

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| RESUMEN | 5 |
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| PRIMERA PARTE | |
| CAPÍTULO I | |
| MARCO TEÓRICO | |
| Enfoque epistemológico | 20 |
| Objetivos..... | 20 |
| Hipótesis de trabajo | 21 |
| Una visión pragmática del Derecho | 22 |
| CAPÍTULO II | |
| El Derecho a la Intimidad | 31 |
| La protección del <i>Derecho a la Intimidad</i> en el Derecho argentino | 36 |
| Legislación positiva internacional | 40 |
| Análisis de la doctrina civilista argentina sobre el <i>Derecho a la Intimidad</i> | 41 |
| Delimitación del contenido del <i>Derecho a la Intimidad</i> en la doctrina argentina | 56 |
| Conclusiones..... | 62 |
| CAPÍTULO III | |
| La Doctrina europea sobre el <i>Derecho a la Intimidad</i> | 64 |
| El <i>Derecho a la Intimidad</i> en el Derecho Comunitario Europeo | 72 |
| Conclusiones..... | 76 |
| CAPÍTULO IV | |
| La responsabilidad por violación a la dignidad de las personas en un análisis comparativo entre el <i>common law</i> y el Derecho Civil argentino | 79 |
| Dignitary torts..... | 80 |
| Análisis comparativo entre ambos derechos..... | 97 |
| Conclusiones..... | 99 |

SEGUNDA PARTE

CAPÍTULO I

| | |
|---------------------------------------|-----|
| Metodología..... | 105 |
| Recolección de los datos..... | 106 |
| Análisis y cuadros comparativos | 107 |

CAPÍTULO II

| | |
|-------------------------------------------------------|-----|
| Análisis cuantitativo | 108 |
| Diversidad de temas, Cortes, jueces y criterios. | 109 |
| Conclusiones..... | 126 |

CAPÍTULO III

| | |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El <i>Derecho a la Intimidad</i> y la autonomía personal | 127 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática del <i>Derecho a la Intimidad</i> y el Derecho a la disposición del propio cuerpo (1972-2008)..... | 136 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y el Derecho a la Información (1972-2008)..... | 142 |
| Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se trata la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y el Derecho a la disposición del propio cuerpo (1972-2008)..... | 150 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos que tratan conjuntamente la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y el Derecho a la Información. (1972-2008)..... | 157 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina que tratan la temática del Derecho a la Intimidad y estupefacientes (1972-2008)..... | 163 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y estupefacientes. (1972-2008)..... | 169 |
| Conclusiones..... | 173 |

CAPÍTULO IV

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El <i>Derecho a la Intimidad</i> y la libertad de expresión | 175 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y libertad de expresión (1972-2008)..... | 175 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia norteamericana que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y libertad de expresión (1972-2008). | 200 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y la difusión de imágenes (1972-2008)..... | 205 |
| Conclusiones..... | 207 |

CAPÍTULO V

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| El <i>Derecho a la Intimidad</i> y la libertad de asociación..... | 210 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y libertad de asociación (1972-2008)..... | 210 |
| Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que tratan la temática <i>Derecho a la Intimidad</i> y libertad de asociación (1972-2008). | 216 |
| Aptitud nupcial, matrimonio, relaciones conyugales y <i>Derecho a la Intimidad</i> en la Corte argentina (1972-2008)..... | 221 |
| Aptitud nupcial, matrimonio, relaciones conyugales y <i>Derecho a la Intimidad</i> en la Corte de los EE. UU. | 224 |
| Análisis de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina..... | 225 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Análisis de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU. | 230 |
| Conclusiones..... | 232 |
| | |
| CAPÍTULO VI | |
| Validación <i>Derecho a la Intimidad</i> en los fallos de las Cortes Argentina y de los Estados Unidos | 235 |
| Hacia la verificación de la hipótesis | 244 |
| | |
| CAPÍTULO VII | |
| Una teoría general sobre la validez del <i>Derecho a la Intimidad</i> en el Derecho argentino y estadounidense...250 | |
| De la intimidad como valor al <i>Derecho a la Intimidad</i> | 250 |
| La intimidad como valor y como Derecho | 253 |
| De lege ferenda | 257 |
| Síntesis y conclusiones finales..... | 260 |
| | |
| CAPÍTULO VIII | |
| Propuesta de reforma legislativa..... | 266 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA | 268 |
| | |
| FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA | 279 |
| | |
| FALLOS DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA | 283 |
| | |
| OTRA JURISPRUDENCIA CONSULTADA | 284 |
| | |
| ANEXO I CUADRO FALLOS CSJA 1972-2008 QUE TRATAN SOBRE DI | |
| | |
| ANEXO II CUADRO FALLOS CSJUSA 1972-2008 QUE TRATAN SOBRE DI | |
| | |
| ANEXO III CUADRO FALLOS A FAVOR DI CSJA Y CSJUSA | |
| | |
| ANEXO IV CUADRO FALLOS A FAVOR DI/ESPECTÁCULO CSJA Y CSJUSA | |
| | |
| ANEXO V CUADRO FALLOS CSJA POR MINISTROS | |
| | |
| ANEXO VI CUADRO FALLOS CSJA POR MINISTROS ORDENADO | |

ANEXO VII CUADRO FALLOS A FAVOR DI CSJA Y CSJUSA

ANEXO VIII CUADRO FALLOS CSJUSA POR MINISTROS

Índice de abreviaturas

Art.: Artículo

CC: Código Civil de la República Argentina

CN: Constitución de la Nación Argentina

Cons.: Considerando

CSJA: Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

CSJUSA: Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América

DI: Derecho a la Intimidad

EE.UU.: Estados Unidos de América

Inc.: Inciso

STJCE: Superior Tribunal de las Comunidades Europeas

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TUE: Tratado de la Unión Europea

El proceso de validación del *Derecho a la Intimidad* en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina. Un estudio comparativo, con especial atención en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

Resumen

Los términos privacidad e intimidad son usados cada vez con mayor frecuencia, tanto en el ámbito de la vida cotidiana como en los ambientes académicos y jurídicos. Existe una amplia literatura considerando su importancia, valor y cuidado en diferentes culturas y sociedades. Sin embargo, no hay ni en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio uniforme sobre sus significados.

Esa incertidumbre respecto de sus contenidos se refleja también en el desarrollo del Derecho a la Intimidad. Al mismo tiempo, su posible colisión con otros derechos dificulta establecer el alcance exacto de su protección.

La literatura jurídica trata el Derecho a la Intimidad como un interés con valor moral o como un derecho que debe ser protegido.

En este trabajo se indaga con una metodología -cuantitativa- sobre el significado, el contenido y la protección del Derecho a la Intimidad en la jurisprudencia de las Cortes Supremas de la República Argentina y de los Estados Unidos de América, a partir del cual se propone una alternativa para la mejor protección de la intimidad en el sistema jurídico argentino.

Introducción

El *Diccionario de la Lengua Española* indica como primera acepción del vocablo intimidad, derivado del latín *inti* (interior) y del vocablo de origen europeo *mus* que expone el carácter superlativo, a la amistad íntima. La segunda acepción la define como “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.*”¹ A su vez, dice que privacidad es aquel ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión.

El *Black's Law Dictionary* define al *Right of Privacy* como el Derecho a la autonomía personal implícito en las zonas de privacidad creadas por las garantías constitucionales.² El *Diccionario de Derecho* de Ossorio y Florit y Cabanellas de las Cuevas establece que el *Derecho a la Intimidad* refiere al Derecho que todas las personas tienen de que sea respetada su vida íntima a efectos de que nadie pueda entrometerse en la existencia ajena.³

Si bien los diccionarios son claros, el tratamiento normativo que han tenido la intimidad y la privacidad ha sido errático porque la vida en sociedad presenta diferentes circunstancias en las que los límites de la zona de intimidad puedan o deban ser flanqueados. Establecer esos límites ha sido una tarea a la que se han abocado las leyes, la jurisprudencia y la doctrina de manera creciente en los últimos años.

En este trabajo indagamos sobre uno de esos límites: el establecido por la tensión existente entre intimidad y espectáculo.

Este último vocablo deriva del latín *spectacŭlum* y refiere una función o diversión pública realizada en cualquier lugar en que se congrega la gente para presenciarla. También refiere al conjunto de actividades profesionales relacionadas con esta diversión y a aquello que se ofrece a la vista o a la contemplación para atraer la atención y mover el ánimo infundiéndole deleite, asombro, dolor u otros afectos más o menos vivos o nobles y finalmente

¹ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición.

² Garner, Bryan, *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn 1999.

³ Cfr. Ossorio y Florit, Manuel, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario de Derecho*, Heliasta, Buenos Aires 2010.

a aquella acción que causa escándalo o gran extrañeza.⁴ Nótese la clara tensión existente entre las etimologías de ambos términos: zona reservada/función para ser presenciada y ofrecida a la vista; zona espiritual de la amistad y de una familia/causa escándalo o gran extrañeza.

El supuesto básico de esta investigación considera que la legislación no ha establecido claramente los ámbitos específicos de lo íntimo y del espectáculo, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha debido suplirla, interpretando la ley de modo que pudiera darse a la intimidad una protección adecuada. Por lo que se considera que este estado de cosas requiere ser superado y legislado explícitamente.

Por lo que la tesis de este trabajo es que la intimidad y la privacidad constituyen el mismo Derecho Subjetivo personalísimo específico y que cuando son presentadas como espectáculo, sin el consentimiento del interesado, se integra un delito civil con todos sus requisitos y consecuencias.

Presupuestos de trabajo

La investigación científica del Derecho supone la identificación de conductas cuya condición normativa sea incierta, por la oscuridad de la ley o por las incertezas del sistema jurídico. Categorizada la conducta, debe analizarse la fuente de la incertidumbre deóntica y luego proponer una solución, de allí que la búsqueda de la certeza del Derecho sea un principio axiomático de toda investigación jurídica: dar certezas a los individuos es el principio general constitutivo del ordenamiento jurídico y lo es por su valor como formulación técnica de la ciencia del Derecho y también por las consecuencias que este principio tiene para la vida en sociedad.

El grado máximo de certezas surge de textos normativos claros. De todos modos, los preceptos unívocos son imposibles de lograr y su aproximación surge del proceso de producción normativa con base científica y del proceso de interpretación de las reglas que hacen los jueces y los doctrinarios.

⁴ Cfr. Real Academia Española, *op. cit.*

Muchos aspectos de la actualidad social requieren la atención del Derecho, entre ellos la intimidad, que es un bien cada vez máspreciado y al mismo tiempo tiene mayor posibilidad de vulneración. La tecnología ofrece posibilidades de intromisión y de vigilancia que invaden cada vez más la intimidad del ciudadano. Jurídicamente, a pesar de los grandes esfuerzos de la legislación y la jurisprudencia por lograr una adecuada protección de la intimidad, se advierte una gran dificultad conceptual para lograrlo.

La estetización general de la existencia implica que el hombre de nuestra época vive en un mundo transparente, en un espacio sin solución de continuidad, en donde la concepción tradicional del tiempo se ha disuelto por las posibilidades concretas que ofrece la tecnología. Por los efectos especiales tecnológicos que han dado el poder a los medios de comunicación ahora *todo* puede ser conocido. Hace ya varios años Vattimo consideró que por la acción de los medios de comunicación no es posible distinguir entre lo real y lo representado y presenta a aquéllo como la forma superficial de éste.⁵

Paradójamente, se combinan en la sociedad contemporánea tres elementos: las nuevas tecnologías que comunican y exponen toda la vida de la persona, sus propios impulsos -que la llevan a mostrarse a la vista no sólo de los que conforman su círculo próximo sino también de todo el mundo cibernético que lo ve todo desde todos los ángulos- y las necesidades de transparencia propias de la vida democrática.

Así, la mujer y el hombre contemporáneo *ya no están solos*, están expuestos junto con todo lo demás, *como una cosa más* y resulta muy difícil conceptualizar la idea de *the right to be alone*.

En efecto, para el hombre de nuestros días estar solo irónicamente resulta prácticamente imposible, a pesar de lo solo que se siente. Parece una paradoja cuasi-existencial que por lo sola que se siente la persona, sus impulsos lo llevan simultáneamente a mostrarse y a reclamar la protección por parte del Derecho de su ámbito de intimidad.

La exposición de la intimidad a través de los medios de comunicación supone su representación pero se muestra algo diferente, tiene un plus de significado, algo distinto a la realidad, pero la similitud es solamente exterior: es una realidad transfigurada.

⁵ Vattimo, Gianni, *La sociedad transparente*, Paidós, Barcelona 1996.

Esto no debe ser interpretado como una descripción negativa del mundo actual, por el contrario, la multiplicidad de realidades que ofrecen los *mass media*, incluida *Internet* tiene una riqueza antes inimaginable. Efectivamente, ahora hasta lo íntimo y lo trivial puede ser noticia o una obra de arte.

Esta nueva realidad, cuya regulación normativa no logra alcanzar la volatilidad de la tecnología, es la que reclama la atención del Derecho, cuyas estructuras conceptuales están aún ligadas a las categorías tradicionales de *espacio privado-espacio público*, *persona privada-persona pública*.

En la sociedad de la tecnología todos los espacios son transparentes, todas las personas son públicas, por lo que la concepción de vida privada o acciones privadas excluyen la consideración espacial y la distinción de las personas.

Esta nueva combinación de factores genera la centralidad de la intimidad como fenómeno en la sociedad contemporánea. Al ser el Derecho el primer gran espejo comunitario es lógico y necesario que refleje dicha centralidad.

La preocupación de la protección de la intimidad ha oscilado entre el Derecho a la identidad personal, el Derecho a la auto-determinación, el derecho a controlar el tratamiento de datos personales, el Derecho a la no difusión de aspectos de la personalidad en un viaje conceptual que abarca un amplio rango de nuevos Derechos civiles característicos de la sociedad contemporánea.⁶

Por lo que resulta conveniente abordar cada una de esas circunstancias para analizarlas por separado. En este trabajo se considera que el primer eslabón del *Derecho a la Intimidad* es aquel referido a la publicidad espectacular de lo íntimo sin la debida autorización del interesado.

En efecto, la espectacularización de la intimidad se presenta como principal y especialmente interesante. La intimidad está en tensión con el espectáculo porque convierte a la persona en protagonista involuntaria de una vida representada.

En este sentido es promisorio explorar la relación conceptual entre *intimidad* y *espectáculo* ya que estas categorías presentan una clara tensión en lo más específico de la

⁶ Esta evolución se analiza y demuestra en la Parte Primera de este trabajo.

problemática contemporánea. Ya en la idea original del juez Brandeis⁷ (que se desarrolla más adelante) el intangible afectado era la publicidad de la intimidad revelada por los medios de prensa de personas privadas y/o públicas con afán de hacer de ellos, de sus vidas y de sus circunstancias una noticia de la que no querían ser protagonistas.

De todos modos, hay otros aspectos de la intimidad que exceden los alcances de este trabajo pero que también requieren un estudio y análisis detallado, en particular el *Derecho a la Intimidad* en las acciones contra el terrorismo.

La ambición de espectacularidad es a la sociedad actual lo que la autoridad de los magistrados fue a la época constituyente histórica: algo que debía limitarse para proteger la libre expresión de la persona. En efecto, la espectacularidad de la vida contemporánea es lo contrario del refugio que permite encontrarle sentido a la vida, es lo contrario de la actividad conversacional por la que Uno se encuentra con el Otro. Priva a la persona de su intimidad - que sólo puede ser experimentada y nunca representada- y la convierte en mero espectador de objetos intangibles.

Si bien es cierto que por la propia inercia de la vida en sociedad la persona contemporánea autoriza en parte la divulgación de su intimidad, la desproporción y la divulgación desbocada en forma de espectáculo se presenta como un fenómeno que merece ser estudiado. De allí que el *Derecho a la Intimidad* sea la conceptualización de la lucha por la revalorización de la vida como experiencia personal auténtica. En oposición a la sociedad espectacular, que se engaña a sí misma, convirtiendo todo en la industria de lo aparente, de la felicidad idealizada en entornos artificiales, en la obsesión por la vida de los otros, en la ficción de la vida propia.

El primer impulso de quienes anticiparon los ataques a la intimidad fue proteger sus espacios vitales: fijaron límites al avance sobre el domicilio y la correspondencia. Ya no resulta suficiente con la protección de los artefactos sino que se requiere una conceptualización que proteja a la persona contra los intentos de hacerla misma artefacto o lo que es peor, una función pública.

⁷ Louis Brandeis dio el puntapié inicial a la problemática del *Derecho a la Intimidad* en su famoso artículo *The Right to Privacy*, publicado en *Harvard Law Review* en 1890. Su contenido y consecuencias se analizan más adelante.

Si bien actualmente está exacerbada la tendencia humana hacia la teatralización, se advierte que la espectacularización de la persona que realizan los *mass media* la convierte en *cosa para ver* sin ningún límite.

Se puede concebir la sociedad del espectáculo como la inversión de lo que se vive auténticamente, como aquello que por ser una representación *para ser observada* es lo contrario de lo íntimo. Contradictoriamente, se presenta a sí misma como el mundo real cuando no es más que la afirmación de la simple apariencia, ficción verosímil.

La relación entre Derecho y ficción tiene larga data. Por las elaboraciones teóricas del Derecho, los ausentes pueden estar presentes (a través de los poderes de representación), los extraños se convierten en hijos (como en el caso de la adopción), la ley se hace conocida por todos (Código Civil) y los hombres son considerados iguales por ficciones jurídicas⁸ que incorporan derechos a representaciones de cosas que no son. También un concepto central del Derecho como el de persona tiene larga vinculación con el espectáculo: el término latino *persona* -clave para la comprensión moderna de *Derecho a la Intimidad*- deriva de la voz griega *prósôpon*, máscara que cubría el rostro de un actor al desempeñar su papel en el teatro.

Sin embargo el ejercicio del Derecho se da en la sociedad real y a pesar de que frecuentemente trabaje con ficciones, su función es dar certezas por lo que desentrañar los términos de la relación entre intimidad y espectáculo se presenta como necesario.

