

Diferencias terminológicas y conceptuales en materia de privacidad

por SANTIAGO LEGARRE^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. EL ANÁLISIS *MARKS* APLICADO A “PONZETTI DE BALBÍN”. – III. PRIVACIDAD E INTIMIDAD: TÉRMINOS Y CONCEPTOS. – IV. LOS APORTES DEL PROFESOR NIÑO. – V. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictada en el caso “Ponzetti de Balbín” (1984)⁽¹⁾ está compuesta de tres votos que concurren en el resultado de confirmar el fallo de la instancia anterior. Si la decisión de nuestra Corte hubiera sido dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos, se la habría considerado una sentencia sin mayoría⁽²⁾, pero susceptible de lo que allá se llama “el análisis *Marks*”⁽³⁾. Este análisis permite, en casos de este tipo, intentar la reconstrucción de una mayoría a partir de los fundamentos de los diversos votos concurrentes. Se los pone uno al lado del otro, como quien dice, y se busca el común denominador entre los distintos votos concurrentes; si se lo encuentra, entonces eso que tienen en común es considerado, ficción mediante, el voto mayoritario –o sea, un mismo documento firmado por una mayoría de jueces– (“ficción mediante”, porque en la realidad no hay tal documento sino varios “documentos concurrentes”; pero se considera “voto mayoritario” a este criterio mayoritario reconstruido).

En realidad, “el análisis *Marks*” es una especie de “derivación por conclusión”⁽⁴⁾ de una regla de sentido co-

mún⁽⁵⁾. Para reconstruir un criterio mayoritario, en ausencia de un voto mayoritario, se corta por lo más fino y se deja afuera todo aquello en lo cual no estuvo de acuerdo una mayoría. Por eso puede aplicarse un criterio semejante también en la Argentina y de hecho se lo aplica, intuitivamente, cada vez que abogados y jueces queremos superar el berenjenal que significan muchas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las cuales, en lugar de una mayoría, se encuentra una multiplicidad de votos concurrentes⁽⁶⁾: a veces hasta recortamos los votos en papel y los ponemos uno al lado del otro para comparar y ver qué hay en común.

II. El análisis *Marks* aplicado a “Ponzetti de Balbín”

La aplicación a “Ponzetti de Balbín” de la regla del caso estadounidense *Marks* arroja que no hubo un común denominador entre los distintos votos en torno al asunto que a mí más me interesa en esta ocasión: la relación entre “privacidad” e “intimidad”. Sin embargo, de la reconstrucción llevada a cabo por Matías Semino surge que sí hubo acuerdo en torno a otras dos ideas, que ciertamente son relevantes para iluminar aquella relación⁽⁷⁾.

Por un lado, los tres votos en “Ponzetti” coincidieron en que las figuras públicas, a pesar de serlo, gozan de un ámbito de “privacidad”, como el resto de los habitantes de la nación⁽⁸⁾. Como veremos, esta confluencia será relevante cuando en los siguientes acápites de este trabajo enfoque los conceptos de privacidad e intimidad.

Por otro lado, en los tres votos se cita el siguiente fragmento sobre la libertad de prensa, tomado de la sentencia recogida en *Fallos* 269:189: “este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal”⁽⁹⁾. Esta segunda coincidencia es menos relevante para mi análisis en los acápites siguientes, pues gira en torno a la compatibilidad de la prohibición de censura previa con las responsabilidades ulteriores.

¿Qué podemos rescatar de los distintos votos –tomados en aquello en lo que *no* cuentan con un denominador común– en lo referente a la relación entre “privacidad” e “intimidad”? Para contestar este interrogante será conveniente sumergirse, una vez más⁽¹⁰⁾, en el mar de las diferencias terminológicas y conceptuales...

