

Bottazzi, Gonzalo Leonel

Conflicto entre derecho a la privacidad y libertad de expresión

Documento inédito

Cátedra: Derechos y Garantías Constitucionales

Dr. Acevedo Miño, Martín ; Dra. Keller, Sofia

Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Bottazzi, G. L. (2016). Conflicto entre derecho a la privacidad y libertad de expresión [en línea] Documento inédito. Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho. . Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/conflicto-derecho-privacidad-libertad.pdf> [Fecha de consulta:]



CONFLICTO ENTRE DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LIBERTAD DE EXPRESION

Nombre y Apellido: Gonzalo Leonel Bottazzi.

Carrera: Abogacía.

Profesores: Acevedo Miño, Martin

Keller, Sofia.

Tema: Derecho a la privacidad.

Fecha de entrega: 07 de octubre de 2016.

El presente trabajo se refiere al derecho a la privacidad o intimidad, haciendo una breve referencia de los derechos constitucionales y los derechos humanos para luego

enfocarnos en el derecho a la vida privada en particular. Haremos una distinción entre privacidad e intimidad, que si bien son tratados como sinónimos tienen una diferencia. A su vez trataremos el conflicto que se plantea entre diferentes derechos constitucionales y como ha de resolverse, haciendo hincapié especialmente en el derecho a la vida privada y la libertad de expresión. Para eso haremos referencia a alguna jurisprudencia y como analizan dichos derechos (“Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”; “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Veremos su protección tanto en la Constitución Nacional (art.19) como en los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional, incorporados en nuestra Constitución con la reforma de 1994 en el (art.75 inc.22): la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.5); la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art.12); y la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica (art.11). Y también mencionaremos como distintos países de Latinoamérica tratan en sus respectivas constituciones el derecho a la privacidad o intimidad y si se presenta alguna diferencia con nuestra Constitución Nacional Argentina.

Para concluir dicho trabajo de investigación nos enfocaremos en la regulación en el Código Civil y Comercial (arts.52 y 1770) y su diferencia con el Código Civil de Vélez Sarsfield (art.1071bis) y en la opinión de diferentes autores que tratan dicho tema.

1-DERECHOS CONSTITUCIONALES Y DERECHOS HUMANOS.

1.1-Introduccion.

Los derechos humanos son las *prerrogativas jurídicas necesarias para una vida digna*. Dicho de otro modo, *las condiciones necesarias para una vida digna susceptibles de ser juridizadas*¹.

Dicho tema ha tomado tal auge que se ha *internacionalizado*. La tutela de esos derechos humanos es parte del *bien común internacional*, y se refleja en numerosos instrumentos supranacionales o interestatales²(por mencionar algunos tenemos a la Convención

¹ ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2010. Tomo I, pág.119.

² SAGÜES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.613.

Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto San José de Costa Rica; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño, etc.).

Generalmente, los *derechos constitucionales* coinciden con los *derechos humanos*, pero también hay diferencias. Por ejemplo, el derecho de un argentino naturalizado a no prestar servicio militar durante los diez años posteriores a su carta de ciudadanía (art.21, Const. nacional); o de un trabajador a participar en las ganancias de su empresa (art.14bis), son derechos “constitucionales” en la Argentina, pero no específicamente llamados “derechos humanos”³.

1.2-Fundamento Ideológico

Los derechos enunciados en una constitución, como los incluidos en los catálogos habituales de los derechos humanos, están sostenidos por una o más ideologías políticas. En el ámbito del derecho comparado, los fundamentos ideológicos de los derechos constitucionales son de tipo *positivista-voluntarista* (cuando se entiende que únicamente existen por decisión estatal y en la medida en que los defina ese Estado); de raíz *iusnaturalista* (si se los juzga preexistentes y superiores a la resolución estatal de reconocerlos); de corte *individualista* (si privilegian la satisfacción de las metas de cada uno, en particular el espíritu de lucro y de acumulación ilimitada de riqueza); o *solidarista* (en el sentido de que, antes de la realización de unos bienes y derechos individuales, corresponde cubrir una serie de necesidades comunitarias mínimas, como salud, habitación o educación); de tipo *autoritario* (si el valor libertad es atendido secundariamente, prefiriéndose, en este caso, una concepción *transpersonalista* que engrosa las competencias del Estado) o, en cambio, de vertiente humanista, propicia a admitir un amplio cupo de derechos de base *personalista*⁴.

La Constitución nacional tiene una fundamentación *iusnaturalista* de los derechos constitucionales, nacen de un derecho *superior* al derecho positivo. A su vez la

³ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.614.

⁴ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.620.

Constitución tiene un conflicto entre un sector liberal-individualista y el tramo cristiano tradicional, que destaca al bienestar general como fin del Estado.

En “Quinteros, Leónidas S. C/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”⁵ la Corte Suprema admitió que la constitución era individualista, pero que también procuraba el bienestar general, es decir, el *bien común de la filosofía clásica*. Con la reforma constitucional de 1957, ésta introduce en el art.14 bis nuevos conceptos propios del Estado social de derecho, como la idea de justicia social.

El *significado* de un derecho constitucional, su *alcance y contenido*, así como su *importancia* frente al Estado, las demás personas y grupos, y los restantes derechos constitucionales, dependerá de su *enunciado* constitucional, pero más todavía, y fundamentalmente, de la *ideología* que utilice el intérprete-operados de la Constitución⁶.

1.3-Clasificación de los derechos

Con relación al tiempo, esto es en razón de su aparición histórica, es factible hablar de derechos constitucionales de *primera generación*, es decir, los propios del constitucionalismo liberal, reflejados en el caso argentino, en los arts. 14 a 18. Importan el afianzamiento de los valores *libertad, propiedad y seguridad*, y son, sustancialmente, derechos contra el Estado.

Los derechos de *segunda generación* son los propios del constitucionalismo social, son derechos concedidos principalmente a los trabajadores y a los gremios, aunque también benefician a la familia, y apuntan a resolver la llamada *cuestión social*. Se plantean no sólo contra el Estado, sino frente a otros sujetos, como los empleadores. Los valores preferidos son aquí *igualdad y solidaridad*. En la Constitución nacional lo encontramos en el art.14 bis.

Y por último los derechos de *tercera generación* emergen en el constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial. Son derechos modernos, no bien delimitados, cuyos titulares son personas, grupos y la sociedad toda. Se refieren, por ejemplo, a la tutela del medio ambiente. En la Constitución argentina muchos de ellos pueden reputárselos captados por el art.33 (cláusula de los derechos no enumerados) y tal vez en algún sector del art.14 bis. El valor predominante es el de la *dignidad humana*.

⁵ CSJN, Fallos: 179:113.

⁶ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.621.

Varios de estos nuevos derechos fueron captados por la reforma de 1994 de modo directo (por ejemplo el art.41, preservación del medio ambiente; art.42, derechos del consumidor y del usuario), o por vía de *recepción* mediante el art.75 inc.22, a derechos enunciados en una serie de declaraciones o convenios internacionales⁷.

En función del modo en que el derecho constitucional puede describir derechos, caben las siguientes posibilidades: *derechos explícitos*, *derechos implícitos* y *derechos imputados*.