La hipótesis central de este trabajo considera que la difusión de la intimidad como espectáculo es una actividad ilícita. Para verificarlo se realiza un análisis del sistema jurídico argentino y particularmente de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina como agente de validación del Derecho y se la compara con la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos por la anticipación con que ha considerado y resuelto esta problemática.

El interés de proteger jurídicamente la intimidad nació a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX a partir de la elaboración jurisprudencial de los Estados Unidos de América.⁹ Fueron los jueces de ese país quienes primeramente protegieron este derecho en los

⁸ Cárcova, Carlos María, *Las teorías jurídicas post positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007, p. 48.

⁹ Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires 2008, p. 606.

casos *Marks v. Jaffa* de 1893; *Pavesich v. New England Mutual Life Insurance Co.* de 1905 y *Douglas v. Stokes* de 1912. Desde entonces no ha cesado en dicho país el interés por su protección.

Por otra parte, el interés por el *Derecho a la Intimidad* en Europa y en la República Argentina tuvo un desarrollo posterior. Si bien hay antecedentes de protección de ciertos aspectos de la personalidad y de la intimidad tanto en Italia, Francia, Alemania, España y la Argentina, la influencia de los Estados Unidos ha llevado a acuñar el término *privacy* en inglés, como el que mejor refleja el Derecho en cuestión protegido en ambos lados del Atlántico. Dado el tratamiento anterior en la jurisprudencia de los Estados Unidos, la jurisprudencia argentina y europea muchas veces refleja su influencia, como en otros aspectos constitucionales del Derecho argentino.

En efecto, las similitudes entre el sistema jurídico-institucional argentino y el norteamericano son muchas. El Derecho argentino ha tomado del constitucionalismo de los Estados Unidos la organización y las atribuciones que tiene su Poder Judicial. En este sentido, tanto la Argentina como los Estados Unidos han optado por un sistema de preeminencia constitucional, como garantía final de los derechos y como contrapeso de la actividad del gobierno en todas sus funciones. Del mismo modo ambos países optaron por un sistema similar de control de constitucionalidad. En este aspecto es ampliamente conocida la influencia de los Estados Unidos. Manili sostiene que el caso “*Sojo, de 1887, no es más que una aplicación analógica de Marbury v. Madison*”¹⁰ que con una buena dosis de coraje incorpora la teoría del *judicial review* en un momento del país con sus instituciones aún en formación.

Se advierte también la influencia de la Constitución americana en su artículo VI de establece que

Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en su consecuencia se dicten y todos los tratados celebrados o a celebrarse bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país y los jueces

¹⁰ Manili, Pablo, Luis, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1963-2007*, Editorial Universidad, Buenos Aires 2007, p. 58.

de cada Estado estarán sujetos a ella, no obstante cualquier disposición en contrario contenida en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Esta cláusula es claramente el antecedente del artículo 31 de la Constitución Argentina.¹¹ No cabe duda de que los términos y el espíritu de ambas Constituciones son coincidentes en este sentido.

En este sentido resulta interesante el debate que tempranamente se planteó entre Sarmiento y Alberdi sobre el valor de la jurisprudencia norteamericana como fuente del Derecho Constitucional argentino, referenciado por Manili.¹² Sarmiento propiciaba la independencia del Poder Judicial al modo del modelo norteamericano pues a su criterio

*los términos de la Constitución Americana y los de la nuestra coinciden tan perfectamente en establecer la jurisdicción constitucional que podemos sin restricción reproducir las doctrinas recibidas para la una como perfectamente emanada de la otra.*¹³

Juan Bautista Alberdi, por su parte, sostenía que no se debía aplicar la experiencia americana directamente y concluye que *“la ley extranjera debe ser interrogada siempre, después de la ley propia y nunca sola con exclusión de otras.”*¹⁴

La discusión planteada entre Sarmiento y Alberdi mantuvo su vigencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina a lo largo de todo su desarrollo histórico. Son muchos los institutos del Derecho argentino que han delineado su contenido y alcance por influencia de la jurisprudencia norteamericana. Baste considerar como ejemplo el principio de igualdad y la doctrina de la real malicia.

La jurisprudencia de la Corte argentina se vio fuertemente influenciada en su interpretación del principio de igualdad por el criterio establecido por la Corte de los Estados Unidos en *E. S. Royster Guano Co. v. Virginia* de 1920. En este caso la Corte norteamericana

¹¹ Spota, Alberto A., *Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*, en Santiago, Alfonso y Álvarez, Fernando (Editores), *Función política de la Corte Suprema*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2000, p. 26.

¹² Manili, P. *op. cit.*, p. 54.

¹³ Sarmiento, Domingo Faustino, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, en Manili, P., *op. cit.*, p. 55.

¹⁴ Alberdi, Juan Bautista, *Estudio sobre la Constitución Argentina de 1853*, en Manili, P., *op. cit.* p.56.

sostuvo que las clasificaciones de personas debían ser “razonables, no arbitrarias, y que debía fundarse la diferencia en “una relación justa y sustancial entre ella y el objeto buscado por la legislación, de modo que todas las personas ubicadas en circunstancias similares deben ser tratadas del mismo modo.”¹⁵ En el caso *García Monteavaro c/Amoroso y Pagano* del año 1957 la Corte argentina sostuvo que

*la garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas.*¹⁶

La Corte argentina viene desarrollando una interpretación del principio de igualdad en línea coincidente con los argumentos de la Corte de los Estados Unidos sin perjuicio de desarrollar sus propios aportes. Así tiende a incorporar la identificación de ciertos criterios de trato diferenciado como “en principio” irrazonables y que por lo tanto motivan una presunción de inconstitucionalidad.¹⁷ Nótese que las categorías “nacionalidad” y “sexo” ya fueron tratadas en la jurisprudencia del país del norte como “categorías sospechosas”.

Otro ejemplo de un desarrollo conceptual de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que influyó en el de la Argentina fue la doctrina de la real malicia. En el caso *New York Times Co. v. Sullivan* de 1964 en palabras del juez Brennan la Corte establece que

*cuando una publicación ofende a una figura pública ésta sólo puede obtener la condena de su presunto agresor si logra demostrar que los datos o la información publicados son falsos y que fueron utilizados a sabiendas de ello o con desprecio negligente por su autenticidad. Sin la concurrencia de estos dos extremos, no hay condena.*¹⁸

¹⁵ U.S. 412, 415. En el mismo sentido *Reed v. Reed*, 404 US 71 de 1971.

¹⁶ Fallos: 238:60.

¹⁷ *Repetto, Inés María c/ Provincia de Buenos Aires s/ inconstitucionalidad de normas legales y González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba.*

¹⁸ En Bianchi, Alberto, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2008, p. 341.

Este criterio fue tomado por la Corte Suprema argentina en el caso *Campillay, Julio César c/La Razón y otros* del año 1986 donde si bien se protege el derecho a la libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de información, sostiene que este derecho no es absoluto y si bien “existe” y debe respetarse, no debe interpretarse que exime a los medios de prensa o a los periodistas de la responsabilidad que les corresponde por sus dichos. Por supuesto, no se puede soslayar que la evolución institucional de ambos países, también en lo referido a la Corte Suprema, fue muy diferente. Los Estados Unidos tuvieron un marco institucional estable y reconocido desde el principio. El argentino fue accidentado e interrumpido en numerosas oportunidades. Sin embargo, actualmente el marco democrático que rige en ambos países brinda un contexto institucional comparable.

A la justificación del análisis de los dos sistemas jurídicos, corresponde también argumentar sobre la pertinencia del análisis jurisprudencial de los fallos de las Cortes Supremas. Donde la ley es clara, corresponde su aplicación sin mayor interpretación, pero cuando acontecimientos posteriores a la sanción de la norma modifican su alcance y aplicación, la tarea de interpretación resulta indispensable. En el caso del *Derecho a la Intimidad*, que se ha visto gravemente alterado por las nuevas tecnologías, los problemas de seguridad y por el afán de espectáculo, la tarea jurisprudencial ha sido fundamental para el esclarecimiento de su contenido. Bidart Campos sostiene que el valor de un sistema jurídico de un determinado país no está sólo en los textos escritos que adoptó

*sino en la obra práctica, realista que significó encontrar la fórmula que armonizaba intereses, tradiciones, pasiones contradictorias y belicosas. Su interpretación auténtica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad que le permite envejecer con el cambio de las ideas, crecimiento o redistribución de intereses, siga siendo el instrumento de ordenación política y moral de la Nación.*¹⁹

Si bien es cierto que en el sistema civil continental la tarea de los jueces consiste en la “aplicación del Derecho”, la inevitable interpretación de la norma trae aparejada la toma de

¹⁹ *Fallos*: 178:9 en Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El tribunal de garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires 2010, p. 24.

decisiones valorativas. Este *adicional*, que también constituye el sistema jurídico de un país, implica que en el proceso judicial encontramos un

*ámbito de deliberación política acerca de lo que es justo (...) y presupone que la ley no se limita al texto legal sino que adquiere significado por medio de un proceso interpretativo que involucra a una amplia gama de actores que incluye a jueces, abogados, estudiantes de derecho, profesores, académicos, organizaciones no gubernamentales, etcétera.*²⁰

Pero al decir de Saba, “*la constitución es una práctica y no un texto legal claro y omnicomprendido. Por ello la construcción del deseado rule of law, (...) requiere una práctica interpretativa colectiva.*”²¹ Ahora bien, dicha interpretación no faculta a los jueces a crear nuevas normas de Derecho sino que se debe orientar a desentrañar los estándares de razonabilidad que la misma ley impone, no las suyas propias. En este sentido, el análisis de los fallos judiciales, considerando y evaluando las razones que los jueces ofrecen como fundamentos de sus sentencias, resulta una tarea esencial en la investigación científica del Derecho. En este contexto de interpretaciones judiciales, el debate sobre las decisiones de los jueces debe ser lo más amplio posible ya que “*por razones epistémicas, dicho debate es moralmente superior si la deliberación es más robusta*”.²²

Un análisis centrado en las decisiones jurisprudenciales de los máximos agentes del sistema judicial hace más amplio el debate sobre lo que significa la ley y por lo tanto brinda seguridad y certeza al sistema jurídico.

Por otra parte existen motivos metodológicos que justifican la comparación entre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina y la de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América. El método comparativo permite proporcionar mayor seguridad a las conclusiones del análisis de cada jurisprudencia nacional. La comparación brinda evidencia que refuerza las conclusiones obtenidas en el análisis del

²⁰ Saba, Roberto, *Las decisiones constitucionales de Ulises. Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina*, en AAVV, *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires 2005, p. 16.

²¹ Saba, R., *op. cit.*, p. 29.

²² Saba, R., *op. cit.*, p. 29.

proceso de validación del *Derecho a la Intimidación* en cada país. Particularmente, al analizar el proceso de validación del *Derecho a la Intimidación*, el método comparativo permitió evaluar semejanzas y diferencias entre los resultados logrados por la hermenéutica de los juristas de cada país, sumando certeza respecto de los resultados. Resultaba imposible, en la escala de este trabajo, realizar un estudio comparativo del universo completo de jurisprudencias comparadas, por lo que fue necesario seleccionar una muestra. La relevancia de dicha muestra resultaba a su vez fundamental para la validez de la inferencia causal posterior. La estrategia utilizada consistió en la selección de dos casos paradigmáticos que tuvieran suficientes similitudes como para que fueran comparables pero que a su vez fueran suficientemente diferentes como para que el análisis resultara más enriquecedor. La raíz civilista continental del Derecho argentino y la pertenencia del Derecho de los Estados Unidos a la tradición del *common law* brinda las similitudes y diversidad requeridas. La justificación de un análisis comparativo se vincula con el concepto de validez, que requiere del apoyo de los procedimientos de aplicación. El análisis tanto cuantitativo como cualitativo de los fallos de las Cortes Supremas, agentes principales de aplicación normativa en ambos países, brinda evidencia empírica valiosa para comprender el proceso de validación del Derecho en general y del *Derecho a la Intimidación* en particular. Si bien es cierto que no puede limitarse el estudio del Derecho al análisis jurisprudencial, su aporte es cada vez más valorado.

Este trabajo se inscribe en el campo del Derecho Civil. Su estructura consta de la presente introducción, dos partes centrales y conclusiones.

En la Primera Parte se desarrolla el capítulo metodológico junto con el enfoque epistemológico y jurídico-filosófico asumido. El enfoque epistemológico parte de la evidencia de las sentencias judiciales de las Cortes Supremas estudiadas como información fundamental para comprender el alcance del *Derecho a la Intimidación* en los sistemas jurídicos argentino y de los Estados Unidos de América. El enfoque jurídico-filosófico es pragmatista, por cuanto considera al derecho como determinado por hechos sociales, como la continuidad de la actividad social colectiva. En el segundo capítulo se presenta un análisis conceptual sobre el *Derecho a la Intimidación* en la doctrina civil argentina y europea y luego su tratamiento

comparativo con el *common law*. El objetivo de esta Primera Parte es delimitar el contenido del *Derecho a la Intimidad* en la tradición civilista y del *common law*.

En la Segunda Parte se investiga el tratamiento cuantitativo y conceptual dado por las Cortes de referencia al *Derecho a la Intimidad*, procurando identificar particularmente la consideración dada a la difusión de la intimidad como espectáculo. Ciertamente el objetivo de esta segunda parte es la verificación de la hipótesis planteada.

Finalmente, las conclusiones recogen los principales aportes de esta investigación. Se acompañan como anexos los cuadros matrices realizados como fuentes de datos.

Primera Parte

Capítulo I

Marco teórico

Enfoque epistemológico

El supuesto que subyace detrás de esta investigación es que sólo se podrá comprender el significado de un Derecho si se lo relaciona con su práctica ya que la validez del Derecho depende de su proceso de validación. El proceso del Derecho en general y del *Derecho a la Intimidad* en particular tiene diferentes actores. Este estudio se centra en el camino seguido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y por la de los Estados Unidos de América, que, como referentes privilegiados, fueron tallando su contenido paulatinamente a lo largo de numerosos fallos.

A su vez, este trabajo es consecuencia de una línea de investigación que valoriza la importancia de brindar evidencia empírica para completar el análisis doctrinario. Así, resulta un eslabón que abre el juego para futuras investigaciones afines sobre la validación de otras situaciones jurídicas que también requieran ser analizadas.

Se realiza una investigación longitudinal, descriptiva, explicativa, cuantitativa y cualitativa a través del análisis agregado de los cuadros estadísticos generados, de la tabulación, clasificación y análisis de todos los fallos de las Cortes argentina y de los Estados Unidos entre los años 1972 y 2008 que tratan sobre el *Derecho a la Intimidad*.

Objetivos

Objetivos generales

- Establecer el tratamiento dado al *Derecho a la Intimidad* en la doctrina argentina y extranjera.
- Precisar el contenido del *Derecho a la Intimidad* en la jurisprudencia de las Cortes Supremas de la República Argentina y de los Estados Unidos de América.

- Establecer el estatus deóntico de la difusión de la intimidad de las personas como espectáculo para cada una de estas Cortes.

Objetivos específicos

- Relevar la doctrina civilista y del *common law* sobre el *Derecho a la Intimidad*.
- Obtener la totalidad de los fallos judiciales de las Cortes Supremas argentina y estadounidense respecto del *Derecho a la Intimidad* en los períodos establecidos.
- Conformar un sistema de evaluación diacrónico de las sentencias referidas.
- Diseñar la base de datos.
- Completar dicho cuadro con los datos requeridos.
- Analizar los argumentos manifestados en los votos de los miembros de las dos Cortes Supremas en estudio respecto del contenido y alcance del *Derecho a la Intimidad*.
- Establecer el tratamiento dado por los jueces de las Cortes Supremas de referencia a los planteos por violación al *Derecho a la Intimidad*;
- Evaluar y reflexionar sobre las consecuencias del tratamiento dado por dichas Cortes al *Derecho a la Intimidad*.

Hipótesis de trabajo

La primera de las hipótesis que orientan este trabajo considera que difundir la intimidad de las personas como espectáculo es una conducta ilícita tanto en el Derecho argentino cuanto en el de los Estados Unidos de América. Surgen dos hipótesis secundarias que deberán cumplirse para verificar la principal: a) que el tratamiento de la violación de la intimidad es equivalente en el Derecho Civil argentino y en el *common law* americano y b) que el recorrido teórico argumental de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y la de los Estados Unidos ha sido homogéneo en cuanto a la protección, alcance y contenido del *Derecho a la Intimidad*.

Una visión pragmática del Derecho

La narrativa de los juristas sostiene frecuentemente que hay una vinculación de tipo conceptual, o sea, necesaria y no meramente fáctica, entre Derecho y moral. A su vez, sostiene una relación epistémica entre esos Derechos y “la naturaleza del ser humano”. Se esfuerza por hallar fórmulas políticamente neutrales, que puedan ser argumentadas *erga omnes* y a partir de las cuales sea posible seguir una política sobre los Derechos que respete la dignidad humana como se la entiende en Occidente ya que “descansa en la premisa de que el individuo humano posee un valor trascendente, que lo dota de derechos esenciales compartidos por todos los hombres y mujeres de la Tierra”.²³

La dignidad humana se presenta como la fuente de donde brotan todos los derechos, reemplazando la autonomía de los Estados como el origen de los sistemas jurídicos locales e incluso del sistema jurídico internacional. Así, la política jurídica impulsa el proceso de positivización de este criterio. Tanto la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948) y la *Convención Europea de Derechos Humanos* (1950) como la más antigua Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789) son ejemplos de ello.

En estas consideraciones se argumenta que no existe una buena razón -una razón práctica- para intentar esta construcción conceptual.

William James sostiene que el significado de un pensamiento se relaciona con la práctica y a su vez en relación con alguien²⁴: “la verdad sucede a una idea, llega a ser cierta, se hace cierta. Su validez es el proceso de su validación”.²⁵ Rechaza un orden de verdades trascendente ya que para él “toda verdad es relativa al ser del hombre”.²⁶ Esta posición filosófica generalmente es rechazada por relativista al sostener que identifica lo verdadero con lo útil. James no quiere entrar en esa discusión y simplemente se limita a sostener que lo práctico es “lo distintivamente concreto, lo individual, lo particular y efectivo, por oposición

²³ Escudé, Carlos, *La Nación*, Columna de Opinión, 11.06.07, p. 9.

