traumática convergencia entre la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y el interés de la sociedad de conocer ciertos hechos referidos a asuntos públicos.

Específicamente, tuvo que determinar si un conjunto de notas periodísticas y fotografías publicadas por la revista Noticias, que daban cuenta de la existencia de un hijo extramatrimonial del ex Presidente Menem y su relación con la madre del mismo, la ex diputada Martha Meza, constituían un legítimo ejercicio de la libertad de expresión; o si, por el contrario, la difusión de esos hechos implicaba la violación de la privacidad del Dr. Menem.

La sentencia tuvo en cuenta un tercer protagonista de esta historia: la sociedad argentina y su derecho a estar debidamente informada sobre asuntos de interés público.

El caso llegó a la Corte, luego la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y ante la sentencia adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, que había considerado que las mencionadas publicaciones habían violado el derecho a la vida privada del Dr. Menem, y, consecuentemente, había condenado a Jorge Fontevecchia y Eduardo Damico, Director y Editor de la revista Noticias, respectivamente, al pago de una fuerte suma de dinero como forma de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al ex presidente.

En su sentencia, la Corte Interamericana consideró que el Estado Argentino había violado la libertad de expresión de los citados periodistas, contemplada en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y ordenó dejar sin efecto la condena impuesta

por el máximo tribunal argentino, reintegrar los montos abonados por los demandados y publicar la sentencia.

### **Los hechos**

En noviembre de 1995 la revista Noticias publicó una serie de notas en donde se informaba sobre la relación del ex presidente Carlos Menem y la ex diputada Marta Meza y del hijo de ambos, Carlos Nair, no reconocido por Menem. Asimismo, se daba cuenta de los regalos de gran valor económico que éste le hacía a Meza y Carlos Nair.

Las notas estaban acompañadas de fotografías de este grupo familiar, tomadas en las residencias oficiales de Olivos y de Chapadmalal. Según se probara en la causa, tales fotografías fueron tomadas con el consentimiento del mandatario y entregadas por la Dirección de Prensa de la Presidencia de la Nación. Esto es importante, ya que no hubo ingreso indebido a lugares restringidos, ni fotos sacadas por medios tecnológicos sofisticados y sin conocimiento del fotografiado.

Frente a esta publicación, el ex presidente Menem demandó a la Editorial Perfil, titular de la revista Noticias y a los señores Jorge Fontevecchia y Eduardo Damico, Director y Editor de la revista Noticias, respectivamente, por violación al derecho a la intimidad, reclamando un resarcimiento económico.

La justicia de primera instancia rechazó la demanda. Pero la Cámara de Apelaciones, y luego la Corte Suprema de Justicia de la Nación, revocaron tal sentencia y, finalmente, consideraron que se había violado el derecho a la intimidad del Dr. Menem, tomando como eje central lo dispuesto en el artículo 1071 bis del Código Civil, que condena al que arbitrariamente se entromete en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad.

Con base a ello, condenó a los demandados a pagar la suma de \$ 60.000. Se trataba de una fuerte condena, que representaba 50 salarios

promedios de un periodista y que tenía, en consecuencia, un claro efecto inhibitor para el periodismo.

No debe dejar de advertirse que, por entonces, existía una decidida ofensiva por parte de los funcionarios públicos contra el periodismo; no solo concretado mediante la interposición de demandas judiciales por supuestas afectaciones al honor o intimidad; sino también agresiones físicas. Por caso, en 1997 tuvo lugar el asesinato del fotógrafo de la revista Noticias, José Luíz Cabezas.

### **Los derechos en pugna**

La Corte Interamericana tuvo que conciliar los dos derechos en pugna: la libertad de expresión y el derecho a la intimidad; ambos protegidos por la Convención Americana de Derechos Humanos.

### **Artículo 11 Protección de la honra y de la dignidad**

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.
2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.
3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.

### **Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión**

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.
2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
  - a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

No obstante ello, además de estos dos derechos, que encabezaban la revista Noticias y el ex presidente, la Corte Interamericana consideró un tercer protagonista en esta historia: la sociedad argentina, que tenía derecho a estar debidamente informada acerca de temas de interés público. Para ello, debe tenerse en cuenta lo afirmado en la Opinión Consultiva 5/85, que considera el doble sentido de la libertad de expresión, como derecho individual a dar a conocer sus ideas, y como el derecho social a estar debidamente informado.