Los derechos *explícitos* son aquellos que están nominados, identificados. Pueden ser “explícitos directos”, cuando surgen del texto constitucional (por ejemplo, el art.14 que dice: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar”), o “explícitos por reenvío”, cuando surgen de documentos internacionales constitucionalmente nominados (art.75, inc.22).

Los derechos *implícitos* o *no enumerados* no están nominados, pero se deducen de otros derechos, de determinados principios constitucionales o de la condición humana⁸.

Proviene del art.33 de la Const. Nacional, cuyo texto dice: “las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Quinteros, Leónidas S. C/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”⁹ ha señalado también que la Constitución “reconoce al hombre derechos anteriores al Estado, de que éste no puede ser privado”. Los derechos del art.33 son de *derecho natural* y resultan *constitucionalizados*.

Por último tenemos los *derechos imputados* que se tratan de derechos no explícitos, tampoco atribuibles al constituyente histórico, ni necesariamente inferibles de los explícitos, pero de todos modos creados o habilitados por la jurisprudencia como derechos de raíz constitucional¹⁰. Uno de ellos puede ser el derecho a ser excarcelado

⁷ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.621.

⁸ ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2010. Tomo I, pág.127.

⁹ CSJN, Fallos 179:113.

¹⁰ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.628 y ss.

durante la tramitación del proceso penal (“Karpiej, Eduardo W. s/ incidente de excarcelación”)¹¹.

Respecto a los sujetos, la Constitución nacional describe una variada gama de personas, físicas, o de existencia ideal, que son titulares de derechos. A saber: a) “Todos los habitantes”, con relación a los derechos del art.14, expresión que se repite en el art.16. Los arts.17 a 19 se refieren también a cualquier habitante para ser acreedor de los derechos allí mencionados, aunque la Constitución emplea otras formas en igual sentido (“ningún habitante de la Nación puede ser penado”; “nadie puede ser obligado”; “ningún habitante de la Nación será obligado”); b) con el mismo objeto de comprender a todos, el art.18 habla de la persona (al indicar que “es inviolable la defensa en juicio de la persona”), el art.19 cuando se refiere a *los hombres* (“las acciones privadas de los hombres”), o el art.23, a *las personas* (el poder del presidente, durante el estado de sitio, se limitará “respecto de las personas”); c) el *pueblo* es también titular de derechos constitucionales (arts.33 y 40); d) los *ciudadanos* en el art.8. El art.29 da una protección particular a los *argentinos*; e) existen también derechos propios de los *extranjeros*, según los arts.20 y 25; f) el art.17 tutela a *todo autor o inventor*, también se encuentra en el art.75 inc.19; g) el art.15 declara titular de ciertos derechos a los *esclavos*; h) el art.14 bis menciona específicamente al *trabajador*, a los *gremios* y a los *representantes gremiales*, como titulares de determinados derechos; i) la *familia* es objeto de mención particular como de derechos, por el art.14 bis y el 75 inc.19; j) los *presos (reos)* resultan también titulares de derechos constitucionales en el art.18; k) la *Iglesia católica*, según el art.2, cuenta con el derecho constitucional a ser sostenida por el Estado; l) los *embajadores, ministros y cónsules extranjeros* tienen también derechos constitucionales de índole procesal según el art.117; m) las *mujeres* tienen especial mención en los arts. 36 y 75 inc.23; n) los *niños* (expresión que involucra a las personas por nacer) son aludidos en el art.75 inc.23; o) los *ancianos y discapacitados* resultan igualmente tutelados en el art.75 inc.23; p) los *educandos* cuentan con derechos propios en el art.75 inc.19; q) los *indígenas* resultan acreedores a derechos específicos en el art.75 inc.17; r) los *partidos políticos* gozan, a su vez, de derechos a tenor del art.38; r) las *generaciones futuras* quedan amparadas por el art.41. Por último, los diputados y senadores tienen

¹¹ CSJN, Fallos 290:393.

derechos y prerrogativas constitucionales (arts.68 a 70), así como el presidente, vicepresidente, ministros y jueces (arts.53, 60 y 110)¹².

Y por último conforme a su contenido podemos distinguirlos en *derechos civiles*; *derechos económicos, sociales y culturales*; y *derechos políticos*.

Los derechos *civiles* son los que expresan de modo más inmediato y tangible la dimensión individual y libertaria del ser humano, cuyo reconocimiento procede cronológicamente a los demás, por los que suelen denominarse derechos de primera generación. Comprenden: los derechos personales más inmediatos, tales como el derecho a la vida, a la identidad, a la integridad física, a la personalidad jurídica, al respecto por el diseño del propio proyecto de vida, al honor, a la privacidad, a la seguridad, a transitar y circular, a salir y regresar del país, etc.; derechos de formación de la personalidad, tales como el acceso a la información, el derecho de aprender, etc.; derechos de expresión y comunicación, tales como el de expresar ideas sin censura previa, de enseñar, de peticionar a las autoridades, de ejercer libremente el culto, etc.; derechos de vinculación, como el de asociación, reunión, etc.

Los derechos *económicos, sociales y culturales* son los derechos que procuran dar respuesta a las necesidades derivadas de una existencia digna y de relación con el prójimo. Por ejemplo el salario mínimo vital y móvil, la igual remuneración por igual tarea, la compensación por las llamadas cargas de familia, el seguro social obligatorio, el acceso a la jubilación y la pensión, la defensa del hogar familiar, el goce de un medio ambiente sano, el derecho al esparcimiento, etc.

Los derechos *políticos* son los derechos de participación en la vida pública, en la integración de los órganos representativos y en la conformación de las decisiones institucionales. Un listado enunciativos abarcaría: el derecho a manifestarse políticamente sin censura previa; el derecho a reunirse y asociarse con fines políticos, integrando manifestaciones o constituyendo agrupaciones o partidos; el derecho de peticionar a las autoridades, cuando el contenido de la solicitud es político; el derecho a elegir a las autoridades representativas; el derecho a ser elegido para cargos representativos; el derecho a destituir a los funcionarios electos, mediante técnicas participativas como la revocatoria de mandato; el derecho a participar en las decisiones

¹² SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.630 y 631.

políticas, por medios tales como la iniciativa legislativa popular o la consulta popular; el derecho de resistencia a la opresión¹³.

1.4-¿Quién garantiza el ejercicio de los derechos humanos?

El Estado es quien garantiza y promueve el ejercicio de los derechos humanos es el principal responsable de adoptar las medidas necesarias para lograr el ejercicio real y efectivo de los derechos humanos por parte de los seres humanos.

Los derechos humanos están contemplados en la primera parte de la Constitución Nacional, y en el artículo 75 inc. 22 el cual reconoció jerarquía constitucional a los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos¹⁴.

1.5-Conflicto entre dos derechos constitucionales. ¿Cómo ha de resolverse?

La jurisprudencia de la Corte Suprema sostiene que los derechos fundados en cualquiera de las cláusulas de la Constitución nacional tienen igual jerarquía, y que la interpretación debe armonizarlos. Una consecuencia de esta tesis – negatoria – es que un derecho constitucional no debe extinguir a otro; ha dicho la Corte que cuando los derechos constitucionales se ejercitan en un auténtico sentido, media entre ellos una coexistencia que permite a cada uno ser realizado sin lesionar el ejercicio de otros derechos (“Larroca”)¹⁵.