²⁴ Cfr. James, William, *Pragmatismo*, Folio, Barcelona 1999, p. 25.

²⁵ Rodríguez Aranda, J. en prólogo a James, William, *Pragmatismo*, Folio, Barcelona 1999, p. 11.

²⁶ *Op. cit.*, p. 11.

a lo abstracto, general e inerte”²⁷, coincidiendo con lo que sostiene Wittgenstein en su célebre primera línea del *Tractatus logico-philosophicus*: “el mundo es todo lo que es el caso”.²⁸

En esta línea de pensamiento se puede argumentar que no existe una buena razón (una razón práctica) para insistir en la construcción conceptual que busca dar argumentos universalistas de los Derechos, ya que sólo se tiene conocimiento pleno, intuición, de lo individual, a lo que se le da sentido en su relación con los demás.

La argumentación sobre la posibilidad de la inteligibilidad de una sustancia que tiene existencia en sí resulta, desde Aristóteles, una tarea apasionante, pero que nadie ha logrado demostrar jamás. En *Metafísica y lenguaje* Alejandro Llano describe cómo el ser en las proposiciones se revela como diferenciado del ser real y propone una investigación sobre los sentidos del ser.²⁹ Básicamente adhiere a la doctrina tomista por la que “*las palabras son signos de los conceptos y los conceptos son semejanzas de las cosas (rerum similitudines)*”³⁰ y según cómo podamos conocer intelectualmente algo, así puede ser nombrado. Pero el acceso al ser sigue sin quedar demostrado.

Asimismo, la pretensión de los empiristas, tanto generales como lógicos, tampoco logra satisfacer. No pueden explicar el modo en que se produce el conocimiento ya que no alcanzan a resolver el problema de la comunicación del sentido de las impresiones que causan en nuestra mente las experiencias sensibles.

Si el significado depende de la verificabilidad empírica -como sostenían Carnap, Neurath y Schlick- y ésta es a su vez algo que se realiza a través de un estado mental personalísimo, ¿cómo puedo comprender lo que significan mis experiencias a los demás?³¹ Y, lo que es lo mismo, ¿cómo pueden ellos comprender mis experiencias? Tanto la argumentación racionalista como la empirista sostienen que la mente no tiene conocimiento directo de nada en el mundo sino sólo sus propios contenidos mentales *personalísimos*. La

²⁷ Dewey, John, *La miseria de la epistemología, Ensayos de Pragmatismo*, Biblioteca Nueva, Madrid 2000, p. 65.

²⁸ Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005, p. 49.

²⁹ Cfr. Llano, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, EUNSA, Ansoain-Pamplona 1984, pp. 119 y siguientes.

³⁰ *Ídem*, p. 116.

³¹ Cfr. Wittgenstein, L., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona 2004, p. 505.

correspondencia de la mente con el mundo es algo meramente supuesto. Las únicas justificaciones de esa relación son las que señalan Reguera y Muñoz³² en su prólogo al *Tractatus* de Wittgenstein: por un lado, la racionalista en donde, si hay un Dios creador y un mundo donde una proposición es verdadera, todas las que se siguen de ella, también lo son;³³ por otro lado, la del sentido común, por la que si el lenguaje no habla del mundo ¿de qué va a hablar?³⁴ y finalmente la creencia que llega desde Parménides de que “*algo lógico no puede ser sólo algo posible.*”³⁵

Sin embargo, estas disquisiciones adolecen de inconsistencias y terminan en el solipsismo. Adicionalmente resultan de escasos usos prácticos.

En el plano iusfilosófico es interesante advertir que Robert Alexy sostiene que no es posible elaborar una teoría material de los derechos fundamentales y que sólo puede lograrse una teoría de principios que establezca prioridades en aras de la libertad jurídica y la igualdad jurídica.³⁶

En el plano político ya Alexander Hamilton en *Federalist Papers*, concretamente en el n° 84, sostenía que era hasta peligroso incluir en las constituciones un catálogo de derechos, ya que podía restringir el goce del ciudadano a los expresamente nombrados y conocidos. Recomendaba, en cambio, la fórmula constitucional de restringir los poderes del Estado sin decir nada respecto de los derechos, dejando la lista abierta. Ciertamente una solución pragmática.

La Constitución argentina, advertida de las discusiones que se habían producido en los EE. UU., incluyó en el texto legal el artículo 33 que establece que “*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*

³² Cfr. Reguera, Isidoro y Muñoz, Jacobo, en Prólogo a Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005.

³³ Cfr. Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005, p. 89.

³⁴ *Ídem*, p. 108.

³⁵ *Op. cit.*, p. 50.

³⁶ Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002, p. 552.

pueblo y de la forma republicana de gobierno".³⁷ Las discusiones sobre estos puntos entran en una dinámica sin solución y sin salida. Pero, lo que es peor, sin ningún sentido práctico.

Lo que sí se encuentra a cada paso de la especulación teórica es la voluntad de creer. William James reclamó el derecho del ser humano a elegir sus creencias³⁸, "*no solamente cuando tiene delante pruebas o hechos decisivos, sino también en ausencia de ellos*"³⁹ porque sostenía que de un modo u otro estamos obligados a actuar y que la búsqueda de los argumentos y pruebas que determinarán cada creencia necesariamente comienzan de acuerdo con ellas.

Este enfoque práctico se aleja de los dualismos griegos: real-aparente, necesario-contingente, toma distancia de preguntas como ¿qué es lo existente?, ¿cómo se conecta el lenguaje con la realidad?, ¿qué son los Derechos Humanos? "*Estas preguntas presuponen que puede hacerse filosofía de forma ahistórica y olvidan que el significado de las palabras es relacional. Presuponen la idea errónea de que el examen de nuestras prácticas actuales puede darnos una comprensión de la estructura de todas las posibles prácticas humanas.*"⁴⁰

La descripción sistemática del mundo o del hombre no es más que una construcción a partir de *a priori* lógicos, pero no son descripciones de lo real sino del lenguaje sobre lo real.⁴¹ Por lo que disquisiciones sobre los fundamentos filosóficos del Derecho no deberían concentrarse en establecer la relación conceptual referida sino en buscar nuevos significados a los problemas que la vida depara, hacer explícitas las inseguridades de cada cultura. Correlativamente, la función del Derecho es dar certezas dentro de la volatilidad los factores sociales.

Si se toma por ejemplo la situación en la que viven miles de personas que no pueden manifestar sus creencias religiosas libremente, el reclamo de poder rezar a Dios según las creencias de cada uno debe distinguirse de la afirmación "*todos deben creer en la existencia de Dios*". Así como la idea de que todos los seres humanos puedan circular y comerciar

³⁷ Constitución de la Nación Argentina, Eudeba, Buenos Aires, 2004.

³⁸ James, William, *La voluntad de creer*, Encuentro, Madrid 2004, p. 22.

³⁹ Dewey, John, *op. cit.*, p. 69.

⁴⁰ Zabala, Santiago, *Richard Rorty/Gianni Vattimo. El Futuro de la Religión*, Paidós, Buenos Aires 2006.

⁴¹ Cfr. Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005, p. 124.

libremente se distingue de “*todos deben aceptar que corresponde a la razón, a la naturaleza humana, que así sea*”.

El *Derecho a la Intimidad* surgido de la noción de *privacy*, *riservatezza* o *vie privé* tiene por objeto dotar a las personas no sólo de un espacio para estar solo sino también y principalmente brindarle momentos en los que pueda reflexionar sobre su propia vida sin la intromisión de influencias exógenas. El hecho práctico y eficaz de proteger esa intimidad es la solución hallada para ese deseo de tener vida privada. La expresión *Derecho a la Intimidad* es una inferencia jurídica de la solución dada al problema de esos espacios y momentos. Ya los nominalistas denunciaron que es un ardid de los seres humanos convertir a los nombres en cosas. No parece ni lógico ni práctico continuar haciéndolo. Las proposiciones normativas se dan en grupos de soluciones a situaciones de hecho que se quieren lograr. No se puede perder de vista que es un error tratar al nombre de esas soluciones como si fuera un soporte del grupo de situaciones similares. Son asociaciones que se hacen pero la noción de *Derecho a la Intimidad* como preexistente no tiene ningún fin práctico.

Los juristas de los Derechos Humanos han tomado esa noción y le han dado un significado muy articulado.⁴² Su narrativa ciertamente genera grandes bandos entre los hombres: aquellos que los respetan y, por lo tanto, son civilizados y aquellos que pertenecen a la barbarie. No cabe duda de que la belleza de un mundo donde se respete la vida (del inocente y del culpable), la libertad de expresar las propias ideas y donde se respeten los Derechos Humanos en su versión más extensa y plena resulta mejor. Pero para todo efecto práctico es conveniente no insistir en la verdad, como necesidad conceptual, de esta afirmación. Es

⁴² La bibliografía a este respecto es abundante. Puntualmente Arturo Valencia Zea sostiene que “la doctrina de los derechos humanos se sustenta en un conjunto de normas de carácter supranacional, admitiéndose que juntamente con el derecho positivo nacional hay otro derecho positivo y supranacional que se integra con las normas de la Organización de los Estados Americanos (OEA) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), cuyas declaraciones, que tienen fuerza de verdaderos tratados, han sido firmadas y aprobadas por los países de América y del mundo con carácter obligatorio”, en Cifuentes, Santiago, *Derechos personalísimos*, 3era ed ampl. y rev. Astrea, Buenos Aires 2008, p. 208. También en este sentido ver Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2a. ed. ampl. y rev, Astrea, Buenos Aires 1989; Bidart Campos, Germán J.(Coordinador); Risso, Guido I.(Coordinador). *Los derechos humanos del siglo XXI : la revolución inconclusa*, Ediar, Buenos Aires 2005; Gordillo, Agustín *Derechos humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires 1999; Auguadra, Mauricio (Editor). *Compilación de tratados sobre derechos humanos*, RyC, Buenos Aires 2001.

mucho más sincera la manifestación clara y simple de decir: *este es el mundo que yo imagino, este es el mundo que me gusta y lucharé por instaurarlo*. Reclamar para esta narrativa una relación con un mundo objetivo que todos deben aceptar aleja las posibilidades de un entendimiento entre los seres humanos.

Las explicaciones trascendentes son un obstáculo práctico al entendimiento entre las culturas. La pretensión de tener la verdad ha causado y causa grandes problemas al hombre y la mujer concreta, al habitante de la casa vecina. El rol de la filosofía resulta más interesante como un esfuerzo, como una praxis delimitadora, clarificadora de sentidos, que como descubridora de la realidad. El rol de Derecho es dotar de certeza dentro de las incertidumbres filosóficas y axiológicas.

Ahora bien, ¿cuáles son los límites del lenguaje de los derechos?

Se paga por la libertad de la que se goza para dar soluciones de derecho a situaciones concretas con todo el ser y con este pago se entra en la historia.⁴³ Esta historia, como experiencia social y colectiva que se extiende a lo largo del tiempo, es creación del hombre, fruto de su libertad. Este razonamiento permite afirmar que la historia es una actividad que es inteligible para cada uno porque en cierta medida cada uno participa como autor.

Esas líneas siguen la inspiración de Isaiah Berlin en su obra *Vico y Herder. Dos estudios de la historia de las ideas*.⁴⁴ Según Berlin, Vico⁴⁵ consideraba, siguiendo la tradición aristotélica y escolástica, que el auténtico conocimiento es conocimiento de las causas, *per caussas*.

*De acuerdo con este principio podemos decir que conocemos auténticamente una cosa si, y sólo si, conocemos por qué es como es, o cómo llegó a ser lo que es, o qué se hizo, para que fuera lo que es; y no meramente por qué es lo que es y tiene las características que tiene.*⁴⁶

⁴³ Cfr. Juan Pablo II, *Memoria e identidad*, Planeta, Buenos Aires 2005, pp. 96-97.

⁴⁴ Cfr. Berlin, Isaiah, *Vico y Herder. Dos estudios de la historia de las ideas*, Cátedra, Madrid 2000, p. 46.

⁴⁵ Giovanni Battista Vico, hijo de un librero de Nápoles, nació en 1668 y murió en 1744. Se interesó por estudios de jurisprudencia, estudios humanísticos y de psicología social. También se interesó en teorizar sobre la historia. Johann Gottfried von Herder, filósofo y teólogo alemán, nació en 1744 y murió en 1803. Se interesó en poesía y literatura.

⁴⁶ Cfr. Berlin, I., *op. cit.*, p. 46.

Únicamente el que crea algo es capaz de comprender en sentido pleno lo que ha hecho y es capaz de conocer *per causas*. El conocimiento que tiene el artista de su propia obra es el mejor ejemplo de esta afirmación.

Sin embargo, vale la pena advertir que éste es también el caso de la aritmética y el álgebra que son una creación arbitraria de la mente y que utilizan los datos de los sentidos “*como fichas en un juego que nosotros mismos hemos inventado libremente*”.⁴⁷ Las verdades matemáticas lo son porque las hemos creado.⁴⁸ De ningún modo son un conjunto de reglas innatas y objetivas ni responden a la estructura del mundo.

Según Vico, hay conocimiento solamente de lo que obedece a reglas que hemos hecho los seres humanos colectivamente, ya que es lo único que puede ser conocido *a priori*. Para llegar a este punto, recorrió mucho camino y lo libró de mucha maleza. La propuesta de Vico, para quien, como dijimos, “*sólo podemos conocer con verdad lo que nosotros hemos creado*”⁴⁹ o sea a partir de nuestra propia *praxis*, es un aporte ciertamente revolucionario que coincide con la opinión de James antes referida. Nótese que a partir de esta afirmación es posible sostener que el mundo civil es susceptible de conocimiento verdadero y no así el mundo de la naturaleza, el cual es oscuro para nosotros, ya que no lo hemos creado.

Más aún, Vico no sólo incluye en su tesis las obras de los hombres sino también la historia como actividad intencional expresada tanto en monumentos como en ritos, símbolos, en su conciencia individual y colectiva.

A esta idea Berlin aclara que Vico sumó otra que desafía a la existencia de una naturaleza humana fija e inmutable, idéntica para todo tiempo y lugar a partir de la cual pueden ser deducidas lógicamente la moral, el derecho, las obligaciones y las leyes: sostuvo, en cambio, que hemos de investigar la sociedad no como si fuera algo estático sino como el fluir mismo.

⁴⁷ *Op. cit.*, p. 47.

⁴⁸ Es interesante la nota 36 del libro citado de Isaiah Berlin en la que señala que el precursor de esta idea es Nicolás de Cusa, quien “*se apartó audazmente de la ortodoxia platónica y afirmó que las matemáticas eran una creación puramente humana que conocemos exclusivamente porque la hemos hecho.*”

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 60.

Todo lo cual da una complejidad al Derecho en general y a la fundamentación de los derechos en particular que le viene dada por su praxis. El Derecho resulta así autorreferente y su fundamentación se torna circular.

Señala al respecto Günter Teubner que *“la ley está determinada de manera autorreferente, descansa en su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad”*.⁵⁰

La validez del Derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro de la sociedad civil. Los procedimientos y las relaciones crean el Derecho, así como la vida civil. Su validez viene de su circularidad.⁵¹

Pero su validación no viene exclusivamente del sistema normativo -como sostenía Kelsen- sino que tienen una construcción más compleja.

Muchos autores, como por ejemplo Habermas, buscan un momento de incondicionalidad que ponga límite a la contingencia que puede devenir de este esquema de pensamiento. Piensan que debe haber un entrelazamiento entre la política y el Derecho con la moral para poner algún límite al relativismo.⁵² Nicklas Luhmann, por su parte, considera que el esquema de validez normativa propuesto por Kelsen no logra poner un límite a la contingencia del sistema y propone encontrarla en la noción de institución.⁵³ Richard Rorty es escéptico respecto de la existencia de un momento de incondicionalidad y aunque le gustaría encontrarlo, dice que no lo logra siguiendo argumentos de razón.

Los pueblos cuentan su historia transmitiéndola en símbolos y signos plasmados en diversos tipos de documentos, a través de los cuales se construye su cultura. Ciertamente, el Derecho y toda la narrativa que surge a través del sistema normativo contribuyen a la formación del juego de significados que se le dan a las soluciones denominadas Derechos. Con esta práctica se expresa una visión del mundo y de cada uno de nosotros mismos. Se

⁵⁰ Teubner, Günter en Cárcova, Carlos María, *La Opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid 2006, p. 177.

⁵¹ *Ídem*, p. 179.

⁵² *Op. cit.*, p. 31.

⁵³ *Op. cit.*, p. 32.

instaura así una comunicación entre sujetos que sirve para conocer más a fondo la respectiva identidad.⁵⁴

Son tres las fuentes –legislativa, jurisprudencial y doctrinal- que establecen el grado de certeza (y estrictamente el grado de incertidumbre) del Derecho.⁵⁵ En este trabajo abordamos un análisis de las tres, pero concentrándonos en el contrapunto de la jurisprudencia que juega un rol trascendental en la temática en análisis, y forma parte necesaria de la práctica a través de la cual se da significado a las soluciones de situaciones concretas que, como sociedad, normamos y establecemos. El proceso de validación del Derecho tiene como agentes a las demandas de la sociedad por un lado que se manifiestan en la legislación y la regulación de los jueces por otro. De allí la metodología propuesta que analiza los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina y de los Estados Unidos de América.

⁵⁴ Cfr. Juan Pablo II, *op. cit.*, pp. 96-99.

⁵⁵ Alpa, Guido, *La certeza del derecho en la edad de la incertidumbre*, La Ley, 2006-B, 815.

Capítulo II

El Derecho a la Intimidad

Los aportes de Aristóteles a esta temática son muy conocidos. El Filósofo -y con él toda la antigüedad clásica- distinguía el ámbito público del privado. Aquél donde el *hombre* ejercía su acción más típicamente humana era justamente el público. La quintaesencia del ser humano -su libre participación en la vida política de la ciudad- lo constituía en *eléutheron* (griego) hombre que dedica su vida a la acción política y al discurso, hombre libre, no *bárbaro*.⁵⁶ En este ámbito público el hombre ejercitaba su virtud más propia: *zoon logon ekhon* (ser vivo capaz de discurso).⁵⁷ Por el contrario, la vida del hogar era justamente aquella que estaba *privada de lo público* y, en esa medida, era de menor importancia. A partir de esta verdadera piedra basal griega el pensamiento filosófico y político estuvo centrado en la vida pública hasta que la Edad Moderna orientó su interés en la autonomía del individuo.