### **Los fundamentos de la Corte**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realizó un conjunto de consideraciones sobre el tema a resolver.

En primer lugar, se encargó de destacar la importancia sustantiva de la libertad de expresión en una sociedad democrática.

Sobre el particular, es preciso recordar que el Principio 1 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, expresa que: “La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.

De allí radica el doble fundamento de la libertad de expresión: derecho individual que permite la realización personal, y, a la vez, instrumento vital de una sociedad democrática. Carlos Nino fundamentaba la

libertad de expresión en el hecho que ella permitía ampliar la autonomía personal y enriquecer el debate colectivo.

Esta doble fundamentación de la libertad de expresión la diferencia de otros derechos, como a la intimidad, que, básicamente, protege un interés individual, y carece, por tanto, de ese componente instrumental estratégico del funcionamiento de la democracia.

En ese orden, la Corte recordó que los medios de comunicación son un vehículo esencial para el ejercicio de la dimensión social de la libertad de expresión en una sociedad democrática, destacando que, a diferencia de otras profesiones, el periodismo es una de las actividades específicamente garantizadas por la Convención.

Un aspecto central en el fallo de la Corte es el referido a la situación de los funcionarios públicos frente a la prensa. En ese orden, en primer lugar, el tribunal se encargó de recordar que los funcionarios públicos, al igual que cualquier otra persona, están amparados por la protección a su intimidad, que consagra el mencionado artículo 11 de la Convención.

No obstante, a continuación, el fallo destaca el diferente umbral de protección de los funcionarios públicos, sobre todo si ellos son elegidos popularmente, más aún, si se trata del presidente de la Nación.

En el caso concreto, la Corte, luego de analizar detenidamente las publicaciones y las fotografías, consideró que tal producción periodística constituía un asunto de interés público, respecto del cual la sociedad tenía legítimo interés en estar informada. Al respecto, el fallo hace referencia al mayor escrutinio social, no solo sobre las actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones, sino también aspectos que, en principio, podrían estar vinculados a la vida privada del ex Presidente Menem, pero que revelaban asuntos de interés público.

Al respecto, el tribunal precisa que se informaba sobre la existencia de un hijo no reconocido por Menem, lo cual reflejaba el incumplimiento de una obligación legal y moral, los regalos que le hacía a otra

funcionaria pública, como era la ex diputada Martha Meza, y su consecuente incremento patrimonial, que podría haber sido consecuencia de una indebida utilización de fondos públicos, favores políticos y económicos realizados por el ex Presidente a parientes de la señora Meza, entre otras cuestiones. Todo ello se vinculaba a la integridad de los funcionarios públicos.

Como fuera señalado anteriormente, también se precisó que las fotografías no habían sido tomadas sin el consentimiento del Dr. Menem.

Por otra parte, el fallo recordó que toda esa información ya había tomado estado público con anterioridad a la difusión realizada por la revista Noticias.

En este punto, referido a las dos cuestiones abordadas por la Corte Interamericana: tratamiento periodístico respecto a funcionarios y personalidades públicas y a la obtención de fotografías, resulta interesante traer a colación las reglas existentes en dos periódicos argentinos sobre el particular.

En ese orden, el “Manual de Estilo” del diario Clarín indica:

“La interpretación judicial establece una diferencia sustancial entre las personas que son figuras públicas de aquellas que no lo son. En los casos de las noticias que puedan afectar la reputación de personas que no son figuras públicas, el derecho constitucional a la libre expresión e información no puede ser ejercido en detrimento de otros derechos constitucionales, como el de preservar la integridad moral y el honor de las personas”.

“En el caso de personas que no son figuras públicas, el diario es siempre responsable por la difusión de información que pueda afectar su reputación. El hecho de que el diario no haya tenido intención de difamar, calumniar o injurias no lo exime de responsabilidad”.

“Por lo tanto, cuando se publique en forma asertiva una información que pueda afectar la reputación de personas que no son figuras públicas siempre debe especificarse la fuente que proporcionó la información, que es lo ideal y recomendable. Cuando no se pueda especificar la fuente, se deberá mantener rigurosamente en reserva la identidad de los implicados”.

Finalmente, el “Manual de Estilo” del diario Clarín señala:

“En el caso de las personas que son figuras públicas cambia la relación entre el derecho de la prensa a informar y los derechos individuales que puedan verse afectados por la publicación de comentarios lesivos. La doctrina de la Real Malicia ampara a la prensa ante acusaciones por agravios, referidas a funcionarios o figuras públicas, o a personas particulares involucradas en cuestiones de interés público. En este caso, los afectados deberán demostrar que el periodista conocía la falsedad de la información, o que se manejó con notoria despreocupación sobre si era falsa o no, o que obró con real malicia, con el objetivo de injuriar o calumniar”.