Pese a la tesis expuesta, la misma Corte explica que ciertas garantías constitucionales son renunciables, aunque se limita solo “a las que amparan derechos de contenido patrimonial y no a aquellas instituidas en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad” (“Guzmán”)¹⁶.

La Corte enseña que, en caso de conflictos entre valores jurídicos contrapuestos, no es dudosa la preferencia en favor del que tiene mayor jerarquía (“Mayants y otros”)¹⁷. En otros pronunciamientos, la Corte procura compatibilizar *jerarquía* (del interés mayor) con *subsistencia* (o no extinción) del derecho menor. Así en “Fernández Orquín”¹⁸

¹³ ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2010. Tomo I, pág.122 y ss.

¹⁴ SECRETARIA DE DERECHOS HUMANOS. “¿Qué son los derechos humanos?”, para más información visitar el sitio web <http://www.jus.gov.ar/derechoshumanos/los-derechos-humanos/%C2%BFque-son-los-derechos-humanos.aspx>.

¹⁵ CSJN, Fallos 259:403.

¹⁶ CSJN, Fallos 279:283.

¹⁷ CSJN, Fallos 255:330.

¹⁸ CSJN, Fallos 264:416.

explica que las dificultades interpretativas que surgen de la ponderación de intereses lícitos y que resulten contrapuestos debe solucionarse acordando preeminencia al que reviste carácter público.

En “Portillo”¹⁹, la Corte Suprema aborda la solución de “una suerte de tensión entre derechos y obligaciones consagrados en dos normas constitucionales”, como son, por un lado, la libertad de culto y, por otro, el deber del servicio militar (arts.14 y 21).

No todos los derechos tienen la misma valuación. Algunos son más preciados que otros y, en caso de oposición, habrá que preferir los derechos más importantes sobre los menos significativos. Esto no produce, que en una confrontación determinada el derecho menos importante concluya desplazado; pero bien puede pasar así²⁰.

Para German Bidart Campos si bien es posible distinguir algunos derechos “más valiosos” que otros, o con mayor jerarquía, no hay que olvidar que en cada caso en que hay conflicto o controversia entre sujetos que disputan entre si diversos derechos, hay que preferir el que “según las circunstancias de ese caso concreto” resulte más valioso de acuerdo a ellas²¹.

Expresa Miguel Ángel Ekmekdjian: “en primer lugar, los derechos personales tienen jerarquía superior a los patrimoniales. En efecto, los segundos dan una infraestructura económica destinada a posibilitar la realización de la persona humana, es decir, de los primeros”.

Aun dentro de los derechos personales, continua citando el autor, “deben distinguirse los derechos personalísimos privativos de la persona física, como son: el derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, a la dignidad y respeto, etc., de los restantes derechos de contenido no patrimonial. Los primeros están en una relación jerárquica superior a los segundos...”

Ekmekdjian propone la siguiente clasificación jerárquica de los derechos civiles: 1º) derecho a la dignidad humana y sus derivados (libertad de conciencia, intimidad, defensa, etc.); 2º) derecho a la vida y sus derivados (derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, etc.); 3º) derecho a la libertad física; 4º) los restantes derechos

¹⁹ CSJN, Fallos 312:496.

²⁰ SAGüES, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Astrea, 2003. Tomo II pág.313.

²¹ BIDART CAMPOS, German J. Compendio de Derecho Constitucional. Ediar, 2004. Pág.66 y 67.

personalísimos (propia identidad, nombre, imagen, domicilio, etc.); 5º) derecho a la información; 6º) derecho de asociación; 7º) los restantes derechos personales: primero los “derechos-fines” y luego los “derechos-medios”; y 8º) los derechos patrimoniales²².

Por su parte, Miguel M. Padilla considera que existen solo dos categorías de derechos: 1º) los de nivel superior, directamente vinculados con los atributos esenciales de la persona humana, “como lo son el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad física, a la igualdad y a la dignidad humana”; y 2º) todos los demás derechos²³.

En caso de conflicto es el propio constituyente quien resuelve el problema. Por ejemplo, el art.14 enuncia el derecho de comerciar, pero el art.15 sostiene que “todo contrato de compraventa de personas es un crimen”. La libertad de realizar actos de comercio cede aquí, entonces, ante la dignidad, igualdad y libertad de toda persona.

Algunas veces el conflicto entre derechos es resuelto por otras vías normativas. El Pacto San José de Costa Rica consagra explícitamente la libertad de expresión sin censura (art.13, inc.1 y 2; coincide así con una interpretación amplia del derecho a publicar ideas sin censura; art.14 de la Const. nacional); pero seguidamente el mismo Pacto autoriza la censura a los espectáculos públicos en tutela de la moral de la infancia y la adolescencia (art.13, inc.4). En esta hipótesis se ha preferido salvaguardar el valor moral pública sobre el de libertad de expresión.

Es frecuente que sean los tribunales (y la Corte Suprema, como intérprete final de la Constitución) los que deban asumir la función de dirimir los conflictos entre derechos. Una interpretación dinámica de la Constitución nacional aconseja tener en cuenta más que la cotización histórica de esos derechos, su valuación actual, tal como surge de la conciencia contemporánea²⁴.

2-DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD.

2.1-Precisiones conceptuales.

La Real Academia Española define a la privacidad como el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión, y a la intimidad como la zona

²² EKMEKDJIAN, Miguel Ángel. “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, en Revista El Derecho, del 23-9-1985.

²³ PADILLA, Miguel M. Lecciones sobre derechos humanos y garantías. Abeledo-Perrot, 1993. Tomo I, pág.73 y ss.

²⁴ SAGÜES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.638.

espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.

Por su parte Cifuentes define el derecho a la privacidad como “el derecho personalísimo que permite abstraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones de su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”²⁵.

El origen de la tutela de la intimidad asociada a la vida privada, proviene de Estados Unidos, especialmente con la tesis de Samuel Warren y Louis Brandeis de 1890, buscando soluciones a problemas muy concretos relacionados con la toma de fotografías por parte de periodistas hacia su persona y la de su esposa. Como consecuencia de ello, los periodistas obviaban el consentimiento del titular de la imagen, pero además el propio Warren no tenía conocimiento sobre el verdadero tratamiento de las mismas sumándole el hecho de que previamente era observado para ser fotografiado²⁶.

La libertad de intimidad presupone la tutela jurídica de la *vida privada*, o lo que los ingleses llaman “right of privacy”. La fórmula constitucional viene dada por el art. 19: “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”. El principio de intimidad que establece dicho artículo no reconoce fuente extranjera alguna, ya que se incorporó por primera vez al derecho argentino en 1815. El estatuto provisional de ese año, dice en la sección VII cap. I art. I “las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan el orden público, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”²⁷.

En la doctrina nacional, privacidad e intimidad suelen ser utilizados como sinónimos, aunque parte de la doctrina los distingue; la intimidad sería la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de terceros, y la privacidad sería la posibilidad

²⁵ CIFUENTES, Santos. “El derecho a la intimidad” en Revista El Derecho 57-832.