Los términos privacidad e intimidad fueron desarrollados especialmente por John Stuart Mill, quien distinguió entre el ámbito del gobierno y, en contraposición, el de la propia autorregulación.⁵⁸

También John Locke se ocupó del tema en su *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*⁵⁹ donde desarrolló su teoría de un estado de naturaleza en que todos los bienes pertenecerían a la comunidad de los hombres en general. Cada individuo tendría en ese estado, según Locke, dos derechos fundamentales: el derecho de libertad y el derecho de autodefensa. Con el fin de constituir el Estado y garantizar su seguridad, los individuos abandonaron el

⁵⁶ Cfr. Kitto, H. D. F., *Los Griegos*, Eudeba, Buenos Aires 1977, p. 10 y Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires 2005, p. 39.

⁵⁷ Cfr. Arendt, H., *op. cit.*, p. 40.

⁵⁸ Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza, Madrid 2007.

⁵⁹ “Para entender correctamente el poder político y deducirlo desde su origen, debemos considerar en qué estado se hallan naturalmente todos los hombres, éste es un estado de perfecta libertad para ordenar sus acciones y disponer de sus posesiones y personas como les parezca adecuado, dentro de los límites de la ley de la naturaleza, sin pedir permiso o depender de la voluntad de ningún otro hombre.”; Locke, John, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires 2002, p. 9.

estado de naturaleza firmando un contrato social por el que renunciaron a su derecho a la autodefensa pero mantuvieron para sí el derecho de libertad, como ámbito propio de su intimidad. A partir de allí, Locke dedujo los otros derechos, derivados del de libertad, fundamentalmente el de la vida y el de la propiedad.

Los primeros tratados sobre el *Derecho a la Intimidad* aparecieron en los Estados Unidos a partir de 1890.⁶⁰ La obra clásica y más influyente fue la de Samuel Warren y Louis Brandeis titulada *The right to Privacy*.⁶¹ En esta obra sus autores argumentan que el Derecho a la Privacidad trata sobre la protección de las ideas, sentimientos y emociones y el modo en que se quiere compartirlos con otras personas.⁶² Para ellos, el Derecho a la Privacidad no protege los artefactos o instrumentos propiedad de las personas sino justamente aquel intangible y corresponde responsabilizar a quienes causen un daño por el sufrimiento causado. En el caso *Millar vs. Taylor* de 1769 citado por Warren y Brandeis, el juez Yates sostuvo que “*todo hombre tiene un derecho a guardar sus sentimientos para sí, o hacerlos público*”.⁶³ Esta descripción del concepto marcó fuertemente todas las consideraciones posteriores.

A pesar de la amplia repercusión que causó esta obra, algunos autores son escépticos y críticos del concepto de *Derecho a la Intimidad*. Judith Thomson, en *The Right to Privacy*,⁶⁴ sostiene que no existe tal cosa como la privacidad y que no hay nada especial en ella. En cambio propone la protección del Derecho a la Propiedad y a la seguridad personal como un modo más claro de aproximarse a la cuestión. Richard Posner⁶⁵ descalifica el *Derecho a la Intimidad* por considerarlo económicamente ineficiente y Robert Bork⁶⁶ considera que no tiene sustento en ninguna doctrina legal seria.

⁶⁰ Cfr. Gutiérrez Boada, John D., *Los límites entre la intimidad y la información*, Universidad del Externado de Colombia, Buenos Aires 2001.

⁶¹ Warren Samuel y Brandeis, Louis, *The Right to Privacy*, *Harvard Law Review* 4, Cambridge 1890, en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <http://plato.stanford.edu/sum2007>.

⁶² Para un análisis detallado de este artículo ver Flores, Oscar, *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad de los funcionarios públicos*, La Ley, Buenos Aires 2004, pp. 19-37.

⁶³ Flores, O., *op. cit.*, p. 28.

⁶⁴ Thomson, Judith, *The Right to Privacy*, *Philosophy and Public Affairs* 4, pp. 295-314.

⁶⁵ Posner, Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1981.

⁶⁶ Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Simon and Schuster, New York 1990.

Preocupado por la vaguedad del concepto, William Prosser escribió en 1960 su muy influyente artículo publicado en la *California Law Review*. Allí presenta una clasificación diferenciada de cuatro derechos a la intimidad d: 1. Intromisión en la reclusión o soledad, o asuntos privados de una persona; 2. Revelación pública de asuntos privados de una persona; 3. Exposición falsa a alguien a la opinión pública y 4. Apropiación indebida de una identidad en beneficio de otra persona.⁶⁷

Su postura fue criticada por otro profesor norteamericano -Edward Bloustein- quien consideraba que había planteado una postura extremadamente patrimonialista, y que resultaba más conveniente darle al concepto de *privacy* un contenido vinculado a la dignidad humana, entendiendo que la violación de la intimidad se constituye en una sola pieza y encierran un único ilícito.⁶⁸

Es especialmente interesante la cuestión que plantea Catherine MacKinnon⁶⁹ cuando sostiene que otorgar un estatus especial a la privacidad es perjudicial para las mujeres ya que es utilizado para proteger el ámbito donde se la domina, se la controla y se la silencia. El ámbito de privacidad es, según esta autora -verdadero ícono del movimiento feminista estadounidense- una construcción que permite cubrir los abusos contra las mujeres.

En el mundo hispánico, Manuel García Morente en su ensayo sobre la vida privada adhiere al concepto de privacidad como el derecho de ser dejado a solas y “*no vacila en sostener que la soledad es la forma más perfecta de la vida privada.*”⁷⁰ Ortega y Gasset sostiene que la intimidad tiene como condición esencial el ensimismamiento, “*el poder que el hombre tiene de retirarse virtual o provisionalmente del mundo y meterse dentro de sí*”,

⁶⁷ Prosser, William L. *Privacy*, California Law Review, 48, 3, 1960. Puede encontrarse también un antecedente sobre su postura en *Handbook of the Law of Torts*, donde ya anticipadamente desarrolló su teoría proteccionista de la persona, y que los tribunales establecerían después: *manufacturers implicitly warrantify their products against personal injury to all users* (los productores implícitamente garantizan sus productos por daños personales a todos los usuarios), St. Paul West 1955 en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/sum2007>.

⁶⁸ Bloustein, Edward, J. *Privacy as an aspect on human dignity. An answer to Dean Prosser*, New York Law Review, 39, 1964.

⁶⁹ MacKinnon, Catherine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge 1989.

⁷⁰ Gutiérrez Boada, J. D., *op. cit.*, p. 23.

“situándolo en el plano de la autoconciencia, la identidad, la propia personalidad del individuo”.⁷¹

De todos modos el antecedente indispensable de este Derecho tanto en América como en Europa, que se aleja un poco de la idea de Brandeis pero que le dio estatus constitucional, es el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Griswold vs. Connecticut* del año 1965. Se trata del reclamo contra una ley del Estado de Connecticut que prohibía el uso de contraceptivos. Allí el juez William O. Douglas, escribiendo por la mayoría, sostuvo que “*si bien el Derecho a la Privacidad no está incluido en el Bill of Rights, puede encontrárselo en las penumbras de otras protecciones constitucionales*”.⁷² La línea argumental de este fallo es que la intimidad está protegida por la novena⁷³ y decimocuarta⁷⁴ enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.

Resulta fundamental insistir en que la elaboración conceptual que tuvo el *Derecho a la Intimidad* en los Estados Unidos buscó la fuente de su protección en la tradición del *common law* y no en el constitucionalismo estadounidense.

Específicamente a través de la teoría de derecho de daños, que progresivamente había protegido a la persona de intromisiones, difamaciones y por violación de su propiedad intelectual. Justamente, la frase “*el derecho a ser dejado a solas*” fue acuñada por Thomas M. Cooley en su obra *A Treatise on the Law of Torts* del año 1888.⁷⁵ Por la existencia de dicho derecho, la prensa debía ser hecha responsable por exponer en público aspectos de la vida privada de las personas salvo que mediara legítimo interés de la comunidad por esa información.

El daño que se comete es el sufrimiento por la transformación de lo privado en un espectáculo. De allí el derecho. Este enfoque es importante al momento de estudiar el tratamiento que han hecho las Cortes argentina y estadounidense.

⁷¹ Gutiérrez Boada, J. D., *op. cit.*, p. 23.

⁷² 381 U.S. 479.

⁷³ Establece que la lista de derechos individuales de la Constitución y en la Lista de Derechos no es comprehensiva y que los otros derechos no específicamente mencionados son retenidos por el pueblo.

⁷⁴ Define el concepto de ciudadanía, prohíbe a los Estados recortar los privilegios e inmunidades de los ciudadanos, el derecho al debido proceso y la igualdad ante la ley.

⁷⁵ Flores, O., *op. cit.*, p. 24.

En los Estados Unidos de América la *Privacy Act* de 1974 establece un código de comportamiento para la colección, mantenimiento, uso y diseminación de información sobre la identificación de personas. La *Electronic Communications Privacy Act* de 1986 protege la información transmitida o almacenada en medios electrónicos. La *Health Information Privacy Accountability Act* de 1996 protege la información sobre pacientes. La *Financial Services Modernization Act* de 1999 y la *Final Rule on Privacy of Consumer Financial Information* protege los datos financieros. Finalmente, la *Fair Credit Reporting Act* y la *Fair Debt Collections Practices Act* protegen la intimidad de la información crediticia y de deudas de los particulares.

El contenido del *Derecho a la Intimidad* ha sido escurridizo para los europeos y su consagración constitucional es reciente. La Constitución de Portugal sólo a partir de 1976 consagra el Derecho a la identidad personal⁷⁶, dentro de las garantías del proceso penal establece que serán nulas todas las pruebas obtenidas “(...) atentando a la integridad física o moral de la persona o por la intromisión abusiva a la vida privada, en el domicilio, en la correspondencia o en las telecomunicaciones”⁷⁷ e incluido dentro del Derecho a la vivienda establece que todos tendrán derecho a que “se preserve la intimidad personal y familiar”.⁷⁸

La Constitución de los Países Bajos de 1983, reformada gran cantidad de veces, establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada, salvo las restricciones dispuestas por la ley o en virtud de la ley.”⁷⁹ También dispone que la “ley establecerá normas para la protección de la vida privada en relación con la recogida y difusión de datos personales”⁸⁰ y que “la ley establecerá normas referentes al derecho de toda persona a conocer los datos registrados que le afecten y su utilización, así como a poder rectificarlos.”⁸¹

⁷⁶ Constitución de Portugal, art. 26.1

⁷⁷ Constitución de Portugal, art. 32.6.

⁷⁸ Constitución de Portugal, art. 65.1.

⁷⁹ Constitución del Reino de los Países Bajos, art. 10.1.

⁸⁰ Constitución del Reino de los Países Bajos, art. 10.2.

⁸¹ Constitución del Reino de los Países Bajos, art. 10.3

La Constitución española de 1978 establece que “*se garantiza el Derecho a la Intimidad personal y familiar.*”⁸² Agrega también sus manifestaciones clásicas: inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, el derecho a la autodeterminación informativa, haciendo una mención cuestionable de la intimidad, el honor y la propia imagen como un Derecho único. Adicionalmente se lo encuadra dentro del marco del artículo 53.2, configurando a la intimidad como un derecho fundamental.

La protección del *Derecho a la Intimidad* en el Derecho argentino

La Constitución Argentina tiene un aporte verdaderamente original que no registra ningún antecedente extranjero: el artículo 19. Dicho artículo, transcripción casi textual del art. 1, cap. I de la Sección VII del *Estatuto Provisional* del año 1815, que es completamente original y de cuño nacional, marca las pautas fundamentales de la privacidad, como un ámbito que debe ser protegido en sí mismo. Vale la pena transcribirlo para referencia a lo largo de todo este trabajo:

*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 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.*⁸³

Si bien la redacción es autóctona, no se puede dejar de advertir que responde a la concepción del hombre y del gobierno que impulsaron la Constituciones de las democracias liberales occidentales.⁸⁴ El art. 19 de la Carta Magna contiene los “*dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad que incluye el Derecho a la Intimidad, y*

⁸² *Constitución del Reino de España*, art. 18.

⁸³ *Constitución de la Nación Argentina*, Eudeba, Buenos Aires 2007.

⁸⁴ A la distancia se advierte la influencia de Kant en lo que respecta a la autonomía humana, que en su elaboración teórica adquiere el máximo grado aún respecto del Creador, y en lo que respecta a una de las formulaciones del imperativo categórico kantiano que requiere no utilizar a los seres racionales como medios sino solamente como fines en sí mismos. Este estatus de las personas marca un ámbito cerrado a la intervención o interferencia del Estado que está demarcado claramente en el artículo analizado.

el de legalidad. Ambos contienen la ideología del sistema y destilan los valores que lo estructuran.”⁸⁵

Al momento de estudiar este artículo es importante detenerse en la elección de palabras de los constituyentes argentinos. Al referirse a “*acciones privadas*” claramente hicieron notar que su intención no era proteger solamente a “*acciones realizadas en privado*” sino a todas aquellas que, aún realizadas en público, están dentro del marco de su autonomía.⁸⁶

En efecto, el artículo dice “*que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero*”. Este límite de la privacidad y la intimidad requiere de una escala axiológica, sin la cual resulta imposible identificar en qué consiste el orden, la moral pública y el perjuicio a un tercero.⁸⁷ Por lo que la resolución de esta problemática viene de clarificar el criterio de cómo se llega a establecer el límite, en qué casos, con qué reglas.

Justamente este enfoque de la Corte argentina, que ha creado una teoría muy robusta sobre la protección de la privacidad y la intimidad, mezcló -y en cierta medida complicó- el tratamiento de un enfoque uniforme del Derecho a la Privacidad o a la Intimidad, como el planteado por los autores estadounidenses.

La legislación argentina ha recorrido un camino intrincado para esclarecer el ámbito de la intimidad que quiere proteger a partir del art. 19 de la Constitución Nacional ya citado. Si bien el régimen civil argentino no legislaba sobre el *Derecho a la Intimidad* hasta que la ley 21.173 (1975) sancionó el artículo 1071 *bis* del Código Civil, pero ello “*no impidió que sobre la base del artículo 16 de mismo código, se hiciera posible, aunque de manera un poco ambigua aquel postulado del artículo 19 de la Constitución Nacional.*”⁸⁸

⁸⁵ Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires 2005, p. 249.

⁸⁶ En el mismo sentido opinan Carlos S. Nino y María Angélica Gelli. También Gloria G. Pinese y Pablo S. Corbalán cuando afirman: “*La interpretación del artículo [19 CN] nos obliga a determinar que más allá de la protección a la esfera privada que estaría, conforme la propia norma, exenta de las autoridades y reservada a Dios, existen otras acciones que trascienden el ámbito social y que deben recibir la misma tutela en tanto no ofendan el orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero.*” Pinese, Gloria y Corbalán, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires 2007, p. 87. En contra, Santiago Legarre. Cfr. Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 251.

⁸⁷ Cfr. Gelli, M. A., *op. cit.*, p. 253.

⁸⁸ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 617.

El art. 1.071 *bis* que protege a las personas de la intervención arbitraria en su intimidad. Para comprender este artículo resulta indispensable detenerse en el adverbio “*arbitrariamente*” utilizado en la legislación positiva, ya que de otro modo, como señalara el juez Orgaz, la intromisión en la intimidad podría resultar del ejercicio legítimo de un derecho o del cumplimiento de una obligación legal.⁸⁹

Este artículo no resulta adecuado para lograr una correcta protección de la intimidad. Por lo pronto, no llega a consagrar el reconocimiento pleno del Derecho, su redacción resulta sumamente reglamentarista y sus términos son equívocos.⁹⁰

El Código Civil ya protegía la intimidad en los artículos 2.658 y 2.659 impidiendo que se pueda “*tener vistas sobre el predio vecino, cerrado o abierto, por medio de ventanas, balcones u otros voladizos, a menos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria*”⁹¹ y evitando las “*vistas de costado u oblicuas sobre propiedad ajena*”.⁹²

Siguiendo con el repaso de los instrumentos normativos argentinos que protegen la intimidad, el Código Penal tipifica varios delitos relacionados.⁹³ Los Códigos de Procedimientos Penales establecen los casos en que pueden realizarse allanamientos.⁹⁴ El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 25.488. art. 125 establece que las audiencias son públicas salvo que se afecte el *Derecho a la Intimidad*. La Convención contra la corrupción, Ley 26.097 Art. 10 establece que se deberá tomar las medidas necesarias para la transparencia que requiera combatir la corrupción “*con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales.*” En 1997 el Decreto 200/97 prohíbe los experimentos de clonación relacionados con seres humanos por considerar que la manipulación genética significa una intromisión en la intimidad de las personas. En el año 2000 se dictó la Ley N° 25.326 que protege los datos personales que figuran en bases de datos. Define a los datos

⁸⁹ *Fallos*: 306: 1892, voto del Dr. Petracchi, cons. 2do.

⁹⁰ Cfr, Cifuentes, S., *op.cit.*, p. 688.

⁹¹ Código Civil de la República Argentina, art. 2658, Lajouane, Buenos Aires 2006.

⁹² Código Civil de la República Argentina, art. 2659, *op. citada*.

⁹³ El art. 153 del Código Penal tipifica la apertura de cartas, pliegos cerrados o despachos telegráficos y el art. 156 protege los secretos profesionales.