III. Privacidad e intimidad: términos y conceptos

Ya sabemos que lo contenido en los tres votos *continentes*, en definiciones de “privacidad” e “intimidad”, no congregó una mayoría (ni documental ni reconstrui-

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

(*) Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UCA) e Investigador Principal del CONICET. Agradezco los agudos comentarios de Carlos Santiago Maqueda y el apoyo de Renata Bellizzi.

(1) CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, Fallos: 306:1892, 1984.

(2) En los Estados Unidos, para que haya mayoría, más de la mitad de los jueces de la Suprema Corte deben firmar el mismo documento. En un caso como “Ponzetti”, en cambio, solo hay “mayoría en cuanto al resultado” –no “mayoría en sentido estricto”–. Véase en este sentido, y a título de ejemplo, el juego entre los siguientes tres casos que muestran la veracidad de esta aserción en los Estados Unidos, el primero y el tercero de la Corte nacional de los Estados Unidos, y el del medio de un tribunal inferior (la Suprema Corte de un Estado: Pennsylvania): *Barnes v. Glen Theatre, Inc.* 510 U.S. 560 (1991); *Pap’s A.M. v. City of Erie*, 719 A.2d 273 (Pa. 1998), y *City of Erie v. Pap’s A.M.* (2000).

(3) Se llama “*Marks*” al análisis explicado en el texto porque fue pergeñado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977), y fue seguido desde entonces por la misma Corte.

(4) “Derivación por conclusión” es terminología de Tomás de Aquino. *Summa Theologiae* II, 95 a. 2c. Véase una explicación en Finnis,

John, *Ley natural y derechos naturales*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2000, cap. X.7.

(5) Como afirmó en un caso reciente el juez Brett Kavanaugh, de la Corte norteamericana, “la aplicación de la regla del caso *Marks* es de ordinario puro sentido común”. *Ramos v. Louisiana*, 140 S. Ct. 1416 n. 6 (2020) [concurencia parcial de Kavanaugh, J.].

(6) ¡No faltan casos en que todos los jueces de nuestra Corte votan por separado, a pesar de estar de acuerdo en el resultado!

(7) Véase el excelente trabajo de Semino, Matías, “La aplicación del criterio de *Marks* al caso *Ponzetti de Balbín*” [en prensa].

(8) “Las personas célebres, los hombres públicos tienen, por lo tanto, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada”. Voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 7°; y, en igual sentido, voto del juez Petracchi, considerando 21°. En línea afín, pero con palabras distintas (sobre las que reflexionaremos oportunamente), los jueces Carrió y Fayt, luego de distinguir el carácter público de la vida de ciertas personas, agregaron: “Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión” (considerando 9°).

(9) Voto de los jueces Carrió y Fayt, considerando 5°; voto de los jueces Caballero y Belluscio, considerando 5°; voto del juez Petracchi, considerando 10°.

(10) Véase una incursión anterior en Legarre, Santiago, “Diferencias terminológicas y conceptuales en materia de tratados internacionales”, *El Derecho - Diario*, Tomo 235, 766, 11/11/2009. Cita Digital: ED-DCCLXXI-52.

da “a la *Marks*”⁽¹¹⁾. Pero, sobre todo en un país como el nuestro, donde las tradiciones del *common law* no tienen por qué seguirse, y mucho menos a rajatabla, las declaraciones y definiciones contenidas en votos concurrentes pueden gozar (y gozan), a veces, de una autoridad moral de seguimiento cuasi-obligatorio. Por eso vale la pena detenerse en algunas afirmaciones cuestionables contenidas en los distintos votos. Cuando las confusiones sean tan solo terminológicas, se las podrá disipar (con cierto esfuerzo), trascender el malentendido y aclarar qué se quiere decir. No así, en cambio, cuando se trate de diferencias conceptuales.