²⁶ REVISTA INTERNACIONAL DE PROTECCION DE DATOS, “El Origen de la Privacidad: the “Right to be Alone”, para más información visitar el sitio web:

<https://revistaprotecciondatos.com/2015/03/05/el-origen-de-la-autodeterminacion-informativa-the-right-to-be-alone/>.

²⁷ GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. La Ley, 2009. Tomo I, pág.328 y 329.

irrestringida de realizar acciones privadas (que no dañan a otros) por más que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos. Se trata siempre de una *zona de reserva personal*, propia de la autonomía del ser humano²⁸. La intimidad deriva de la privacidad.

Por su parte Quiroga Lavié afirma que “entiende por intimidad la faceta de la personalidad exenta del conocimiento e injerencia por parte de los demás; en cambio, por privacidad, la posibilidad irrestringida de realizar acciones privadas, o sea, acciones que no dañan a terceros y que, por lo tanto, no son objeto de calificación por parte de una moral pública y que mantienen este carácter por más que se realicen a la luz del día y con amplio conocimiento público”²⁹.

2.2-Protección constitucional

La privacidad se encuentra tutelada en el art.19: “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”.

El art. contiene dos principios básicos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad, y el de legalidad. En este trabajo nos ocuparemos del primero.

La trascendencia de la primera parte de la norma es tal que solo con ella es posible diseñar un sistema de respeto a la autonomía y a la libertad personal y establecer una frontera democrática ante las atribuciones estatales para limitar los derechos.

Es muy importante destacar que la intimidad resguardada en el art. 19 frente al estado, goza de igual inmunidad frente a los demás *particulares*. Así la valoró e interpretó la Corte en el caso “Ponzetti de Balbín”.

²⁸ BIDART CAMPOS, German J. Manual de la Constitución Reformada. Ediar, 1996-1997. Tomo I, pág.525

²⁹ QUIROGA LAVIÉ, Humberto; BENEDETTI, Miguel Ángel y CENICACELAYA, María de las Nieves. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal-Culzoni, 2001. Pág.149.

Lo que aparece como fuera de dudas en dicho artículo es que existe y se reconoce protegido un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del estado y de terceros, al que únicamente se puede acceder si lo abre, voluntariamente, la persona involucrada³⁰.

El principio de privacidad garantiza a todas las personas el derecho a decidir por sí mismas acerca de que quieren hacer con su vida, en tanto que con ello no ofendan de ningún modo al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero³¹.

Por orden público se alude, en el derecho constitucional argentino, al interés general o colectivo (Casiello) y, en definitiva, al bien común, entendido como bien *del público* en general y no solo de una parte (aunque sea la mayoritaria). El concepto de “moral pública” es discutido, ya que para algunos remite a la moral católica, que era la que prevalecía en la Constituyente de 1853 (Valiente Noailles), mientras que para otros el contenido de la *moral pública* está regulado por las costumbres sociales. La jurisprudencia de la Corte Suprema parece haberse inclinado hacia esto último, en “Sejean, Juan B. c/ Zaks de Sejean, Ana M. s/ inconstitucionalidad del art. 64 de la ley 2393”³². En “Ponzetti de Balbín”, la Corte destacó también que “las formas de vida aceptadas por la comunidad” son pautas de selección entre lo público y lo privado. Y por perjuicio a terceros, esto es cuando una acción *privada* deja de serlo si causa daños a los demás. Para la Corte debe tratarse, eso sí, de un daño a un bien jurídico razonablemente evaluado³³.

El principio de intimidad se desprende del principio de privacidad protegido por el art.19. Dicho derecho ampara-como bien lo señalo Petracchi en cita de Cooley- “el derecho a ser dejado a sola” (“Ponzetti de Balbín c. Editorial Atlántida S.A.”).

Con el resguardo de la intimidad se protege de la mirada de terceros un área personal vedada a los demás, al poder público o de los particulares.

³⁰ GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. La Ley, 2009. Tomo I, pág.328 a 330.

³¹ GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. La Ley, 2009. Tomo I, pág.343.

³² CSJN, Fallos 308:2268.

³³ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.672 a 674.

La protección de este derecho a excluir la interioridad y la exterioridad personal de la vista y difusión por parte de terceros, de raíz constitucional, fue reglamentado por el Código Civil y Comercial³⁴.

La intimidad o la privacidad incluyen en su ámbito a las *conductas autorreferentes*, es decir, las que sólo se refieren y atañen al propio sujeto autor, sin proyección o incidencias dañinas de modo directo para terceros. Podemos mencionar como ejemplos de *conductas autorreferentes* a la elección del plan personal de vida autorreferente, y su realización; la objeción de conciencia por razones morales o religiosas, cuando es inofensiva para terceros; la preservación de la propia imagen frente a terceros; el control y la disposición de los datos personales, incluso para impedir su difusión innecesaria; el derecho a la identidad personal; el derecho a ser “diferente”; el consentimiento para la ablación de órganos del propio cuerpo con destino a trasplantes a favor de terceras personas, determinadas o indeterminadas, cuya autorización legal debería admitirse aunque entre donante y receptor no mediara relación parental; la negativa de las personas con discernimiento para someterse a terapias contra las cuales formulan objeción de conciencia (por ejemplo los Testigos de Jehová respecto de las transfusiones de sangre), o a intervenciones quirúrgicas y tratamientos médicos que se rechazan por diversidad de razones personales; ello siempre que con esa negativa no se comprometa la salud de terceros o la salud pública; la elección del tipo de medicina, terapia y medicación³⁵.

Además de su protección en la Constitución nacional, el derecho a la privacidad o intimidad lo encontramos regulado en una serie de Tratados Internacionales con jerarquía Constitucional, el cual nuestro país los ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico con la reforma de 1994 en el artículo 75 inc.22.

Por un lado tenemos la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que en su artículo 5º dice: “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.

³⁴ GELLI, María Angélica. Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada. La Ley, 2009. Tomo I, pág.354.

³⁵ BIDART CAMPOS, German J. Manual de la Constitución Reformada. Ediar, 1996-1997. Pág.526 y 527.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto San José de Costa Rica lo encontramos en el 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. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Y por último, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 12 dice: nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

2.3-Diferenciación entre lo público y lo privado

Dentro de la vida humana, pueden distinguirse dos ámbitos: un ámbito privado y un ámbito público.

El *ámbito privado*, aquel que no está destinado a trascender a la esfera de lo público y está exento de la autoridad de los magistrados, puede ser *incognoscible*, en el sentido de que es inasible por parte de terceros (por ejemplo el pensamiento), o *cognoscible*, en el sentido de que puede llegar a ser conocido por terceros, pero no interesa al bien común (por ejemplo un hobby).

En lo referente al *ámbito físico*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “el ámbito de privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquellos llevan a cabo fuera del recinto de aquél.”.

En lo referente al *contenido protegido*, lo “privado” comprende, en palabras del máximo tribunal de justicia nacional, un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, los hábitos y las costumbres, las relaciones de familia, la situación económica, las creencias religiosas y la salud mental y física. “Están reservadas al

propio individuo y cuya divulgación o conocimiento por los extraños significa un peligro potencia o real para la intimidad” (Ponzetti de Balbín)³⁶.