⁹⁴ El art. 224 del Código Procesal Penal de la Nación establece (según ley 25.434) que “*si hubiere motivo para presumir que en determinado lugar existen cosas vinculadas a la investigación del delito, o que allí puede efectuarse la detención del imputado o de alguna persona evadida o sospechada de criminalidad, el juez ordenará por auto fundado el registro de ese lugar.*”

personales como “*información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables*” y el concepto de datos sensibles como los “*datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical, e información a la salud o a la vida sexual.*” La Ley N° 25.467 sobre Ciencia, Tecnología e Innovación establece que en cualquier actividad de investigación en ciencia, tecnología e innovación deberá respetarse a intimidad de los sujetos de investigación y la confidencialidad de los datos obtenidos. En el año 2001 la Ley N° 25.457 creó la Comisión Nacional por el Derecho a la Identidad. La Ley N° 25.623 establece como excepciones al Comercio de Servicios del MERCOSUR lo que requiera “*la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas personales.*” La Ley de Salud Pública N° 25.929 en el art. 2 establece el Derecho de toda mujer en embarazo y en el proceso de parto y posparto “*a ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial.*” La Ley de Protección integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes en el art. 10 establece su “*Derecho a la vida privada e intimidad de y en la vida familiar.*” En la misma línea, la Ley de Seguridad Aeroportuaria N° 26.102 en el art. 25 establece que el personal no podrá “*inducir a terceros a la comisión de actos delictivos o que afecten la intimidad y privacidad de las personas.*” En el año 2003, por el Decreto 1172/03 se protege el acceso a la información pública. Y finalmente, en el año 2004 la Resolución 415/2004 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos creó el Registro de huellas digitales genéticas, en el ámbito de la Policía Federal Argentina.

Por lo que en la Argentina, el *Derecho a la Intimidad* tiene amplio alcance; incluye la propiedad, el cuerpo, la imagen, la personalidad. En cambio, la teoría del *Derecho a la Privacidad o a la Intimidad* como el planteado por Warren y Brandeis es puntual y específico, no protege la integridad de los artefactos sino la difusión en los medios de comunicación de lo que es privado.

Legislación positiva internacional

El sistema positivo internacional impulsó tempranamente la protección de la intimidad. Así, la *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano* del 26 de agosto de 1789, en sus arts. 4 establece:

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro: por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites sólo pueden ser determinados por la ley. La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene.

Ya en el siglo XX, en 1948, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, establece: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.⁹⁵

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* de 1948 establece que “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”.⁹⁶

Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica) establece en el apartado sobre la Protección de la Honra y de la Dignidad que “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

⁹⁵ *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, art. 12.

⁹⁶ *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, art. 5.

reputación” y en el inc. 3 que “*toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.⁹⁷

Finalmente, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece que “*nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia*” y que “*toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques*”.⁹⁸

Autores nacionales y extranjeros, legisladores locales e internacionales han intentado esquemas que permitan una delimitación del concepto de intimidad. Como se verá más adelante doctrinarios del derecho constitucional americano, del argentino y europeo indican que la protección de la privacidad y la intimidad, tal y como se la entiende contemporáneamente, requiere mayor precisión que las consagradas en los textos legislativos. A su vez, las elaboraciones teóricas analizan minuciosamente el contenido del *Derecho a la Intimidad*. En este sentido, a continuación se realiza un análisis detallado de la opinión doctrinaria civilista en la Argentina y en Europa. Seguidamente se ofrece una análisis comparativo entre el tratamiento del tema en la doctrina civilista y en el *common law*, para luego proceder al estudio de los requerimientos de los afectados en sus reclamos en los tribunales que llegaron hasta el Máximo tribunal argentino y norteamericano. El análisis de la jurisprudencia de estas Cortes permitió establecer cómo ha llegado a ser la protección real del ámbito de la intimidad en la sociedad argentina y en la de los Estados Unidos de América.

Análisis de la doctrina civilista argentina sobre el *Derecho a la Intimidad*

La doctrina civil argentina ha convocado tal vez a sus mejores intelectos para conceptuar la problemática de los Derechos de la personalidad, ámbito en el que se incluye el *Derecho a la Intimidad* y el modo de protegerla. La consideración, contenidos y tutela de estos derechos ha crecido sistemáticamente en los últimos años, razón por la cual exige un análisis.

⁹⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de Costa Rica), art. 11. inc. 2

⁹⁸ *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 17.

El primero que dejó una huella importante en la doctrina argentina, en lo que a este trabajo respecta, fue Alfredo Orgaz, quien trató la problemática de los Derechos de la personalidad, ya en 1961, “*uno de los problemas más debatidos de la sistemática actual*”.⁹⁹ Se enrola entre quienes niegan la condición de Derechos Subjetivos a los Derechos de la personalidad y señala que la persona no puede ser objeto de Derecho porque ella *es el sujeto de todo Derecho*. Si bien advierte que la distinción es dogmática, considera que tiene un aspecto práctico importante, ya que la construcción de una categoría denominada Derechos de la personalidad tiende a ampliar la posibilidad de reparación del daño, mientras que su rechazo limita la responsabilidad a los supuestos contemplados por la ley, contribuyendo así a dar mayor seguridad jurídica.¹⁰⁰ Adicionalmente, refiere que la parte de la doctrina¹⁰¹ que los considera como verdaderos Derechos subjetivos no logra ponerse de acuerdo en cuanto a su denominación, objeto y naturaleza. Algunos doctrinarios los llaman Derechos sobre la propia persona, o Derechos inherentes a la persona y otros, Derechos personales. Mientras unos consideran que su objeto es la persona misma, otros ciertos aspectos de la persona y algunos, ciertas de sus facultades. Finalmente, unos los consideran Derecho públicos, otros Derechos privados y la mayoría, Derechos *sui generis*.

Resulta interesante advertir que Orgaz incluye explícitamente entre los Derechos de la persona al “Derecho a lo privado”, haciendo referencia al artículo más antiguo que se encuentra en la doctrina argentina: *El Derecho a la Intimidación* de Basil W. Lacedan traducido por Simón Steimberg y publicado en 1932 en la *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*.

Considera Orgaz que en el caso de la vida, la integridad corporal, el honor (siguiendo esta enumeración la intimidación tampoco aparecería en el pensamiento de Orgaz) no se constituyen en auténticos Derechos subjetivos porque

no hay ninguna facultad específica concedida por el Derecho objetivo a favor de las personas (...) sino que el Derecho subjetivo surge sólo después de la lesión inferida por otro sujeto a esos bienes (homicidio, lesiones,

⁹⁹ Orgaz, Alfredo, *Personas Individuales*, Assandri, Buenos Aires 1961, p. 107.

¹⁰⁰ Cfr. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 111.

¹⁰¹ Orgaz, A., *op. cit.*, p. 108, cita una gran cantidad de autores: Winscheid, Fadda, y Ferrara; Vinzi, Ravá, y Degni; Miceli, Perrerau, y Recanséns Fiches, Enneccerus-Nipperdey, Arturo, etcétera.

*injurias, etc.) y tal Derecho ya no se caracteriza como un Derecho a la vida, a la integridad, etc., sino simplemente a obtener la condenación penal o civil del ofensor.*¹⁰²

Finalmente, sostiene este autor que la afirmación de que la persona es el sujeto de un Derecho sobre sí misma o con respecto a sí misma, comporta un absurdo. Por el contrario, considera que los llamados Derechos de la personalidad constituyen presupuestos jurídicos de la persona individual y por lo tanto los considera bienes personales tutelados por el Derecho objetivo.¹⁰³

Sobre el *Derecho a la Intimidad* considera que cuenta con protección legal como aspecto de la integridad moral de las personas. Resulta interesante que restrinja el contenido de este Derecho a la protección contra falsedades o la innecesaria revelación de miserias y secretos afligentes. Expresamente excluye de esta categoría a secretos que no son en sí mismos deshonorosos y a los actos de indiscreción en las relaciones sociales.

Con el paso de los años, el contenido de este Derecho alcanzó categorías impensadas para Orgaz. De todos modos, su aporte no deja de ser indispensable, ya que temprana y agudamente señaló que los límites de este Derecho son: el interés público (en investigaciones penales) y los intereses privados que la ley expresamente tutela (en juicios de divorcio, de filiación, etc.).¹⁰⁴

Puede señalarse, entonces, que la obra de Orgaz tuvo una importancia definitoria en la construcción de los antecedentes doctrinarios y legislativos en la doctrina argentina sobre el tema en estudio. Parecen seguir este criterio Alterini y López Cabana quienes consideran que las “*meras libertades*” no son derechos subjetivos concretos.¹⁰⁵

Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia fueron paulatinamente abandonando su criterio y los Derechos de la personalidad lograron la consideración de auténticos Derechos personalísimos.

¹⁰² Orgaz, A., *op. cit.*, p. 117.

¹⁰³ Cfr. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁴ Cfr. Orgaz, A., *op. cit.*, p. 146.

¹⁰⁵ Alterini, Atilio, *El abuso del Derecho. Estudio de derecho comparado*, La Ley, 1990-B, 1101.

En efecto, la doctrina mayoritaria sostiene que los Derechos Subjetivos de la personalidad protegen atributos esenciales de la persona en sus manifestaciones inmediatas: *“si bien la personalidad es una cualidad jurídica, de ella emanan poderes que son verdaderos y propios derechos subjetivos. La separación entre personalidad y derechos de la personalidad se opera objetivando algunos atributos de aquella y haciéndolos aparecer como bienes jurídicos.”*¹⁰⁶

El deber correlativo de respetar ese Derecho pesa sobre todos los integrantes de la sociedad, a semejanza de los Derechos Reales.

El Dr. Guastavino aclara el concepto de Derecho Subjetivo al compararlo con el interés legítimo:

*en términos generales interés es la relación de tensión que existe entre un sujeto y un objeto (bien de la vida o condiciones de la vida en sentido lato), en razón de que el primero aspira a satisfacer una necesidad o alcanzar su plenitud con el segundo, y éste posee aptitud o utilidad para ello. Si la norma protege un interés del sujeto como suyo propio, reconociéndole una acción e imponiéndole deberes correlativos a otros sujetos, existe el derecho subjetivo. Cuando la norma no protege el interés del individuo sino que por su coincidencia con un interés general, le acuerda otra protección, existe interés legítimo.*¹⁰⁷

Actualmente la doctrina argentina mayoritaria sostiene que son verdaderos Derechos Subjetivos especiales y no meros bienes jurídicamente tutelados.¹⁰⁸ Argumentan que el Código Civil argentino recepta esta categoría solamente en nota al art. 2312: *“hay derechos y los más importantes, que no son bienes, tales son ciertos derechos que tienen origen en la existencia misma del individuo mismo a que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona.”*

¹⁰⁶ Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *Trasplantes de órganos*, Hammurabi, Buenos Aires 1983, p. 7.

¹⁰⁷ Guastavino, Elías P., *Derecho subjetivo e interés legítimo en materia civil*, en Bueres, Alberto J. y Highton, Elena, I., *Código Civil y normas complementarias*, 1A, Hammurabi, Buenos Aires 2007, p. 78.

¹⁰⁸ En el prólogo al libro citado de Bergoglio y Bertoldi, Alberto J. Bueres sostiene que comparten su opinión con variantes menudas: De Cupis, Borrell Maciá, Castán Tobeñas, Díez Picazo y Gullón, Santos Briz, Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Buteler Cáceres, Carranza y Cifuentes.

Guillermo Borda considera que, si bien idealmente el honor, la libertad, la integridad física, deben integrar la personalidad humana, en la práctica puede darse perfectamente el caso de que una persona se vea privada de ellos por lo que, por consiguiente, son separables del sujeto y en cuanto elementos separados pueden constituir el objeto de un derecho.¹⁰⁹

Bueres disiente con este criterio porque considerara que si el objeto de estos Derechos se hace palpable una vez que se los lesiona, al quedar expuesto el contenido económico del que carecen apriorísticamente, al modo del dominio¹¹⁰ ello equivaldría a considerarlo como un Derecho Subjetivo Patrimonial y no un Derecho Subjetivo Personalísimo. Distingue Bueres este Derecho, cuyo objeto es un bien interior de la persona, de aquel

cuya causa eficiente es el ilícito dimanante del daño causado a dicho bien. Esta última prerrogativa, de raigambre puramente obligacional, no es otra cosa que el poder que asiste a la víctima para exigir la reparación del perjuicio; en suma un derecho creditorio, distinto y ulterior - cronológicamente hablando- en relación con el Derecho Subjetivo personalísimo extrapatrimonial afectado.¹¹¹

Sostiene Bueres, además, que la existencia del Derecho Subjetivo personalísimo queda en evidencia cuando la persona puede realizar actos de disposición de esos bienes en los que se asienta el Derecho Subjetivo (dona sangre, autoriza a que se los intervenga quirúrgicamente y participa en actividades riesgosas; da sus órganos, revela intimidades si lo desea y autoriza la divulgación de su imagen, etc.).

Finalmente el mismo autor dice que

toda negación del Derecho Subjetivo importa, en definitiva, el camino directo hacia la negación de la persona en su integridad ética, la que se garantiza con la certeza del Derecho que se manifiesta en el reconocimiento

¹⁰⁹ Cfr. Borda, Guillermo, A., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, Buenos Aires 1959 y actualizada 2004, nro. 310.

¹¹⁰ Cfr. Bueres, Alberto, J., en prólogo a Bergoglio, M.T., *op. cit.*, p. XXVI.

¹¹¹ Bueres, A. J., en Bergoglio, M.T., *op. cit.*, p. XXVI.

*del Derecho Subjetivo, donde la norma llega a ser concreta a través de la voluntad del agente que se actúa en la pretensión.*¹¹²

En 1974, Santos Cifuentes presentó su tesis doctoral titulada *Los Derechos personalísimos*¹¹³. Allí sostuvo que estos Derechos son auténticos Derechos subjetivos.¹¹⁴

La postura de Cifuentes tuvo amplia recepción en la doctrina argentina e impuso su clasificación de los Derechos de la persona en dos grandes grupos: 1) Derechos sobre la integridad física y 2) Derechos sobre la integridad espiritual. Obviamente, se considera al *Derecho a la Intimidad* como integrante del segundo grupo. Además de tratar el tema del *Derecho a la Intimidad* en su obra central sobre Derechos personalísimos, Cifuentes elabora un aspecto interesante de la intimidad en un artículo titulado *La vida privada y su defensa*. Allí, argumenta que la intimidad y la privacidad son conceptualmente lo mismo, poniendo de manifiesto que la intromisión en la intimidad de una persona no necesariamente puede suceder en un ámbito oculto o privado. En efecto, sostiene que también puede perturbársela en público. Pone como ejemplo el caso de quien pretende corregir a otro con el escándalo difundiendo un estado de deuda, una posesión que estima ilegítima u otra situación que al hacerse pública denigra o rebaja a los demás. Recuerda con claridad cristalina que las deudas *inter partes* se pagan voluntaria o compulsivamente y, si hay retraso, con los intereses. Agregar otro tipo de mortificaciones resulta injusto.¹¹⁵ Al respecto añade que en caso de violación de la intimidad puede solicitarse al juez el cese de la conducta dañosa pero agrega que también ante el peligro o amenaza puede solicitarse preventivamente que se impida la ofensa futura. Sustenta su opinión en la teoría del abuso del Derecho “*ante la amenaza latente, objetiva y seriamente probada de un ejercicio irregular del Derecho de publicar, a*

¹¹² Bueres, Alberto, J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2b, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 82.

¹¹³ Publicada por Editorial Lerner en 1978. Cifuentes, Santos, *La vida privada y su defensa*, La Ley, 2006-F, 1272.

¹¹⁴ Al publicarla se la envió al Dr. Orgaz, quien le respondió con una carta abundando en sus argumentos en contra de la tesis de Cifuentes, ya que para él, como ya vio, eran bienes jurídicos y no Derechos subjetivos.

¹¹⁵ Cfr. Cifuentes, Santos, *La vida privada y su defensa*, La Ley, 2006-F, p. 1272.

través de la prevención inhibitoria podría solicitarse que el juez la prohíba, previniendo al interesado con aplicarle una pena en caso de desobediencia.”¹¹⁶

Dice Cifuentes que la legislación argentina, al considerar en el art. 1071 *bis* del Código Civil y en el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica, la violación de la intimidad como una injerencia abusiva, se está frente a una cuestión de abuso del Derecho.¹¹⁷ Por lo que sostiene que el abuso en el ejercicio del derecho lleva a una atribución objetiva de responsabilidad. Pero como no considera al abuso del Derecho dentro de los actos ilícitos, no requiere un factor de atribución de responsabilidad subjetivo. Se enrola, por el contrario, en una teoría mixta que considera que, cuando se actúa en contra del espíritu que inspira la norma, y de los valores de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, no es necesario que se pruebe la intención o culpa del titular de derecho ejercido antifuncionalmente. En efecto sostiene que “*a diferencia de los actos ilícitos comunes, los abusivos, se componen del hecho concreto y el repudio a la conducta. Basta, pues el elemento objetivo.*”¹¹⁸

Resulta también interesante su visión de que, si bien el art. 1071 *bis* CC pareciera colocar al juez en arbitrio discrecional respecto de la publicación de la sentencia, considera que debe prevalecer la voluntad de la persona herida en sus afecciones.¹¹⁹ La interpretación de Cifuentes fue indispensable para la consolidación conceptual de los Derechos Personalísimos.

Otra obra seminal sobre el tema, el trabajo de Matilde Zavala de González¹²⁰ fue necesario para la construcción del *Derecho a la Intimidad* como categoría dentro de los Derechos personalísimos. Su trabajo, como corresponde a una exposición conceptual disciplinada, brinda todos los elementos para una definición. Sostiene la doctrinaria cordobesa que el *Derecho a la Intimidad* “*es el Derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de éste en lo personal,*

¹¹⁶ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁷ En contra Alterini y López Cabana quienes sostuvieron la no aplicabilidad de la teoría del abuso del Derecho a las meras libertades como la de expresión por considerar que no son derechos subjetivos concretos. Cfr. Alterini Atilio y López Cabana, Roberto, *El abuso del Derecho. Derecho Comparado*, La Ley, 1990-B, 1101.

¹¹⁸ Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires 2008, p. 689.

¹¹⁹ Cfr. Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 2.

¹²⁰ Zavala de González, Matilde, *El Derecho a la Intimidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982.

en sus expresiones y en sus afectos.”¹²¹ Antes de hacerlo refiere que la elaboración jurídica en torno a la intimidad no nació sino a comienzos del siglo XX a partir de la labor jurisprudencial cumplida en los Estados Unidos de Norteamérica, aclarando que su novedad no reside en el valor sino en la óptica que lo ha hecho perceptible y objeto de custodia jurídica.¹²² Recoge esta autora la visión ya referida en este trabajo de la influencia específica que ha tenido la jurisprudencia de dicho país en el tratamiento del tema.