En relación a la obtención de información y fotografías, el “Manual de Estilo y Etica Periodística” de La Nación (1997) destaca:

“Acceso a las Noticias. Los profesionales de La Nación utilizarán sólo procedimientos honorables para obtener informaciones, fotografías, entrevistas, y cualquier otro material necesario para su trabajo”.

Por su parte, el “Manual de Estilo” del diario Clarín (1997) señala:

“No se admite la publicación de fotografías cuya obtención haya exigido la violación de la intimidad de los personajes fotografiados. Se considera violación de la intimidad cuando el teleobjetivo atraviesa una pared, ventana, cortina, etc. Sólo en casos excepcionales, cuando el valor periodístico de la fotografía lo justifique, su publicación queda a consideración del editor responsable”.

Finalmente, cabe comparar lo resuelto por la Corte Interamericana con lo dictaminado por la CSJN en el célebre caso Ponzetti de Balbín. Allí nuestro más alto tribunal condenó a la editorial Atlántida, que publicaba la revista Gente, por violación del derecho a la intimidad, por la difusión de las controvertidas fotografías tomadas sin el consentimiento de la familia del Dr. Ricardo Balbín, en una sala de terapia intensiva de un sanatorio. Por lo demás, si bien no se trataba de un funcionario público, sino de una personalidad pública –un conocido político radical- se tomó especialmente en cuenta la personalidad de Balbín, poco inclinada a la sobre exposición mediática, al momento de condenar tal publicación.

### **La sentencia de la Corte Interamericana. Fortalezas y debilidades**

Por las razones citadas anteriormente, el la Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que no hubo una injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada del ex presidente Menem en los términos del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y que, por el contrario, las publicaciones cuestionadas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión reconocido por el artículo 13 del mencionado tratado.

Como consecuencia de ello, la Corte afirmó que la medida de responsabilidad ulterior impuesta por la Corte Suprema de la Nación Argentina violó la libertad de pensamiento y expresión de los señores Fontevecchia y Damico.

En función de todo lo expuesto, el fallo ordena al Estado Argentino dejar sin efecto la condena civil impuesta a los mencionados periodistas y reintegrar lo abonado por ellos. Además, dispuso la publicación de la sentencia en el Boletín Oficial, en el Centro de Información Judicial de la CSJN y en un diario de amplia circulación.

A mi entender, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resolvió adecuadamente el conflicto entre libertad de expresión y el derecho a la privacidad de los funcionarios públicos, sosteniendo el doble rol de la libertad de expresión, como derecho individual y social

y retomando lo afirmado en la Opinión Consultiva 5/85 sobre este derecho como piedra angular de una sociedad democrática, privilegiando la necesidad de robustecer el debate incisivo sobre los asuntos de interés público.

Por último, cabe señalar que quienes critican a este fallo no lo hacen por lo que dice, sino por lo que se omite. La Corte sostuvo que el marco que provee el artículo 1071 bis del Código Civil, respecto de los daños y perjuicios en casos de calumnias e injurias, no violaba lo establecido en la Convención Americana en su artículo 2. La ley civil, conforme lo interpreta la Corte, puede y debe tener parámetros más amplios que la penal. La aplicación de las restricciones a la libertad de expresión de manera proporcionada, necesaria y legal descansaría entonces exclusivamente sobre la interpretación judicial que los tribunales hagan de las leyes civiles (La Ley y la Palabra)

Durante el proceso, los peritos Roberto Saba y Julio Rivera habían afirmado que el citado artículo 1071 bis era una norma vaga y excesivamente amplia, tanto en orden a las conductas prohibidas como en materia de cuantificación del daño moral; lo que resulta particularmente problemático para la libertad de expresión, ya que genera un efecto disuasivo e intimidatorio y, además, permite una aplicación selectiva y discriminatoria.

Por todo ello, en el actual marco de debate de reforma del Código Civil y Comercial, entidades como el CELS, FOPEA y el Sindicato de Prensa de Rosario, han presentado propuestas para modificar el nuevo texto, -art.1770- que reproduce, casi textualmente, el polémico artículo 1071 bis.

Ricardo Porto