En el ámbito de lo *privado*, lo que en principio es incognoscible puede luego externalizarse y ser conocido (por ejemplo cuando el pensamiento es manifestado). Cuando adquiere externalidad, la actitud puede permanecer en el ámbito privado (por ejemplo una conversación entre amigos) o puede transformarse en pública (por ejemplo una declaración a un medio de comunicación), siendo entonces susceptible de encuadrarse en lo *permitido* o en lo *prohibido* (por ejemplo una declaración de odio racial).

El tránsito de una categoría a otra puede ser voluntario o no voluntaria, ya sea por ser obtenido mediante coacción o mediante engaño.

La *voluntariedad* o *no voluntariedad* de la exteriorización del pensamiento debe ser un parámetro decisivo para la protección³⁷.

Sagües dice que en el derecho argentino es posible detectar tres tipos de conductas, en orden a diferenciar lo privado de lo público.

Las acciones privadas internas son los comportamientos privados en sentido estricto (conductas íntimas o inmanentes), ya que principian y concluyen en el sujeto que las realiza. No trascienden de él.

Las acciones privadas externas con aquellos comportamientos que trascienden al sujeto que las realiza y, por lo tanto, son conocidas por los demás, pero no interesan al orden y a la moral pública, ni causan perjuicio a terceros. Dicho de otro modo, no afectan al bien común. A los fines del artículo 19 de la Constitución nacional son también acciones privadas, con la misma tutela en favor de quien las hace (“Bazterrica”³⁸).

Y por último las acciones públicas son aquellas acciones externas, ya que trascienden de quien las ejecuta y, además, preocupan al bien común (en particular, porque pueden

³⁶ CSJN, Fallos 306:1892.

³⁷ ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2010. Tomo I, pág.288 a 290.

³⁸ CSJN, Fallos 308:1412.

comprometer el orden o la moral pública, o causar daño a terceros). Son regulables por el Estado y aun prohibidas por éste, de haber motivos para ello³⁹.

En principio quien tiene la tarea de precisar qué tipo de conductas son privadas internas o externas, y cuales son públicas, es tarea del legislador “solo por ley”, indica la Corte Suprema en Ponzetti de Balbín. En ello coincide el artículo 19 de la Constitución Nacional, al puntualizar que nadie “será obligado a hacer lo que no manda la *ley*, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Dicho artículo considera acciones privadas solo a aquellas que “*de ningún modo ofendan* al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero”. Una situación de peligro, ya sea concreto o abstracto, por supuesto de peligro razonable, de ofensa a la moral, orden público o terceros, justifica entonces que el legislador regule la acción en cuestión que excedería el marco de lo privado, e ingresaría a lo público (“Montalvo”⁴⁰).

Naturalmente, el pronunciamiento legislativo es revisable en la esfera judicial, para evaluar su razonabilidad y constitucionalidad⁴¹.

2.4-Exposicion publica de las personas públicas

La exposición pública de una persona, derivada de su propia voluntad o de su actividad. Horacio Rosatti, coincidiendo con el criterio general sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el sentido de que “nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello...”, justificándose la intromisión en caso de que “medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.” (Ponzetti de Balbín⁴²).

En el fallo “Vago, Jorge A. c/Ediciones La Urraca S.A y otros”⁴³, la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmó que el tribunal *a quo* cuya sentencia revisaba, había sustentado el carácter de figura pública del actor en base a las siguientes dos premisas: “primeramente, en la notoriedad de que el nombrado gozaba frente a la generalidad de

³⁹ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.672.

⁴⁰ CSJN, Fallos 313:1351.

⁴¹ SAGüES, Néstor Pedro. Manual de Derecho Constitucional. Astrea, 2007, pág.674.

⁴² CSJN, Fallos 306:1892.

⁴³ CSJN, Fallos 314:1517.

los individuos en su carácter de director del semanario «Prensa Confidencial» y, «por otro lado, en el hecho de que el actor se había visto envuelto, a lo largo de su carrera profesional, en numerosas controversias que revestían interés público».

De esta descripción pareciera emerger dos elementos tipificantes de la “personalidad pública”: un elemento *objetivo*, derivado en este caso del *status* laboral de la persona, al que se le denomina “notoriedad”, y un elemento *subjetivo*, que revela el “comportamiento” particular de esa persona.

En el caso “Ponzetti de Balbín, Indira c/Editorial Atlántida S.A s/Daños y perjuicios”⁴⁴ la Corte Suprema de Justicia de la Nación relaciono el “comportamiento” de una persona con la intensidad de tutela a su privacidad, al entender que –tratándose de personas públicas o populares- el ámbito de privacidad se ve expandido en cuando, a lo largo de su vida, no hayan fomentado con su conducta las indiscreciones, “ni por propia acción, autorizando, tacita o expresamente, la invasión de su privacidad y la violación al derecho a su vida privada en cualquiera de sus manifestaciones”.

En cuanto a los funcionarios públicos –sean famosos o no- deben tener un *status* de protección de su privacidad similar al de las personas públicas, debiéndose respetar su intimidad cuando se trate de actos que no refieran –de modo directo o indirecto- a la función que desarrollan.

Entiende Horacio Rosatti que la figura pública tiene derecho a que no se divulgue todo aquello que no se vincula con su fama, prestigio o notoriedad. Coincide con la línea general de la doctrina judicial que en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público, o de personajes populares, puede divulgarse todo aquello “que se relacione con la actividad que les confiere prestigio y notoriedad y siempre que lo justifique el interés general” mas “este 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 intromisión⁴⁵”.

2.5-El derecho a la intimidad en los menores

Dicho derecho alcanza también a los menores de edad. Si bien es verdad que hay que conjugarlo con los derechos que emergen de la patria potestad, hemos de admitir que

⁴⁴ CSJN, Fallos 306:1892.

⁴⁵ CSJN, Fallos 306:1892.

cuando el menor alcanza la edad del discernimiento debe quedar en disponibilidad para ejercer derechos que hacen a su intimidad.

Esta coordinación entre derechos de los padres y derecho a la intimidad de sus hijos, parece desprenderse suficientemente de la *Convención sobre Derechos del Niño*, que tiene jerarquía constitucional⁴⁶ en el artículo 16 que dice: “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”.

2.6-Proyección del derecho a la intimidad

La libertad de intimidad se vincula asimismo con ciertos aspectos de la *libertad religiosa* que hacen al fuero íntimo del hombre. Fundamentalmente, se trata del contenido de la libertad religiosa conocido con el nombre de libertad de *conciencia*.

Otro aspecto que se relaciona con la libertad de intimidad es el derecho “al silencio” y “al secreto”. Como el individuo tiene la facultad de expresar sus ideas, pensamientos, sentimientos y ejecutar acciones, también le asiste el derecho de reservarlos, de no expresarlos, o no darlos a conocer, cuando no desea o no cree convenientes hacerlos públicos. Este derecho “al secreto” se refiere, además, a la relación confidencial entre un profesional-por ejemplo un abogado- y su cliente (secreto profesional)⁴⁷.