Para formar su opinión abreva de autores como Isidoro Goldenberg (quien consideró el *Derecho a la Intimidad* como aquél que permite al individuo “*preservar aquella parte de su existencia no comunicable*”¹²³), Guido Alpa (quien habla del peligro de vivir en una “*casa de vidrio*”¹²⁴) y en clásicos como Jorge Llambías¹²⁵ y José Buteler Cáceres¹²⁶ en sus obras de Derecho Civil, Parte General.

Para formar su concepción del *Derecho a la Intimidad*, Zavala parte de considerar a las acciones privadas, descriptas en el art. 19 CN, como acciones jurídicas lícitas, por oposición a la postura de la Corte Suprema argentina que 1980 los había considerado como acciones “*ajurídicas*”.¹²⁷ Para hacerlo, relaciona el primer párrafo del art. 19 CN con el segundo párrafo del mismo artículo, lógicamente completando el concepto y dejando claro que las acciones a las que se refieren integran el campo de la licitud. Dice el segundo párrafo: “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”.

Seguidamente, la Dra. Zavala toma partido por considerar la intimidad, no como un bien jurídico, sino como un auténtico Derecho Subjetivo personalísimo, pudiendo ser de fuente supranormativa o simplemente normativa. Fundamenta su postura en la posibilidad

¹²¹ Zavala de González, M., *op. cit.*, p. 10.

¹²² *Ídem*, p. 14.

¹²³ Goldenberg, Isidoro, *La tutela jurídica de la vida privada*, La Ley, t. 1976-A, p. 581.

¹²⁴ Alpa, Guido, *Privacy e estatuto dell'informazione*, Rivista di Diritto Civile, n. 1, 1979, p. 65.

¹²⁵ Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires 2003.

¹²⁶ Buteler Cáceres, José, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1975.

¹²⁷ “*Son las que arraigan y permanecen en la interioridad de la conciencia de las personas y sólo a ellas conciernen, escapando a la regulación de la ley positiva y a la autoridad de los magistrados, pues no se concretan en actos exteriores que puedan incidir en los Derechos de otros o que afecten directamente a la convivencia humana social, al orden y a la moral pública y a las instituciones básicas en que ellas se asientan*”; en Carrizo Coito, Sergio c/ Dirección Nacional de Migraciones, *Fallos*: 302:604.

lógica de su construcción, en el valor ético de hacerlo así y en la conveniencia de los resultados que produce.¹²⁸

Al analizar la evolución conceptual de la doctrina sobre el *Derecho a la Intimidad* resulta indispensable referirse también al trabajo de Jorge Bustamante Alsina titulado *La violación del Derecho a la Intimidad y su adecuada reparación*, del año 1989. Allí distingue claramente el *Derecho a la Intimidad* del Derecho a la imagen. Se pregunta si éste es solamente un elemento particular de aquél o si es un Derecho autónomo e independiente. Aclara que el Derecho a la imagen es el Derecho que tiene toda persona a que su imagen no sea reproducida sin su autorización, con excepción de las fotografías efectuadas en lugares públicos o de personas públicas en el desarrollo de su actividad cotidiana. En cambio, puede darse el caso, sostiene el autor, de que se divulgue la imagen de una persona pública en el ámbito de su intimidad, lo que violaría no su Derecho a la imagen sino justamente su *Derecho a la Intimidad*. Esta distinción resulta sumamente esclarecedora del concepto de intimidad. En efecto, para este autor la vida privada se constituye en intereses particulares en un ámbito cerrado que no admiten la intromisión ajena. Dicho ámbito, sin embargo, no llega a excluir completamente el contacto con los demás. Más exclusivo aún es el ámbito de la intimidad. Lo que allí sucede es de acceso vedado salvo el consentimiento del interesado.

La mortificación que la intromisión en la intimidad produce, continúa Bustamante Alsina, no requiere prueba, más que el encuadre de ilicitud de la conducta.¹²⁹

Como manifestación de la tendencia general a la constitucionalización de los Derechos civiles temas propios del ámbito civilista fueron tratados también por prestigiosos constitucionalistas, algunas de cuyas consideraciones se presentan a continuación.

Resulta imprescindible referirse a la obra de Carlos Nino. Este autor distingue el Derecho a la Privacidad y el *Derecho a la Intimidad* en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Allí sostiene que el primero refiere exclusivamente a “*acciones voluntarias de individuos que no afectan a terceros*”¹³⁰ A lo que agrega que las descripciones *acciones*

¹²⁸ Zavala de González, M., *op. cit.*, p. 33.

¹²⁹ Bustamante Alsina, Jorge, *La violación del Derecho a la Intimidad y su adecuada reparación*, La Ley, 1989-E, 40.

¹³⁰ Nino, Carlos, S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 2005 p. 304.

privadas de los hombres, acciones que no ofendan al orden y la moral pública y acciones que no perjudiquen a un tercero deben entenderse como *coextensivas*, “*vale decir, como tres formas de referirse a la misma clase de acciones*”.¹³¹ Interpreta, en cambio, que el *Derecho a la Intimidad* se refiere a “*una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás.*”¹³² En particular incluye aspectos relacionados con rasgos del cuerpo, su imagen y pensamientos; emociones, circunstancias vividas y diversos hechos del pasado; conductas, escritos y pinturas; grabaciones, correspondencia y objetos de uso personal; domicilio, datos sobre su situación económica, etcétera.¹³³

Varios doctrinarios adhieren a esta postura de Nino, entre otros, Miguel Padilla¹³⁴, y Carlos Calautti¹³⁵. Otros, como Alberto Bianchi y Santos Cifuentes, ya citado, los identifican. Bianchi sostiene que no encuentra diferencia relevante alguna ni desde el punto de vista lingüístico ni desde el jurídico, ya que ambos dan la idea de algo reservado donde sólo tienen acceso ciertas personas.¹³⁶

Los argumentos a favor de la distinción giran en torno a la exclusión absoluta del Estado y de los particulares respecto del Derecho de los ciudadanos a elegir su propio plan de vida, siempre que no afecte a un tercero (privacidad) y de la admisión de regulaciones por ley, interés público o social (intimidad). En definitiva, la intimidad, como todo Derecho, es relativa. En cambio, este principio de autonomía personal -al igual que los principios de legalidad, igualdad o razonabilidad- son absolutos.¹³⁷

En efecto, Cifuentes trata ambos conceptos de modo integrado. Sostiene que la intimidad “*no es exclusivamente, entonces, la soledad individual del sujeto mismo, sino también la discreción particular que lo acompaña en el círculo de sus seres vinculados por afectos, parentesco y actividades comunes de toda clase*”. De tal modo queda comprendido en la intimidad todo aquello en que se asienta el Derecho a ser dejado solo, o sea “*que no se*

¹³¹ Nino, C. S., *op. cit.*, p. 317.

¹³² Nino, C. S., *op. cit.*, p. 327.

¹³³ Nino, C. S., *op. cit.*, p. 329.

¹³⁴ Padilla, Miguel, *Fuentes Constitucionales del Derecho a la Intimidad*, La Ley 1998_F, 911.

¹³⁵ Calautti, Carlos, *Reflexiones preliminares sobre Hábeas Data*, La Ley 1996-C, 917

¹³⁶ Cfr. Bianchi, Alberto, *Hábeas data y Derecho a la privacidad*, ED, 161-869.

¹³⁷ Laplacette, Carlos José, *El artículo 19 de la Constitución y la libertad de intimidad*, La Ley 2006-F, 1369.

*incluya alguien que es ajeno a ellas, ni se las trasmite a los demás por difusión de los medios o por comunicación de cualquier naturaleza.”*¹³⁸ Y agrega, “*desde un punto de vista jurídico son equiparables la intimidad y la vida privada*”.¹³⁹

El destacado constitucionalista Gregorio Badeni concuerda con el planteo general de este trabajo cuando afirma que:

*Una de las libertades constitucionales que más ha preocupado a nuestra doctrina y jurisprudencia en el curso de las últimas décadas es la libertad de intimidad. Su reconocimiento es unánime, aunque son múltiples las dificultades para concretar su definición y el ámbito de ella.*¹⁴⁰

Abunda este autor en la descripción de este Derecho, considerando que tiene raigambre constitucional expresada en el art. 19 CN y que, además, ciertas derivaciones de sus manifestaciones como la libertad del domicilio y la libertad de comunicación tienen previsión en el art.18 CN, que establece que son inviolables y que una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Como todas las libertades constitucionales, considera que la de Intimidad tampoco es absoluta, ya que la moralidad, orden público -los legítimos Derechos de terceros- la limitan.

Además, existen también los recaudos del art. 1071 *bis* CC que establece que los aspectos y datos de la intimidad deben ser veraces, secretos y ocultos; su producción no debe ser pública ni exteriorizada públicamente por su titular; la intromisión debe ser dolosa o culposa; la difusión no debe ser provocada ni consentida por el titular de la libertad y finalmente la intromisión debe ser arbitraria.¹⁴¹

Para Badeni, entonces, el contenido del *Derecho a la Intimidad* está necesariamente limitado y subordinado a los principios que posibilitan el funcionamiento del sistema en el cual se desenvuelve. Su concepción es limitada y restrictiva, contraponiéndose a otros mayores entusiasmos conceptuales.

¹³⁸ Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires 2008, p. 587.

¹³⁹ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 618.

¹⁴⁰ Badeni, Gregorio, *La publicación de sentencias judiciales y el Derecho a la Intimidad*, La Ley, 1993-B, 355.

¹⁴¹ Badeni, G., *op. cit.*, p. 2.

Por otra parte el trabajo de Pablo Ramella ofrece una relación más restrictiva del *Derecho a la Intimidad*. Con una introducción claramente crítica de nuestra época, donde “no hay protagonistas sino solo coro”, donde el Estado es el monstruo y la convivencia en las aglomeraciones urbanas son “un pequeño infierno” considera que la intimidad es un bien gravemente afectado. Refiere un antecedente interesante del *Derecho a la Intimidad* en un Real Decreto del 10 de abril de 1852 que establecía que “delinque contra los particulares (...) El que aun sin cometer injurias ni calumnias, da a luz, sin el consentimiento del interesado, hechos relativos a la vida privada y extraños de todo punto a los negocios públicos”.¹⁴² También ofrece un análisis detallado del debate en la Convención Constituyente de 1853 sobre cómo se llegó a la redacción actual del artículo del artículo 19 de la Constitución Nacional para concluir citando a Dana Montaña y sostener que “la moral a que se refiere el art. 19 de la Constitución es la moral cristiana de base religiosa y fundamento metafísico.” Para mayor abundamiento sostiene (citando ahora a Cichero) que “no parece aventurado afirmar que la moral media del grupo social en que vivimos, acaso por la raíz occidental y cristiana de su civilización, no se aparta sustancialmente, salvo inevitables depresiones, de los principios de la moral católica.” El artículo señala un aspecto no advertido por otros autores en el sentido de que uno de los límites del *Derecho a la Intimidad* es “el respeto que debe guardarse a las otras personas en cuanto no tienen por qué estar obligadas o expuestas a conocer las intimidades ajenas”. Y concluye: “la vergüenza humana ha de cubrirse con espeso manto, pues no todo es digno de verse u oírse.”¹⁴³

Continúa con esta línea interpretativa Ramón G. Brenna. Llama la atención el autor sobre la imperiosa preocupación por la seguridad que han generado los ataques terroristas en todo el mundo. Asimismo, señala los criterios que determinan el marco legal de los medios técnicos que buscan la protección ciudadana (recolección de datos, filmaciones, etc.), para que sean compatibles con el resguardo adecuado de la privacidad. Considera el autor que deben estar regidos por los principios de licitud, necesidad, proporcionalidad, dignidad y finalidad legítima. Agudamente señala que

¹⁴² La cita es de Robert B. Rotman en *La protección jurídica de la vida privada*, Separata del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México 1959, en La Ley, t. 100, p. 995.

¹⁴³ Ramella, Pablo A., *El Derecho a la intimidad*, La Ley 140, 1170.

*la noción de privacidad y la de protección de datos personales son ontológicamente similares pero no iguales: la protección del dato es funcional a la protección de la privacidad y la protección de la privacidad es estrictamente funcional a la protección de otros Derechos y libertades de rango constitucional.*¹⁴⁴

Cierra su análisis considerando que el criterio clave para determinar el efectivo nivel de democracia de un sistema político es el test de “*impacto privacidad*” por lo que hace valorar toda la organización institucional de un país según el tratamiento que haga de la privacidad.

El constitucionalista Daniel Sabsay también considera la centralidad del *Derecho a la Intimidad*. Lo conceptualiza, al modo de Nino, ya que para él tiene un carácter tan básico que la mayoría de los Derechos reconocidos por el art. 14 CN son funcionales a él:

*Tales Derechos no sería significativos si no estuvieran en función de la libertad de cada individuo de elegir su propio plan de vida y de juzgar por sí mismo la validez de los diferentes modelos de excelencia humana y decidir qué cosas pertenecen y cuáles no a la esfera de su privacidad.*¹⁴⁵

Nótese que este autor destaca un aspecto hasta ahora no señalado: es la persona quien define el contenido del *Derecho a la Intimidad*.

Para María Victoria Famá *el Derecho a la Intimidad* se posiciona como eje central del sistema de Derechos de un estado social y democrático. Lo hace con motivo de un ilustrador análisis de un fallo del Tribunal Supremo de España del año 2006 donde en un juicio de separación conyugal, el marido intentó aportar como prueba dos cuadernos manuscritos que constituían el diario íntimo de su cónyuge. Frente a tal conducta, la mujer demandó a su ex cónyuge y solicitó una indemnización en concepto de daño moral, invocando la intromisión ilegítima en su intimidad y honor. La Primera Instancia y la Apelación acogieron la presentación por lo que el demandado interpuso Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que lo desestimó. Propone la autora un análisis comparativo entre la solución que

¹⁴⁴ Brenna, Ramón, G. *Vigilancia, privacidad y Derechos humanos*, La Ley, 2010-A, 685.

¹⁴⁵ Sabsay, Daniel, A., *El Derecho a la Intimidad y la acción de clase*, La Ley, 2009- B, 401.

tuvo este caso en el sistema español y el que hubiera tenido en el sistema argentino. Considerara que tanto en el sistema argentino como en el español el *Derecho a la Intimidad* se topa con un solo límite: “*la consumación de un daño directo a los Derechos de otras personas.*”¹⁴⁶ Explica Famá que, en el caso de referencia, en el Derecho español y en la dogmática civil argentina el sentido de ilicitud difiere respecto del modo en que se obtienen las pruebas. Para aquél, estuvo relacionada con la afectación de Derechos fundamentales y para ésta hubiera estado ligada a la apropiación de documentación privada por medios violentos, abusivos y fraudulentos. De todos modos, la autora objeta que puedan invocarse cuestiones de orden público familiar o de interés estatal o social para restringir la libertad de intimidad, que como ella sostiene está “*diseñada como eje de nuestro sistema de Derechos*”. Propone la aplicación del principio de proporcionalidad al momento de discernir la supremacía de uno u otro Derecho.¹⁴⁷

En una línea de argumentación parecida, Carranza Latrubesse considera que el *Derecho a la Intimidad* no constituye un mero Derecho de la personalidad sino un verdadero Derecho fundamental. Agrega que antes de analizar si una conducta está dentro del ámbito de intimidad de una persona es necesario definir los contenidos del art. 19 CN cuando afirma que “*de ningún modo ofenda 'al orden', a 'la moral pública' y el 'perjuicio de terceros'*”. Considera que la expresión “*de ningún modo ofenda*” no debe interpretarse con excesivo rigor literal y debe entenderse que se refiere exclusivamente a perjuicios reales y directamente provenientes de una conducta humana. Perspicazmente considera que si la fórmula hubiera sido que no ofenda “*a la moral y orden público*” se hubiera dejado abierta la posibilidad de una permanente intervención estatal en la vida de las personas.¹⁴⁸

Alejandro Carrió da otra vuelta de rosca al análisis del *Derecho a la Intimidad*, y lo considera un Derecho unificador, o sea, una garantía explícita por la cual la persona no puede estar sometida a instrucciones estatales arbitrarias en su dignidad y privacidad.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Famá María Victoria, *La libertad de intimidad y los procesos de familia*, La Ley, 2006-E, 461.

¹⁴⁷ Famá, M. V. *Ídem*.

¹⁴⁸ Carranza Latrubesse, Gustavo, *La intimidad de los hombres públicos*, La Ley, 19/11/2004, 1.

¹⁴⁹ Cfr. Carrió, Alejandro, *Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra*, La Ley, 1993-C, 752.

La doctrina plantea paulatina pero constantemente una verdadera exorbitancia de la intimidad pasando en pocos años de ser ajurídica a un simple bien jurídico protegido, a ser un Derecho subjetivo, para luego ser un Derecho subjetivo obligacional, luego un Derecho subjetivo personalísimo, más tarde un Derecho eje del sistema democrático y finalmente un Derecho fundamental o un Derecho unificador. Esta tendencia, si bien resulta interesante, por la mayor relevancia que le otorga a la privacidad e intimidad dentro del ordenamiento jurídico, también incluye cierta tendencia hacia la anomia. Si el concepto de intimidad puede expandirse hasta incluir categorías tan diferentes como la reserva de lo íntimo, la autonomía de la persona como su derecho de asociación, la imprecisión del contenido atenta contra una protección eficiente.

José W. Tobías suma su voz también para intentar desarrollar, sistematizar, constitucionalizar y buscar medios adecuados para la tutela de los Derechos personalísimos ante la agresión sistemática de esos Derechos por los medios masivos de comunicación. Destaca la singular relevancia que los ordenamientos jurídicos contemporáneos atribuyen a los Derechos personalísimos compitiendo en cierto modo con otros Derechos de raigambre más clásica. Presenta tres estrategias para resolver los conflictos de Derechos con igual jerarquía constitucional: 1) Establecer jerarquías y categorías previas y rígidas de Derechos; 2) El denominado *balancing test* o test de ponderación y 3) Considerar que en una situación de litigio lo que hay es una diversidad de pretensiones, invocando Derechos de igual jerarquía, siendo este el método más apropiado para Tobías. Considera este autor bienvenida la tendencia a precisar y limitar la aplicabilidad de doctrinas ya establecidas como la de “real malicia” y “Campillay” cuando se ven afectados Derechos personalísimos, entre ellos el *Derecho a la Intimidad*. Incluso, frente a la opinión de quienes consideran el carácter absoluto de la prohibición de la censura previa.¹⁵⁰

¹⁵⁰ Tobías, José W., *Derechos personalísimos y libertad de información*, La Ley, 2008-A, 620.