El principal problema terminológico consiste en que a veces (como en el voto del juez Petracchi en “Ponzetti”) se usa la palabra “privacidad” para referirse a lo que los otros votos llaman “intimidad”⁽¹²⁾. El hecho de que la “privacidad”, a la que se refiere este juez, sea en realidad la “intimidad” se ve ratificado por una afirmación, de otro modo insólita, que hace el magistrado: “Tampoco la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica contiene previsiones literales sobre el derecho a la privacidad”⁽¹³⁾. Este “tampoco” –que sugiere similar ausencia en la Constitución argentina– solamente tiene sentido si por “privacidad” el juez Petracchi *no* se refiere al derecho contenido en el artículo 19 de nuestra Ley Suprema, pues este sí que no tiene equivalente en la de los Estados Unidos: es conocida la originalidad, en este punto, del artículo 19 de nuestra Constitución, respecto de su fuente estadounidense.

Aclarada esta diferencia terminológica, encontraríamos los siguientes problemas conceptuales en “Ponzetti de Balbín”⁽¹⁴⁾. Por un lado, están en ese caso quienes tratan “privacidad” e “intimidad” como sinónimos. Así, los jueces Carrió y Fayt afirman que “en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional”⁽¹⁵⁾. Es natural que, al considerarlos sinónimos, estos magistrados consideren los dos derechos (que, en realidad, como surge del resto del voto de estos jueces, *no son dos*) amparados por una misma norma constitucional⁽¹⁶⁾.

Por otro, están quienes sostienen que lo “consagrado en el art. 19 de la Carta Magna” es “el derecho a la privacidad”, mientras que “la protección del ámbito de intimidad de las personas” no surge directamente de la Constitución sino del “derecho común”; o sea, del artículo 1071 bis del Código Civil entonces vigente. Según este criterio, el derecho a la intimidad “es la consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, o sea, el derecho a la privacidad”⁽¹⁷⁾. De modo que, en esta posición, que suscriben los jueces Caballero y Belluscio, la intimidad no sería un derecho contenido en la Constitución (a diferencia de la privacidad), pero tendría *sustento* constitucional (en el sentido de que se hallaría como en una *penumbra* del derecho a la privacidad reconocido, este sí, por el artículo 19 de la Constitución)⁽¹⁸⁾.

Esta tesis no es del todo distinta de la del juez Petracchi, aun cuando él generalmente llama “privacidad” a la intimidad, como ya vimos. Afirma Petracchi que “el mencionado artículo 1071 bis es la consecuencia de otro

derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre”⁽¹⁹⁾.

IV. Los aportes del profesor Nino

Problemas terminológicos aparte, me parece importante distinguir, *conceptualmente*, la “intimidad” de la “privacidad”; entre otras cosas porque, en mi opinión, ambas tienen expresa protección constitucional, sin perjuicio de la ampliación y especificación que por ley puedan recibir dichas protecciones constitucionales. Mi posición es, entonces, distinta de la de todos los votos en “Ponzetti de Balbín” y se acerca, en cambio, a la del profesor Carlos Santiago Nino que, en este punto, se apartó de las posturas de personas por las que generalmente experimentó afinidad ideológica, como Carrió y Petracchi⁽²⁰⁾.

La intimidad (constitucionalmente protegida por el artículo 18 de la Constitución) consiste en ciertos *datos, informaciones y sentimientos* personales; la privacidad (constitucionalmente protegida por el artículo 19 de la Constitución), en cambio, consiste en *acciones*⁽²¹⁾. En línea afín, Nino sostiene que la privacidad se refiere a “la posibilidad [...] de realizar acciones”, mientras que la intimidad denota “una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás”⁽²²⁾. Mi coincidencia con el gran profesor se extiende también, por lo que ya indiqué, al fundamento normativo que ancla cada uno de los dos derechos, pues sostiene Nino que el “derecho a la privacidad” se fundamenta en el artículo 19 de la Constitución Nacional, mientras que el “derecho de intimidad” se debe “reconstruir [...] a partir de las garantías del art. 18 al domicilio, los papeles privados y la correspondencia”⁽²³⁾.