La *libertad de intimidad* se proyecta a la *inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados*. Así lo consigna el art. 18 de la constitución, prescribiendo que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos puede procederse a su allanamiento y ocupación.

Por domicilio entendemos toda morada destinada a la habitación y desenvolvimiento de la libertad personal en lo concerniente a la vida privada, ya sea cerrada o abierta parcialmente, móvil o inmóvil, de uso permanente o transitorio.

La *correspondencia epistolar y los papeles privados* también han recibido expresamente la garantía de inviolabilidad en el mismo art. 18.

⁴⁶ BIDART CAMPOS, German J. Manual de la Constitución Reformada. Ediar, 1996-1997. Pág.530.

⁴⁷ ZARINI, Helio Juan. Constitución Argentina comentada y concordada. Astrea, 2006. Pág.108.

Cartas misivas, legajos, fichas e historias clínicas de clientes o enfermos que reservan los profesionales, libros de comercio, etc., quedan amparados en el secreto de los papeles privados.

Con la técnica moderna consideramos que la libertad de intimidad se extiende a otros ámbitos: comunicaciones que por cualquier medio no están destinadas a terceros, sea por teléfono, por radiotelegrafía, por fax, etc.⁴⁸

La revisión y la requisita de personas, cuando sean obligatorias o recomendables en función de la seguridad o salubridad públicas o de un interés equivalente (por ejemplo previo al ingreso a una cárcel o a un estadio de fútbol), deben realizarse por métodos *no invasivos* (ejemplo por imágenes o por aparatos de detección de metales); solo excepcionalmente deben admitirse los métodos manuales (cacheos), procurando que el registro sea sin lesionar el pudor del auscultado.

Y por último con respecto a la videovigilancia o monitoreo por filmación deben distinguirse dos situaciones. Por un lado, la de los establecimientos que tienen la obligación legal de contar con un sistema de videovigilancia, como los bancos, en los que no hay dudas de que la preservación de la intimidad visual debe ceder ante la obligación legal; y por el otro, la de aquellos establecimientos que no tienen tal obligación legal, debiendo en estos casos distinguirse entre, los establecimientos que custodian bienes públicos, como un museo, o privados, como una oficina comercial, ámbitos caracterizados por el ingreso y egreso indeterminados de público, que tornaría *no obligatorio pero si recomendable* el uso de este dispositivo. Y por el otro lado los lugares en donde el ingreso no tiene, en principio, la masividad de un lugar público o establecimiento comercial, como un edificio destinado a vivienda, donde no es posible establecer una regla de convivencia.

En estos casos –los no obligatorios- considera Rosatti que si los dueños, administradores o consorcistas se han puesto de acuerdo en adoptar este dispositivo como medida de seguridad, el derecho a preservar su imagen de quien pretende ingresar debería ceder⁴⁹.

⁴⁸ BIDART CAMPOS, German J. Manual de la Constitución Reformada. Ediar, 1996-1997. Pág.527 a 529.

⁴⁹ ROSATTI, Horacio. Tratado de Derecho Constitucional. Rubinzal-Culzoni, 2010. Tomo I, pág.306 y 307.

3-REGULACION DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD EN EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La consagración de este derecho en el Código Civil operó mediante la ley 21.173 que incorporó el artículo 1071 bis, que expresamente reconoció el derecho a la intimidad y tipificó diversas manifestaciones —como el resguardo de la vida privada, la correspondencia y la publicación de retratos—⁵⁰.

El artículo 1071bis que decía: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros 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 hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

Dicho artículo fue criticado por reconocer una indemnización "equitativa”.

En el nuevo código civil y comercial lo encontramos regulado en el artículo 52 que dice: “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, Título V, Capítulo 1”;

y el artículo 1770: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

Sostiene Julio C. Rivera que el Código no brinda una definición del derecho a la intimidad, el cual ha sido delineado por la doctrina como aquél que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y su conducta dentro de un ámbito privado, sin

⁵⁰ CARAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián; HERRERA, Marisa. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Infojus, 2015. Tomo I, pág.130.

injerencias ni intromisiones que puedan provenir de la autoridad o de terceros, en tanto su conducta no ofenda al orden público, a la moral, ni perjudique a terceros.

Por intermedio de la intimidad se concede a toda persona una facultad de exclusión, es decir la atribución de excluir a terceros de la intromisión en aquéllos aspectos que constituyen la zona nuclear de la personalidad que constituye lo privado o íntimo, y una facultad de autoconfiguración que conlleva que tal zona sea "autoconfigurada" por el sujeto: a él corresponde un poder definitorio del ámbito protegido de su intimidad, manteniendo con sus propios actos una mayor o menor reserva⁵¹.

El artículo 52 alude a los diversos supuestos que desde la doctrina autoral y judicial se reconocen como los relacionados al ámbito de la denominada integridad espiritual de la persona (intimidad, honor, imagen e identidad). Especifica que tal como se lo regula dentro del régimen de la responsabilidad civil para cualquier afectación de otros bienes o derechos, el eventual damnificado cuenta con una acción preventiva tendiente a inhibir la causación del perjuicio que resulta previsible, o a evitar su ampliación o reiteración y en caso de que el daño ya se haya producido, está legitimado para reclamar la indemnización de daños y perjuicios correspondientes⁵².

Por su parte el artículo 1770 reitera, con adecuaciones, el artículo 1071 bis del código derogado, y protege el derecho subjetivo a la privacidad, o también llamado a la intimidad, a la vida privada, a la esfera privada o esfera íntima⁵³.

La norma tutela la intimidad y no el honor de las personas. La violación a la intimidad se diferencia de los daños al honor como la calumnia o la injuria, en que en estos últimos el hecho normalmente es falso o es insultante.

Además si el demandado prueba la verdad del hecho calumnioso no hay reparación. En la violación a la intimidad el hecho que se publica no necesariamente es falso.

Normalmente es verdadero, pero nadie tiene derecho a conocerlo.

Todo hombre tiene derecho a guardarse para sí algo que no quiere compartir con los demás porque en nada les mejora su vida⁵⁴.

⁵¹ RIVERA, Julio Cesar. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. La Ley, 2014. Tomo I, pág.120.

⁵² LORENZETTI, Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Rubinzal-Culzoni, 2014. Tomo I, pág.279 y 280.

⁵³ LORENZETTI, Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Rubinzal-Culzoni, 2014. Tomo VIII, pág.642.

⁵⁴ RIVERA, Julio Cesar. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. La Ley, 2014. Tomo V, pág.22.

La norma prevé dos acciones: 1. El cese o suspensión de la perturbación del daño en curso frenando su continuación, con más el agregado de la indemnización correspondiente. Se trata de la función preventiva de la responsabilidad⁵⁵ y nada impide el ejercicio por separado de una medida urgente y, en otro proceso e incluso ponderando el resultado de la tutela preventiva (por ejemplo, la inmediata suspensión de la intromisión), la promoción de la pretensión resarcitoria. 2. La indemnización del daño consumado y la publicación de la sentencia como modalidad complementaria de la reparación plena.