Delimitación del contenido del *Derecho a la Intimidad* en la doctrina argentina

Son numerosos los doctrinarios que han intentado definir el contenido y alcance del *Derecho a la Intimidad*.

Jorge A. Diegues repasa casuísticamente algunos fallos jurisprudenciales sobre el *Derecho a la Intimidad*, ofreciendo un relevamiento interesante pero incompleto. Con fundamento en sentencias de la Corte Suprema argentina y de Cámaras Civiles señala que el *Derecho a la Intimidad* protege no sólo situaciones que suceden en el ámbito íntimo de la persona sino también aquéllas que le pertenecen y no están destinadas a la difusión pública, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen. Aclara que para que proceda la afectación, el acto que interfiere debe ser arbitrario y no puede constituir un delito penal. Considera que en el sistema argentino no es aplicable la doctrina de la real malicia para el caso de violación del *Derecho a la Intimidad* y que los menores de edad tienen una protección que va más allá de la autorización de sus padres o tutores para difundir su intimidad. Respecto de los funcionarios públicos señala que si bien tienen asignado un mayor sacrificio, no se puede inferir que no tengan un ámbito de intimidad protegida. Agrega jurisprudencia sobre el estado físico del cuerpo de una persona fallecida, la apertura de misivas en el trámite sucesorio y requerimiento de fichas de afiliación para un partido político; el registro de llamados telefónicos y grabaciones de funcionarios judiciales, extracción compulsiva de sangre y cuentas de correo electrónico; publicidad de servicios sexuales, y conductas de un embajador.¹⁵¹ Este relevamiento jurisprudencial resulta interesante pero, por ser asistemático, no permite inferir la racionalidad del sistema.

Quien sí ofrece un criterio de sistematización es Pablo Iribarren. Citando a un autor norteamericano -Rodney Smolla-¹⁵² establece cuatro combinaciones posibles acerca de la información de una persona: 1) de interés público y no privada; 2) de interés público y privada; 3) no privada y no de interés público y 4) privada y no de interés público. Considera

¹⁵¹ Diegues, Jorge Alberto, *Derecho a la intimidad*, La Ley, 23/12/2008, 6.

¹⁵² Juez de la *Fifth Circuit Court of Appeals* entre 1978–1979 y luego presidente de *Furman University*.

que sólo hay conflicto para el caso previsto en 2. Para los demás casos, o claramente debe prevalecer la libertad de informar (1 y 3) o debe respetarse la privacidad (4). Para resolver el conflicto del caso 2 propone la regulación de estándares mínimos por ley.¹⁵³ Julio César Rivera honra la lista de doctrinarios argentinos que estudiaron el tema. Lo hizo particularmente en un artículo que expresó el beneplácito generalizado del mundo jurídico argentino con el fallo *Ponzetti de Balbín*. Fundamenta la protección del *Derecho a la Intimidad* en la más autorizada doctrina:

el profesor de Valencia Jaime Vidal Martínez al estudiar cuál es el bien jurídico protegido por el Derecho a la Privacidad afirma que es una libertad, cabría decir soberana, a que el hombre es acreedor en el ámbito de lo íntimo, de modo tal que suprimida la susodicha libertad, la persona - sujeto de Derecho- quedaría reducido al nivel de cosa, simple objeto: el ámbito en el cual se goza de esa libertad es la zona nuclear de la personalidad.¹⁵⁴

Rivera hace un análisis conceptual de los votos de los jueces de la Corte Suprema argentina. Se detiene particularmente en los límites al Derecho a la vida privada. Para él, los límites naturales son: la seguridad nacional, la seguridad pública y situaciones de emergencia en tiempos de paz, guerra o catástrofes naturales; el bienestar económico del país, la lucha contra el desorden y el crimen; la protección de la salud, la administración de justicia civil y la libertad de expresión, información y deliberación.¹⁵⁵ Finalmente lo considera como el último bastión de la libertad.

Honra también la lista de doctrinarios que atendieron el tema el maestro Augusto M. Morello. Lo hace en un comentario al fallo *S.V. c/M.D.A.* que merece ser reproducido textualmente.

¹⁵³ Cfr. Iribarren, Pablo, *Libertad de prensa. Derecho a la Intimidad, al honor y presunción de inocencia. Conflicto de valores*, La Ley, Suplemento Actualidad, 19/02/2008,1.

¹⁵⁴ Rivera, Julio César, *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidad. Un conflicto permanente*, La Ley, 1985-B, 114. La cita es de Vidal Martínez, Jaime, *El Derecho a la Intimidad en la ley orgánica del 5/5/82*, Madrid, 1984, p. 61.

¹⁵⁵ Rivera, J. C., *op. cit.*, p. 4.

Los estudiados y exhaustivos votos de mayoría y disidencia expedido por la Corte Suprema en la sentencia que brevemente comentamos examina uno de los tópicos más sensibles y urticantes que desde siempre acompañan a ese robusto y respetable Derecho fundamental que es el de la libertad de prensa y -en nuestro país, aun más que en del norte- tiene una fuerte coraza protectora que, con sus noches y eclipses, ha mostrado dientes y uñas para resistir embates y tormentas, con el fiel escudero de las jurisprudencias nacional, de la Suprema Corte de los EE. UU. y de los Tratados de Tribunales Transnacionales. Además en su esforzada y valiente práctica fiel a un patrón interpretativo de clara esencia de un Estado republicano de Derecho, en su acabada dimensión democrática, atento a toda desviación tiránica o abusiva y que obra como cabeza de infantería y celoso indicador de la ruta a seguir toda censura previa que sobre ella (la libertad de prensa, art. 32 Constitución Nacional) padece una fuerte presión de constitucionalidad.¹⁵⁶

Todo ello para decir que la expansión de la prohibición de la censura previa fuera de lo que representaría una indebida intromisión en la esfera de la intimidad de una persona menor, excedería la tutela que requiere esa intimidad. Justifica entonces el maestro la adecuación de la técnica de prohibición de la censura previa a las fricciones y roces que la libertad de prensa tiene con otros Derechos no subalternos ni secundarios.¹⁵⁷

También colabora en la definición del contenido del *Derecho a la Intimidad* Santiago Legarre. Su preocupación se centra en definir si una acción desarrollada en público puede ser una acción protegida por el *Derecho a la Intimidad*. Elabora sus consideraciones en torno a la posesión de drogas para uso personal (en un artículo del año 2006) y en torno a considerar si una persona (física o jurídica) puede ser titular de un Derecho tal que le permita fumar (en un artículo del año 2007).

Trata la problemática de la tenencia de drogas para uso personal describiendo las marchas y contramarchas de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y considera que

la Constitución Nacional, al proteger las acciones privadas de los hombres (y mujeres) en su artículo 19, lo hace de modo tal que esta acción -

¹⁵⁶ Morello, Augusto, *Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial en resguardo del Derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa*, La Ley, 2002-A 754.

¹⁵⁷ Cfr. Morello, A., *op. cit.*, p. 2.

*tener drogas para uso personal en cantidades mínimas- no tiene, ipso iure, protección constitucional. Ello es así por razones de moralidad pública y, sobre todo, de salud pública; en última instancia, gravita el bien común, que es el bien de todos, también del que se droga.*¹⁵⁸

Lamenta la falta de consistencia de la Corte a su propio criterio jurisprudencial y se sorprende cuando en el caso *Thomas* la sala II de la Cámara Federal del Crimen considera que se está en presencia de una acción privada aún cuando “*transitaba por la vía pública*” con marihuana y, además, “*el personal policial*” lo había observado “*cuando adquirió esa sustancia al ingreso de un edificio*”.

Se pregunta Legarre respecto del Derecho a fumar si se encuentra dentro del Derecho natural-constitucional a la salud o en el *Derecho a la Intimidad*. Considera absurdo que algo que necesariamente acarrea un deterioro significativo para la salud pueda incluirse dentro del Derecho a la salud. Su estudio se concentra entonces en las acciones privadas del art. 19 CN, que para él, si tienen lugar en público, no son privadas y por lo tanto no están *ipso iure* exentas de la autoridad de los magistrados. Plantea un análisis del más puro corte *iusnaturalista* (con conocimiento de la doctrina antigua, medieval, moderna y contemporánea) para sostener que toda acción concreta es buena o mala, incluso las autorreferentes. Dicho ello, deja en manos del poder de policía la facultad de regular, en este caso, la acción de fumar.¹⁵⁹

Alejandro Dalmacio Andrada aborda minuciosamente el análisis del *Derecho a la Intimidad* en un artículo del año 2004. Comienza por manifestar uno de los puntos señalados para justificar el punto de partida de este trabajo: “*gran cantidad de autores ponen de relieve la dificultad de definirlo.*”¹⁶⁰ Este autor desarrolla de modo particularmente interesante el factor de atribución respecto del *Derecho a la Intimidad*. Refiere las diferentes posturas de la doctrina sobre si requiere un factor subjetivo u objetivo¹⁶¹ para sostener que “*la intrusión*

¹⁵⁸ Legarre, Santiago, *Tenencia de drogas para uso personal y estabilidad de la jurisprudencia: Colavini, Bazterrica* ... ¿y la Corte actual estará a lo decidido en Montalvo?, La Ley 2006-D, 299.

¹⁵⁹ Legarre, S., *To be or not to be: ¿fumar o no fumar?*, La Ley, 2007-E, 58.

¹⁶⁰ Andrada, Alejandro D., *El Derecho a la Intimidad*, RCyS, 2004, p. 1.

¹⁶¹ Jorge Bustamante Alsina considera que requiere un factor subjetivo en su *Teoría General de la responsabilidad civil* (Abeledo Perrot, Buenos Aires 1987, p. 215). María A. Leonfanti y Edgardo Saux consideran que se debe responder por la particular configuración de la ilicitud que la norma propone en *Crónica*

arbitraria en la vida ajena prevista en el artículo 1071 bis del Código Civil prescinde de toda idea de culpa, por lo cual la responsabilidad que allí se estatuye es de tipo objetivo.”¹⁶²

Zavala de González hizo un aporte digno de ser considerado en su memorable artículo sobre los daños morales mínimos. Allí considera desatinado equiparar los daños morales resarcibles con perjuicios llanamente intolerables, superada la doctrina que para el resarcimiento del daño moral requiere sentida gravedad. Acertadamente, en especial si se tienen en cuenta las intromisiones a la intimidad, señala que el mayor o menor alcance del daño no excluye el resarcimiento. Sólo define la importancia de la indemnización.¹⁶³

Marcelo U. Salerno plantea otro aspecto más de la intimidad: el dilema entre el derecho de mirar y el respeto a la privacidad. Lo hace en su comentario a un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del año 1993.¹⁶⁴ En dicho caso (un proceso de divorcio) se aceptó como prueba, al borde de la infracción, el testimonio de quien siguió visualmente durante tres años a uno de los cónyuges. La Cámara tuteló en este caso “la libertad de observar” como *ultima ratio* para permitir un testimonio veraz. Salerno llama la atención sobre lo que podría significar continuar con este criterio en un mundo en el que la tecnología permite cada vez más fácilmente invadir la intimidad de las personas. Agrega un detalle interesante al considerar que con la invasión de la privacidad probada se afecta espiritualmente al sujeto víctima y por lo tanto queda comprobado el daño moral.¹⁶⁵

Alfredo Lemon considera que en una combinación de *Derecho a la Intimidad* (como disposición de uno mismo) y Derecho a la dignidad se halla la facultad del enfermo a elegir cómo prefiere que se desarrolle el tramo final de su existencia. Aclara que no se refiere ni al suicidio ni a la eutanasia sino a la ortotanasia, entendida como la suspensión de toda cura en la inminencia de la muerte. Considera esta acción como “autorreferente” y que no perjudica a terceros, por lo tanto protegida también por el art. 19 CN cuando dispone que “ningún

de una muerte anunciada: entre la intimidad y la libertad de prensa (Zeus, t. 45-J-203). Mosset Iturraspe lo funda en la teoría del riesgo creado en *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1980, t. I, p. 106.

¹⁶² Andrada, A., *op. cit.*, p. 2.

¹⁶³ Zavala de González, Matilde, *Los daños morales mínimos*, La Ley 1/09/2004, 1.

¹⁶⁴ A., H. c/M., N., Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, 01/03/1993.

¹⁶⁵ Salerno, Marcelo U., *Libertad de observar. Su extensión*, La Ley, 1994-C, 314.

habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”¹⁶⁶ Fundamenta su opinión en un análisis descriptivo de la tensión que existe entre la dignidad de la persona y las miserias que deben sufrir los enfermos sometidos a ciertas prácticas médicas, que en algunos casos llegan a ser verdaderos ensañamientos terapéuticos. Si bien su visión es realista, produce cierto escozor la aplicabilidad de los argumentos que ofrece para la defensa de lo que expresamente no quiere justificar: el suicidio y la eutanasia.

Adrián Ventura trata tangencialmente el tema en su tesis doctoral sobre libertad de expresión; específicamente sobre el secreto periodístico. Considera que el secreto de las fuentes periodísticas es una garantía de la libertad de información establecida en interés social y de la actividad periodística y que tal garantía es de carácter absoluta.¹⁶⁷ Enmarca este autor al secreto periodístico claramente como integrante de la libertad de información, pero resulta interesante que la fuente del derecho surge del secreto de las comunicaciones entre dos personas que puede entenderse como integrantes de su ámbito de intimidad. La violación del secreto ha sido también interpretado, particularmente por la doctrina italiana, como se verá oportunamente como una violación de la intimidad. En materia de búsqueda de información no distingue este autor entre asuntos de interés público o asuntos específicos de la esfera privada para evaluar si corresponde amparar al periodista. Lo que no quiere decir que puedan y deban trazarse distinciones posteriores a la publicación a la hora de establecer responsabilidades ulteriores.¹⁶⁸

También en su tesis doctoral Fernando Toller aborda el tema de la intimidad. En este caso, sobre su tutela judicial preventiva. Sostiene que una vez que el daño a la intimidad se ha producido es imposible repararla. Por lo que postula que

cuando exista una amenaza conocida de daños graves e irreparables al Derecho a la privacidad, el Derecho, debe, ante instancia de parte razonable y fundada, utilizar sus medios judiciales de coacción preventiva para que el injusto agresor, que no quiere respetar espontáneamente el

¹⁶⁶ Lemon, Alfredo, *La más secreta intimidad (El Derecho constitucional en los umbrales de la muerte)*, La Ley, 1993-E, 829.

¹⁶⁷ Ventura, Adrián, *Libertad de expresión y garantías*, La Ley, Buenos Aires 2009, p 5.

¹⁶⁸ Ventura, A. *op. cit.*, p. 801.

*deber general de no dañar, no viole este importante bien jurídico que luego no podrá restaurar.*¹⁶⁹

Finalmente, baste cerrar aquí el relato de la elaboración de la doctrina argentina con la opinión de Ricardo Ravinovich-Berkman, quien considera que el *Derecho a la Intimidad* es la “potencia de construir un muro jurídico que detenga el avance inquisitorio de los demás, que permita el aislamiento relativo del sujeto.”¹⁷⁰

Conclusiones

A modo de síntesis de este apartado es posible afirmar que la doctrina argentina ha desarrollado un extenso análisis del *Derecho a la Intimidad*, tratándolo tanto desde el punto de vista del Derecho privado como desde el punto de vista del Derecho constitucional. Ha fundamentado su protección principalmente en lo previsto por el art. 19 de la Constitución Nacional. Posiblemente por este motivo se tienda a tratar indistintamente a los actos privados y a la intimidad. También esta visión tiende a generalizarse, ya que por los avances tecnológicos lo privado prácticamente no encuentra un espacio que le pertenezca. Por el contrario, ahora la privacidad está a la vista de todos. Esto determina que el concepto de intimidad resulte más adecuado y conveniente para referir al conjunto de circunstancias que comprende: afectos y sentimientos de la familia, la dimensión biológica y la confidencialidad de los actos; las aspiraciones y esperanzas de las personas, sus datos personales y su orientación política; sus convicciones religiosas y de otro tipo y aspectos privados e íntimos protegidos por el Derecho.

La legislación argentina recoge la preocupación de la modernidad por la protección de la autonomía del individuo particularmente en los artículos 18 y 19 CN. De todos modos, el concepto de *privacy* requirió la elaboración doctrinaria, jurisprudencial y ciertamente legislación específica.

¹⁶⁹ Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, Buenos Aires 1999, p. 219.

¹⁷⁰ Ravinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires 2007, p. 357.

En el ámbito estrictamente civil, a pesar de que la doctrina ha elaborado extensamente el concepto del *Derecho a la Intimidad* como Derecho personalísimo específico, la redacción del art. 1.071 *bis* CC que establece su protección pero de un modo ambiguo, excesivamente reglamentarista, ubicándolo en el capítulo de los actos ilícitos y requiriendo arbitrariedad para lograr su protección y factor de atribución objetivo para integrar la responsabilidad, hace dudar del carácter de Derecho subjetivo específico del *Derecho a la Intimidad*.

La protección del *Derecho a la Intimidad* también generó legislación en otras ramas del Derecho y en el ámbito internacional dando amplio alcance a su contenido. Como se vio, la doctrina evolucionó desde el concepto de acciones ajurídicas e interés jurídico hasta instalarse como Derecho subjetivo específico, que una vez violado resulta de imposible restauración. De allí avanzó hacia categorías como eje del sistema democrático y central del Estado social y como Derecho fundamental.

La doctrina civilista argentina ha tenido un desarrollo autónomo respecto de la doctrina civilista europea. Posiblemente se deba a la fuerte relación de este Derecho con la tradición jurídica de los Estados Unidos. De todos modos, conviene realizar el relevamiento de la doctrina y legislación europea para definir un panorama completo de la literatura sobre el *Derecho a la Intimidad*.