Tanto la privacidad como la intimidad tienen sus “límites” (como todos los derechos), los cuales se encuentran especificados en los artículos de la Constitución respectivamente citados⁽²⁴⁾. Nino parece discrepar de esta afirmación en lo que al primero de estos derechos se refiere, pues sostiene preliminarmente que la privacidad consiste en la posibilidad “irrestricada”⁽²⁵⁾ de realizar acciones “privadas”⁽²⁶⁾. Mas, dado que su definición de “privado” ya incluye límites (como el no daño a terceros), podría ser que la discrepancia al respecto fuera meramente terminológica⁽²⁷⁾.

(19) Del considerando 15° del voto del juez Petracchi. Aprovecharé esta nota para subrayar el exquisito uso de la lengua castellana que sale en esta ocasión (y siempre) de “la pluma” de Enrique Santiago Petracchi. Prueba ejemplificativa de ello es el uso de expresiones como “a buena luz” (considerando 3°). Véase también la elegancia con la que arranca el segundo párrafo del considerando 11° de este voto.

(20) Véase, al respecto, “Jueces Históricos. Genaro Carrió”, disponible en la página web oficial de la Corte Suprema: <https://www.csn.gov.ar/institucional/jueces/historicos/carrio> (visitado por última vez el 18 de octubre de 2024).

(21) La Constitución Nacional en su artículo 19 se refiere a “acciones”. Mi amigo Maqueda me planteó la pregunta acerca de las “omisiones”. No supe responder, aunque me inclino a pensar que la pregunta no importa.

(22) Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 327. La jueza Carmen Argibay, en uno de sus votos, si bien en el plano terminológico usa “privacidad” e “intimidad” como sinónimos, considera que la espacialidad es relevante para el derecho que surge del artículo 18 de la Constitución Nacional, no para el que surge del 19. Véase, “Baldivieso, César Alejandro”, sentencia del 20 de abril de 2010, voto de la jueza Argibay, considerandos 6° y 7° (Fallos: 333:405). Llegué a este caso mediante el ya citado trabajo de Semino (“La aplicación del criterio de *Marks* al caso *Ponzetti de Balbín*”), quien simpatiza con el análisis de Argibay. Esta interesante postura se encuentra en las antípodas de la teoría de la espacialidad que he defendido en los distintos trabajos aludidos en la nota 24.

(23) Ídem, p. 334.

(24) Me extiendo sobre el concepto de privacidad y sobre sus “límites” en mis libros *Poder de Policía y Moralidad Pública. Fundamentos y Aplicaciones*, Ábaco, Buenos Aires, 2004, pp. 245-279 y *Ensayos de Derecho Constitucional*, Ábaco, Buenos Aires, 2014, pp. 85-146. Remito también a “Una teoría espacial de la privacidad constitucional”, mi contribución a la obra: Tomo II, Rivera, Julio C. (h), Elias, José Sebastián; Grosman, Lucas y Legarre, Santiago (eds.), *Tratado de los Derechos Constitucionales*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2014, p. 391; y, por último, y más importante “en mi humilde opinión”, Legarre, Santiago, “Presupuestos teóricos de una interpretación espacial de lo privado”, *El Derecho - Constitucional*, Tomo 282, 21/5/2019. Cita Digital: ED-DCCLXXVII-806.

(25) Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 327.

(26) Ídem.

(27) Como hace notar con generosidad y acierto la profesora Gelli, existe en todo caso, y más allá de alguna discrepancia meramente terminológica en torno a la “privacidad”, un desacuerdo conceptual entre la posición de Nino y la mía, en lo que hace al rol de la *espacialidad* en la definición de lo “privado”. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, segunda edición, 2003, p. 185, n. 539.

(11) En este sentido, la notable fractura exhibida en el caso “Ponzetti de Balbín” evidencia que el grave problema de la división interna de la Corte –cuando se traduce en una innecesaria multiplicación de votos que resuelven lo mismo– viene al menos desde la década de los ochenta. Son conocidas, en este sentido, las dificultades de su presidente, Genaro R. Carrió, para conducir un grupo de egos notoriamente fuertes. Véase su artículo, con título sintomático, “Don Quijote en el Palacio de Justicia (La Corte Suprema y sus problemas)”, *La Ley* 1989-E-1131.