En ambos casos el resarcimiento será completo o pleno, recogiendo el artículo 1770 la doctrina del régimen anterior ya que el antiguo artículo 1071 bis se refería a la indemnización equitativa, la que fue interpretada como equivalente a reparación íntegra⁵⁶.

4-JURISPRUDENCIA RESPECTO AL DERECHO A LA PRIVACIDAD

En los siguientes fallos apreciaremos como la Corte Suprema de Justicia de la Nación trata el derecho a la intimidad y como resuelve el conflicto que se produce entre dicho derecho y la libertad de expresión.

Además mencionaremos un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para apreciar como soluciona la colisión entre dichos derechos.

“Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”.

La causa se origina en la demanda por daños y perjuicios promovida por la esposa y el hijo del doctor Ricardo Balbín, contra “Editorial Atlántida S.A.” propietaria de la revista “Gente y la actualidad”, Carlos Vigil y Aníbal Vigil, debido a que dicha revista, publicó en su tapa una fotografía del doctor Balbín cuando se encontraba internado en la sala de terapia intensiva de la Clínica Ipenza de la Ciudad de La Plata la que ampliada con otras en el interior de la revista, provocó el sufrimiento y mortificación de la familia del doctor Balbín y la desaprobación de esa violación a la intimidad por parte de autoridades nacionales, provinciales, municipales eclesiásticas y científicas. Los demandados, que reconocen la autenticidad de los ejemplares y las fotografías publicadas en ella, admiten que la foto de tapa no ha sido del agrado de mucha gente y

⁵⁵ SARAGNA, Fernando. Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. La Ley, 2012. Pág.941.

⁵⁶ LORENZETTI, Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Rubinzal-Culzoni, 2014. Tomo VIII, pág.645.

alegan en su defensa el ejercicio sin fines sensacionalistas, crueles o morbosos, del derecho de información, sosteniendo, que se intentó documentar una realidad; y que la vida del doctor Balbín, como hombre público, tiene carácter histórico, perteneciendo a la comunidad nacional, no habiendo intentado infringir reglas morales, buenas costumbres o ética periodística.

El recurrente afirma no haber excedido “el marco del legítimo y regular ejercicio de la profesión de periodista, sino que muy por el contrario, significó un modo —quizá criticable pero nunca justificable— de dar información gráfica de un hecho de gran interés general” fundamentando en razones de índole periodística la publicación de la fotografía en cuestión, por todo lo cual no pudo violar el derecho a la intimidad en los términos que prescribe el art. 1071 bis del Código Civil.

En el presente caso, si bien no se encuentra en juego el derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino los límites jurídicos del derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad, corresponde establecer en primer término el ámbito que es propio de cada uno de estos derechos.

En cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas; la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ella y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen.

Que en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general.

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.

Que en caso “sub examine” la publicación de la fotografía del doctor Ricardo Balbín efectuada por la revista “Gente y la actualidad”, excede el límite legítimo y regular del derecho a la información, toda vez que la fotografía fue tomada subrepticamente la víspera de su muerte en la sala de terapia intensiva del sanatorio en que se encontraba internado. Esa fotografía, lejos de atraer el interés del público, provocó sentimientos de rechazo y de ofensa a la sensibilidad de toda persona normal. En consecuencia, la presencia no autorizada ni consentida de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía con la finalidad de ser nota de tapa en la revista “Gente y la actualidad” no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad.

"Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios".

Hizo lugar a la demanda por reparación del daño moral sufrido por el actor como consecuencia de la difusión de notas periodísticas que habrían lesionado en forma ilegítima su intimidad, conducta que configuró, a juicio del a quo, la arbitraria intromisión en la esfera de privacidad del demandante contemplada en el art. 1071 bis del Código Civil.

En primer término cabe poner de relieve que no se encuentra controvertida en autos la veracidad de las informaciones difundidas por el semanario Noticias. Por ello, el punto a dilucidar es determinar si las publicaciones cuestionadas constituyeron o no una indebida intromisión en la esfera de intimidad del actor.

El punto central a dilucidar, en consecuencia, es la tensión entre el derecho a la libre expresión o información, por una parte, y, por la otra, el derecho de protección de una esfera de intimidad.

El derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.

En efecto, el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos

constitucionales, entre los que se encuentran el de la integridad moral el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 de la Constitución Nacional).

En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen"⁵⁷.

Que en el caso de personajes célebres, cuya vida tiene carácter público o de personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general. 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 intromisión⁵⁸.

Efectivamente, aun el hombre público, que ve restringida la esfera de su vida privada con motivo de la exposición pública a la que se halla sometido por el desempeño de su función, tiene derecho a preservar un ámbito en la esfera de la tranquilidad y secreto que es esencial en todo hombre, en tanto ese aspecto privado no tenga vinculación con el manejo de la cosa pública o medie un interés superior en defensa de la sociedad.

Que, en autos, tanto la difusión de cuestiones familiares íntimas por medio de la palabra escrita como la publicación de imágenes fotográficas –en todo caso no autorizadas por el actor en el tiempo y en el contexto en que fueron usadas por el medio de prensa– sobre presuntos vínculos familiares y sobre el estado anímico de su ex cónyuge en relación a tales lazos, configura una intrusión en la zona de reserva del sujeto no justificada por intereses superiores de la comunidad. Máxime cuando se han incorporado imágenes y nombres de menores, con exposición sin prudencia profesional de cuestiones atinentes a la filiación de estos niños, con mortificación espiritual no sólo del hombre en cuanto tal sino en su relación con ellos, conducta que revela el carácter arbitrario de la injerencia en la esfera de intimidad del actor, no justificada por el debate vigoroso de las ideas sobre los asuntos de interés público ni por la transparencia que

⁵⁷ CSJN, Fallos 306:1892.

⁵⁸ CSJN, Fallos 306:1892.

debe tener la actuación del hombre público en el ejercicio de sus altas responsabilidades.

Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina.

El presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quienes eran director y editor, respectivamente, de la revista *Noticias*. La supuesta violación se habría producido en virtud de la condena civil que les fue impuesta mediante sentencias dictadas por tribunales argentinos como responsabilidad ulterior por la publicación de dos artículos, en noviembre de 1995, en la mencionada revista. Dichas publicaciones se referían a la existencia de un hijo no reconocido del señor Carlos Saúl Menem, entonces Presidente de la Nación, con una diputada, a la relación entre el ex presidente y la diputada y a la relación entre el primer mandatario y su hijo. Tanto un tribunal de segunda instancia como la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideraron que se había violado el derecho a la vida privada del señor Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

Los representantes coincidieron, en general, con la Comisión Interamericana respecto de la alegada violación al derecho a la libre expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana.

La Comisión Interamericana consideró que la cuestión central a resolver en el presente caso es “si la sociedad argentina tenía derecho a conocer la información publicada y, en consecuencia, debía prevalecer la libertad de expresión de los periodistas, o si, por el contrario, el entonces presidente tenía derecho a mantener en secreto los datos revelados”.

La Comisión destacó la importancia de la protección de la vida privada, y señaló que si bien la Convención Americana reconoce ese derecho a toda persona, su nivel de protección disminuye en la medida de la importancia que puedan tener las actividades y funciones de la persona concernida para un debate de interés general en una sociedad democrática. Señaló que para resolver el conflicto entre el derecho a la vida privada de un alto funcionario público y el derecho a la libertad de expresión, en primer lugar, es necesario verificar si realmente se produjo un daño cierto sobre el derecho supuestamente afectado. Este daño no se presentaría en aquellos casos en los cuales la información difundida ya se encontraba en el dominio público o si la persona dio su

autorización tácita o explícita para publicar dicha información, pues en esos casos no existe una expectativa legítima de privacidad.

En el presente caso, la Comisión consideró que la restricción del derecho a la libre expresión se encontraba fundada en ley, específicamente en los artículos 19 de la Constitución Nacional y 1071 *bis* del Código Civil.

Por otra parte, la Comisión sostuvo que, de acuerdo a la información que consta en las revistas, de aquella aportada en el proceso internacional y de la observación de las imágenes, se puede afirmar que las cinco fotografías que ilustran las notas periodísticas cuestionadas fueron captadas con el consentimiento o conocimiento de quien se dijo agraviado y, por ello, no requerían su autorización previa y expresa para ser publicadas. Tomando en cuenta el contexto en que fueron obtenidas las fotografías, el contenido de las mismas, así como la persona pública a la cual se referían, la Comisión estimó que la publicación de las imágenes no constituyó una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada del señor Menem.

En relación con las fotografías incluidas en las notas, los representantes afirmaron que fueron obtenidas con consentimiento del ex presidente ya que para que las fotografías pudieran tomarse, aquel debió permitir el ingreso de periodistas a las residencias presidenciales cuando el niño se encontraba en ellas, en lugares abiertos a la prensa, donde el presidente se mostraba sin reparos y con plena conformidad frente a la presencia de medios gráficos. Por otra parte, indicaron que, de acuerdo con lo afirmado por el señor D'Amico en la audiencia pública, las imágenes fueron entregadas a la revista por el servicio de prensa de la Presidencia de la Nación.

La Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D'Amico y todas las consecuencias que de ellas se deriven, incluyendo el reintegro de las cantidades pagadas en la ejecución de la misma.

Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de alzada, violó el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico.

5-EL DERECHO A LA PRIVACIDAD O INTIMIDAD EN LAS CONSTITUCIONES LATINOAMERICANAS.

En las siguientes constituciones veremos cómo está regulado dicho derecho y si hay alguna similitud o diferencia con nuestra Constitución nacional.

Bolivia en su artículo 21 dice: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad”.

La República de Costa Rica por su parte lo tiene legislado en el artículo 24 de la siguiente manera: “Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones”.

La República Bolivariana de Venezuela en su artículo 60 sostiene que: “Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación”.

En la Constitución Política del Perú encontramos dicho derecho en el artículo 2º: “Toda persona tiene derecho: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias”.

En Chile está legislado en el artículo 19 “La Constitución asegura a todas las personas: 4º El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia”.

En la República del Paraguay está tutelado en el artículo 33: “La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública. Se garantizan el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.”

La Constitución de la República Oriental del Uruguay en su artículo 10: “Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”

Por su parte en la República de *Colombia* está regulado en el artículo 15 que dice: “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”.

En la Constitución de la República Federativa del Brasil esta tutelado en el artículo 5º de la siguiente manera: “Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaliza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos: 10. Son inviolables la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas, asegurándose el derecho a indemnización por el daño material o moral derivado de su violación”.

Por último, para concluir con las constituciones de Latinoamérica, tenemos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que por medio del artículo 16 que dice: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento” .

El derecho a la intimidad esta tutelado en la Constitución de México no de manera expresa (al no utilizar textualmente el vocablo intimidad), pues la garantía de seguridad jurídica establece que nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles o posesiones, cuya finalidad es el respeto a un ámbito de la vida privada personal y familiar⁵⁹.

6-CONCLUSION DEL TRABAJO DE INVESTIGACION

Para concluir dicho trabajo de investigación me intereso dicho derecho ya que tiene un gran conflicto con la libertad de expresión. En los fallos comentados se puede apreciar cómo se produce la puja entre los dos derechos protegidos constitucionalmente.

La privacidad o intimidad se debe resguardar siempre que no ofendan de ningún modo al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a terceros.

Este principio está regulado no solo constitucionalmente, sino que encuentra protección en el nuevo Código Civil y Comercial a través de dos artículos (52 y 1770).

La Corte Suprema en el fallo “Vago, Jorge A. c/Ediciones La Urraca S.A. y otros”, separa en tres categorías de personas: en primer lugar las figuras públicas oficiales (que son los funcionarios públicos), las figuras públicas no oficiales (que son particulares vinculados al público –personajes célebres–) y las figuras privadas.

⁵⁹ MEXICO A TRAVES DE LA HISTORIA. “El derecho a la intimidad en la constitución mexicana”. Para más información visitar el sitio web: <https://mexicotenoctitlan.wordpress.com/2011/08/15/el-derecho-a-la-intimidad-en-la-constitucion-mexicana/>.

La Corte Suprema, con fundamento en el derecho a la privacidad e intimidad, desarrollo una regla que la actuación pública o privada de los personajes célebres o de personajes populares solo puede divulgarse en lo que se relaciona con su actividad que les confiere prestigio o notoriedad, siempre que lo justifique el interés general. Para dicho tribunal, el avance sobre dicho derecho no autoriza a dañar la imagen pública ni el honor de dichas personas.

La conducta del sujeto también es importante ya que puede haber admitido intromisiones o invasiones a su privacidad cuando esté la hace pública a su vida privada.

También hay que destacar, que hay datos de la vida íntima de un sujeto que tienen que permanecer fuera del interés del público y solo deben difundirse si hay un interés público, relacionado con la tarea pública de dicho sujeto.

En mi opinión, si bien la libertad de expresión es un derecho muy importante en un estado democrático, en caso de conflicto con el derecho a la privacidad, este último tendría que ser más importante.

Sin importar si es una persona pública o un personaje célebre, a todas las personas se les debe respetar su privacidad y nadie debe entrometerse en la vida privada de otra persona sin su consentimiento.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

BIDART CAMPOS, German J: "Compendio de Derecho Constitucional". Ediar, 2004.

BIDART CAMPOS, German J: "Manual de la Constitución Reformada". Ediar, 1996-1997.

CARAMELO, Gustavo: "Código Civil y Comercial de la Nación comentado". Infojus, 2015.

GELLI, María Angélica: “Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”. La Ley, 2009.

LORENZETTI, Ricardo L.: “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”. Rubinzal-Culzoni, 2014.

RIVERA, Julio Cesar: “Código Civil y Comercial comentado”. La Ley, 2014.

ROSATTI, Horacio: “Tratado de Derecho Constitucional”. Rubinzal-Culzoni, 2010.

SAGÜES, Néstor Pedro: “Manual de Derecho Constitucional”. Astrea, 2007.

SAGÜES, Néstor Pedro: “Elementos de Derecho Constitucional”. Astrea, 2003.

ZARINI, Helio Juan: “Constitución Argentina comentada y concordada”. Astrea, 2006.