(12) Del cotejo del voto del juez Petracchi (considerandos 15°, 20° y 22°) con los otros dos votos surge un solapamiento de la noción de Petracchi de privacidad con las definiciones de intimidad de los otros.

(13) Del considerando 15° del voto del juez Petracchi.

(14) También aquí me sirvió de guía el trabajo de Semino, Matías, “La aplicación del criterio de *Marks* al caso *Ponzetti de Balbín*”.

(15) Voto de los jueces Carrió y Fayt, del considerando 8°.

(16) Hago notar al pasar que este voto, firmado por dos jueces de ideas “progresistas”, apela a la “sensibilidad de toda persona normal” (considerando 10°). Me pregunto qué diría cuarenta años después el progresismo moral de una afirmación semejante.

(17) Del considerando 6° del voto de los jueces Caballero y Belluscio.

(18) La idea de “penumbra”, tomada prestada del caso estadounidense *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), es expresamente aludida en el voto del juez Petracchi, el cual, en este aspecto, es similar al de los jueces Caballero y Belluscio.

Una aproximación distinta de la aquí expuesta, pero –a diferencia de la sostenida en los distintos votos en “Ponzetti de Balbín”– compatible con aquella, consiste en sostener, como a veces se lo hace en el mundo angloparlante, que el “*right to privacy*” tiene, al menos en su entendimiento clásico, dos dimensiones: una espacial (equivalente a mi “privacidad”) y una informativa (lo que aquí se llama “intimidad”). La dimensión espacial de la privacidad así entendida brindaría un ámbito de protección frente a intrusiones injustificadas en ámbitos privados –notablemente el hogar–, mientras que la dimensión informativa brindaría protección frente a la intrusión injustificada en los datos y sentimientos personales íntimos. Con esta terminología, propia del *common law*, el caso “Ponzetti” sería uno de “privacidad informativa”. Con la terminología que compartimos con Nino, sería un caso de “intimidad”.

Sin embargo, conviene insistir, con Nino, en que en lengua española es mejor reservar la denominación “derecho a la intimidad” para esta “dimensión informativa” del *right to privacy*⁽²⁸⁾. Así se podrían evitar más fácilmente

(28) Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 327. Sin embargo, reconoce este autor que la Corte Suprema argentina a menudo usa los términos “privacidad” e “intimidad” indistintamente lo cual, según su criterio, conduce a confusiones en el encuadramiento jurídico-constitucional de los casos correspondientes. De este problema padece “Ponzetti de Balbín”, como se señala en el texto, pero lo sufren muchos casos más, como “Müller”, donde –dice Nino– “se incurre parcialmente en la misma confusión”. Ídem, p. 334. Cfr “Müller, Jorge s/denuncia”, sentencia del 13 de noviembre de 1990, *Fallos* 313:113.

confusiones como las que salpican el caso “Ponzetti de Balbín”.

V. Conclusión

La sentencia en el caso “Ponzetti de Balbín” contiene muchos aciertos. Nino llegó a decir que el “único reparo que cabe hacerle es que, en sus fundamentos, confunde en general el [...] derecho a la privacidad del art. 19” con “el derecho de intimidad [que surge] a partir de las garantías del art. 18”⁽²⁹⁾. Agrego a este reparo, acertadamente remarcado por Nino, el señalamiento de las deficiencias de la sentencia analizada en cuanto a su valor de precedente, dada la cantidad de votos concurrentes en que consiste y dada la coincidencia tan solo parcial entre los criterios que cada voto hace suyos. Un defecto de fondo y otro de forma que condicionan, en este aniversario, una valoración global positiva del famoso fallo.

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

(29) Nino, Carlos S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, p. 334.