Capítulo III

La Doctrina europea sobre el *Derecho a la Intimidad*

Vie privée, Privatsphäre, riservatezza son algunas de las palabras con que refiere la doctrina europea a la intimidad. Si bien ha profundizado el tema y se nota un esfuerzo por llegar a un acuerdo sobre el contenido de lo que significa, su interés por el *Derecho a la Intimidad* es cronológicamente posterior al de los americanos.

El concepto que más se aproxima al *privacy right* de fuente anglosajona es el que expresa la palabra italiana *riservatezza*. Para los italianos, el concepto presupone la divulgación de noticias de la intimidad a la que se ha accedido lícitamente. La ilicitud aparece con el quebrantamiento del deber de reserva, en la divulgación de hechos a personas ajenas a la esfera de confianza. La violación a la vida privada es, en cambio, una injerencia ilegítima, con posterior divulgación.¹⁷¹ Esta visión italiana se advertirá luego en doctrinarios europeos como el español Morales Prats¹⁷² y el francés Kayser¹⁷³ quienes también distinguen los ataques al secreto de los atentados a la libertad.

La legislación italiana no preveía este Derecho, por lo que para su elaboración fue necesario el aporte doctrinario de Adolfo Ravà, quien, por la falta de un reconocimiento explícito de un derecho independiente y sustancial sobre confidencialidad se basó en normas análogas. La intuición de Ravà, en particular, era que “*la qualità di persona richiede ed esige che alla persona stessa sia riservata una certa sfera relativa ai dati più gelosi e più intimi di essa e della sua attività*”¹⁷⁴. Al final de su argumentación afirma que “*da ciò deriva un generale diritto alla riservatezza che ha molteplici implicazioni.*”¹⁷⁵ Las normas a las que

¹⁷¹ Bricola, Franco, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, en Herrero-Tejedor, Herrero-Tejedor, Fernando, *La intimidad como Derecho Fundamental*, Colex, Madrid, 1998, p. 22.

¹⁷² Morales Prats, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informormática*, Destino, Barcelona 1984, p. 129.

¹⁷³ Kayser, Pierre, *La protección de la vie privée*, Presses universitaires d’Aux-Marseille, París 1990, p. 10.

¹⁷⁴ *La cualidad de la persona requiere y exige que se le dé reserva a los datos más íntimos y más celosos de su actividad.* (traducción del autor)

¹⁷⁵ Del que deriva un cierto Derecho a la reserva, que tiene múltiples implicaciones. (Traducción del autor). Cfr. Adolfo Ravà, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1938, pp. 174-175, en Surace, Marika, *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell’era di Internet*, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità, <http://www.altrodiritto.unifi.it>, 20/09/2010.

hace referencia son los artículos 10 del Código Civil Italiano¹⁷⁶ y la Ley de Propiedad Intelectual y en materia penal son los artículos 616 a 623 del Código Rocco. En síntesis, argumentaba Ravà que el *Derecho a la Intimidación* estaba implícito en los principios generales del Derecho que protegen a la persona.

Sin embargo, todo su esfuerzo argumentativo fue cuestionado poco después por Pugliese quien, apoyándose en el más puro Derecho positivo, sostuvo que

*non solo non esiste alcuna norma, la quale riconosca espressamente l'asserito diritto alla riservatezza, ma che a tale riconoscimento non si può nemmeno pervenire mediante l'estensione analogica dei divieti contenuti nelle diverse disposizioni citate. Infatti, quelle sono norme che fanno eccezione alla libertà di parola, di divulgazione del pensiero, di stampa, di creazione artistica, e quindi il procedimento analogico urterebbe contro il divieto dell'art. 14 disp. Prel.*¹⁷⁷

A su vez, Adriano De Cupis contra-argumenta a Pugliese sosteniendo que existe una homogeneidad socio-jurídica detrás del interés tutelado en el Derecho a la imagen, positivizado en el artículo 10 del Código Civil italiano junto con toda una serie de consideraciones por la persona. De lo que se deriva una estructura pluralista del Derecho de la personalidad, de la que resulta una multiplicidad de intereses y aspectos, algunos con características peculiares y dotados de autonomía.¹⁷⁸

¹⁷⁶ “Art. 10 *Abuso dell'immagine altrui* “Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.” Il Codice Civile Italiano, <http://www.jus.unitn.it> , 22/09/2010.

¹⁷⁷ *No sólo no existe una norma que reconozca explícitamente el supuesto derecho a la intimidad, sino que este reconocimiento no puede llegar ni siquiera a través de la extensión analógica de las prohibiciones contenidas en diversas disposiciones mencionadas. De hecho, esas son reglas que hacen excepción a la libertad de expresión y difusión del pensamiento, de impresión, la creación artística por lo que un procedimiento semejante sería contrario a la prohibición del artículo. 14 disp. Prel.* (Traducción del autor). Pugliese, Giovanni, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, Foro It., Zanichelli, Bologna 1954, parte I., pp. 118-120, en Surace, M., *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁸ De Cupis, A. , *I diritti della personalità*, en *Tratt. di diritto civile e commerciale*, Giuffrè Editore, Milano 1982, IV, p. 271, en Surace, M., *op. cit.* . p. 40.

Pero la doctrina italiana se quedó sin argumentos cuando la Corte de Casación dictaminó en 1950 que

*Nessuna disposizione di legge autorizza a ritenere che sia sancito, come principio generale, il rispetto assoluto dell'intimità della vita privata, tanto meno come limite della libertà dell'arte, salvo che l'operato dell'agente, offendendo l'onore o il decoro o la reputazione della persona, ricada nello schema generale del fatto illecito. Il semplice desiderio di riserbo non è stato ritenuto dal legislatore quale interesse tutelabile fuori dai casi in cui è riconosciuto espressamente un diritto della personalità*¹⁷⁹

Pero más tarde, en 1963, nuevamente volvieron las esperanzas, cuando la Corte de Casación sostuvo que

*Sebbene non sia ammissibile il diritto tipico alla riservatezza, viola il diritto assoluto di personalità, inteso quale diritto erga omnes alla libertà di autodeterminazione nello svolgimento della personalità dell'uomo come singolo, la divulgazione di notizie relative alla vita privata, in assenza di un consenso almeno implicito, ed ove non sussista, per la natura dell'attività svolta dalla persona e del fatto divulgato, un preminente interesse pubblico di conoscenza.*¹⁸⁰

Y en 1975:

Il nostro ordinamento riconosce il diritto alla riservatezza, che consiste nella tutela di quelle situazioni e vicende strettamente personali e familiari le quali, anche se verificatesi fuori del domicilio

¹⁷⁹ Ninguna de las disposiciones legales autoriza a concluir que se ha consagrado el respeto absoluto de su vida privada como un principio general, mucho menos como una forma de limitar la libertad del arte, a menos que las acciones del agente, ofendiendo el honor, la dignidad o la reputación de la persona, caiga en el régimen general del hecho ilícito. El simple deseo de preservar no fue considerado por el legislador como un interés de protección, fuera de los casos en que se reconoce explícitamente el derecho de la personalidad. (Traducción del autor). Corte di Cassazione, sent. n. 4487 del 22 diciembre de 1956.

¹⁸⁰ Aunque no se reconozca explícitamente el derecho a la intimidad, la divulgación de información relativa a la intimidad, sin consentimiento al menos implícitamente, viola el derecho absoluto de la personalidad, como un derecho erga omnes a la libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad humana como individuo, salvo que por la naturaleza de la actividad de la persona o del hecho divulgado o que haya un interés público importante en su conocimiento. (Traducción del autor) Cassaz. Civ., sent. n. 990 del 20 de abril de 1963.

*domestico, non hanno per i terzi un interesse socialmente apprezzabile, contro le ingerenze che, sia pure compiute con mezzi leciti, per scopi non esclusivamente speculativi e senza offesa per l'onore, la reputazione o il decoro, non sono giustificati da interessi pubblici preminenti.*¹⁸¹

Por lo que la jurisprudencia italiana se inclina por reconocer actualmente un Derecho “*al riserbo*” fundándose principalmente en el art. 2 de la Constitución italiana, que garantiza la inviolabilidad de la persona. De todos modos la ley del 21 de enero de 1981 finalmente ha ratificado y dado ejecutividad en Italia a la Convención Nro. 108 de Strasburgo, sobre la protección de la persona respecto del tratamiento automatizado de datos de carácter personal.¹⁸²

La jurisprudencia doctrinaria y judicial italiana influyó en una concepción de la privacidad que en toda Europa evolucionó hacia la facultad de controlar toda la información sobre uno mismo como aspecto privilegiado de la temática.

En Francia, por su parte, el artículo 11 de la Ley del 11 de mayo de 1868 sobre la prensa, si bien elimina la autorización requerida hasta entonces para publicar, precozmente prohíbe toda publicación de hechos sobre la vida privada manteniendo a los delitos de prensa dentro de la competencia de los tribunales penales. De acuerdo con esta ley, los periodistas podían ser suspendidos y hasta encarcelados por difundir aspectos de la intimidad de las personas. Los casos *Rachel*¹⁸³ de 1858 (sobre protección de la imagen de una persona) y *Whistler* de 1897 (que protege el *Droit Moral* de un artista sobre su obra) centraron su atención en los derechos de la personalidad formulados por Boistel y Perreau, quienes a su vez se inspiraron en la doctrina alemana.¹⁸⁴ En efecto, sostiene Irma Arnoux que el concepto

¹⁸¹ Nuestra legislación reconoce el derecho a la intimidad, que consiste en la protección de las situaciones y los acontecimientos estrictamente personales y familiares que, aunque se produzcan fuera del domicilio, no tienen un interés social valioso para terceros, aunque se hayan obtenido por medios legales, a efectos no sólo especulativos, y sin ofender a la honra, la reputación o la dignidad, que no se justifican por preeminentes intereses públicos. (Traducción del autor) *Cass. civ.* n. 2129 del 27 de mayo de 1975.

¹⁸² Cfr. Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova 1995, p. 93.

¹⁸³ En el caso *Rachel* de 1858 el tribunal Civil de Seine protege por primera vez la imagen de una persona. British Library Direct, <http://direct.bl.uk/blid/2/10/2010>.

¹⁸⁴ Cfr. Heuschling, Luc, *Convergence des systèmes juridiques et protection de la vie privée*, Franco-British Lawyers' Society Colloquium Glasgow, 2003, www.franco-british-law.org, 22/09/2010.

derecho de la personalidad fue acuñada primero en Alemania y luego recogida por los autores franceses E. Boistel y E. H. Perreau en sus obras *Philosophie du Droit* (1889) y *Les droits de la personnalité* (1909) respectivamente.¹⁸⁵

Royer-Collard se ocupó específicamente del *Derecho a la Intimidad* en 1949 y Nerson en 1959¹⁸⁶ pero este Derecho no está consagrado por la Constitución de este país y no fue hasta 1970 que el artículo 9 del Código Civil francés estableciera que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada*”.¹⁸⁷

En la actualidad, el Derecho a la vida privada se presenta como un Derecho básico reconocido por las leyes de la República Francesa, el Consejo Constitucional, el Derecho Civil y Penal, el Derecho Comunitario y el Derecho Público Internacional.

Sin embargo, para los doctrinarios franceses, como para los de todo el mundo, no resulta fácil establecer exactamente lo que esta expresión implica¹⁸⁸ ya que las definiciones de vida privada varían y la protección que las Cortes dan a la vida privada es fluctuante y “*muy inestable*”.¹⁸⁹

Los franceses incluyen dentro del concepto de vida privada la autodeterminación de individuo, su reserva, la discreción y a la vez la exteriorización de su intimidad. De todos modos, la preocupación principal de las Cortes es principalmente lo que se refiere a la revelación de información sobre personalidad del individuo. Se descarta la distinción entre vida privada y vida pública porque se considera que el *Derecho a la Intimidad* no está sujeto a una referencia espacial. De todos modos, la orientación que tiene el tratamiento de este Derecho en Francia es similar al que ha tenido en otros países, que viene impulsado por el

¹⁸⁵ Arnoux, Irma, *Les Droits de l'être humain sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003.

¹⁸⁶ Herrero-Tejedor, *op. cit.*, p. 20.

¹⁸⁷ Article 9 “*Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé. Code Civil Français <http://admi.net/code/CCIVILLO-9.html> 16/09/2010.*

¹⁸⁸ En palabras de Jacques Velu, “*la expresión ‘derecho a la vida privada’ abarca un campo jurídico muy vasto, cuyos límites son difíciles de precisar*” citado por Alcaraz, Hubert, *El Derecho a la Intimidad en Francia en la época de la información: “Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!*”, Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, Nro. 18, segundo semestre de 2007, p. 6.

¹⁸⁹ Cfr. Alcaraz, Hubert, *op. cit.* p. 8.

liderazgo que tiene la jurisprudencia de los Estados Unidos primero y de la Corte europea después. En efecto, sostiene Luc Heuschling que por

*l'extension de la notion de respect de la vie privée à des thématiques nouvelles (avortement, homosexualité, transsexualisme), sous l'influence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis et de la Cour européenne des droits de l'homme. On passe de la protection du secret de la vie privée (opacité) à la garantie de la l'indépendance de la vie privée (liberté de choix).*¹⁹⁰

De todos modos es posible sostener que la principal preocupación en Francia es brindar la protección especial de los datos personales, ya que consideran que el principal daño a la intimidad se produce por la recopilación y un mal uso de estos datos.

En España, Herrero-Tejedor destaca un flanco de la intimidad particularmente en riesgo en la sociedad contemporánea: el reclamo de la seguridad social. El segurismo, como lo llama él, del Estado de bienestar no puede concretarse sin un conocimiento profundo de la situación de cada individuo, por lo que se acumulan grandes cantidades de datos sobre las personas, particularmente en temas de salud, lo que lleva inevitablemente a una exposición de la vida privada. En sus palabras: “*La seguridad lleva en germen una limitación de la intimidad (...) el segurismo conduce a lo que se ha denominado dictadura de lo social.*”¹⁹¹

El aporte de Carlos Ruiz Miguel¹⁹² resulta particularmente completo para comprender el tratamiento de este Derecho en España. Analiza a fondo quiénes son los titulares del *Derecho a la Intimidad* en ese reino. Estudia la posibilidad de que haya pluralidad de titulares como el caso de la intimidad del domicilio compartido por varias personas, la convivencia familiar, la asistencia doméstica, el cliente de un hotel, etcétera. Todo lo cual lo remite a una valoración caso por caso. Analiza el caso de la titularidad del Derecho por parte de las personas jurídicas, a quienes la doctrina clásica les niega la titularidad de los Derechos

¹⁹⁰ *La ampliación de la noción de respeto a la intimidad a nuevos temas (aborto, homosexualidad, transexualidad,)*, bajo la influencia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Se pasa del secreto de la vida privada (opacidad) a garantizar la independencia de la intimidad (la libertad de elección).* (Traducción del autor) Heuschling, Luc, *op. cit.* p. 5

¹⁹¹ Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, p. 25.

¹⁹² Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del Derecho a la Intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

fundamentales. Sin embargo, Ruiz Miguel considera que algunas de las manifestaciones del *Derecho a la Intimidad* pueden ser ostentadas por las personas jurídicas. Se apoya en la definición de intimidad que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española que en su segunda acepción dice textualmente “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo*”¹⁹³ y en la amplitud de la protección en la Constitución española. Se reconoce algunas de las manifestaciones de la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones. Particularmente si este reconocimiento sirve al objeto de proteger, en definitiva, al individuo.¹⁹⁴ Agrega el autor un interesante análisis de los límites del Derecho en la relación militar, penitenciaria y tributaria; el interés público y la libertad de expresión.

En última instancia, y a pesar del análisis detallado del tema, este autor no puede ofrecer un análisis que permita “aislar” la temática de modo de poder llegar a un concepto claro de *Derecho a la Intimidad*.

En Alemania la protección de la privacidad inició en la década de 1970. Primeramente se utilizó el término *Datenschutz* que se traduce como protección de datos. Dicha palabra no resulta conveniente, ya que parece proponer la protección del dato como tal y no el Derecho de la persona a la privacidad o intimidad. También se utilizó la palabra *Privatheit*, pero también resulta insuficiente para referir todo el concepto de intimidad. Para darle la claridad requerida, la doctrina alemana distingue tres esferas de protección de la vida privada: *Privatsphäre*, que comprende comportamientos, noticias y expresiones que no se desea lleguen al conocimiento público; *Vertrauenssphäre*, para referirse a lo reservado solamente a personas de confianza y *Geheimsphäre*, para aquello extremadamente reservado inaccesible a los demás. Distinciones todas que se complementan y entremezclan, generando gran dificultad para establecer su delimitación.¹⁹⁵

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) del 15 de septiembre de 1983 fue de gran importancia para la configuración del Derecho a la libertad informática y para la configuración del Derecho a la autodeterminación informativa ya que

¹⁹³ Real Academia Española, *op. cit.*

¹⁹⁴ Ruiz Miguel, C., *op. cit.*, pp. 135-145.

¹⁹⁵ Cfr. Herrero-Tejedor, F., *op. cit.*, p. 22.

configura al *Derecho a la Intimidad* como su expresión. En efecto, considera que es facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede a revelar situaciones referentes a su propia vida. La sentencia del tribunal alemán consideró que “*la proliferación de centros de datos ha permitido, gracias a los avances tecnológicos producir una imagen total y pormenorizada de la persona respectiva -un perfil de de la personalidad-, incluso en el ámbito de su intimidad, convirtiéndose así el ciudadano en un hombre de cristal.*”¹⁹⁶

La tendencia europea ha evolucionado hacia una concepción de un *Derecho a la Intimidad* de múltiples funciones que puede satisfacer diferentes objetivos y ofrecer un tipo de protección general a la persona.

En efecto, los tribunales europeos llegaron luego de marchas y contramarchas a una conclusión similar a la que se llegó con 30 años de antelación en el sistema legal de EE.UU.¹⁹⁷ pero incluyendo más aristas que el *privacy right* americano. El sistema jurídico europeo se constituye en un conjunto de normas que protegen datos personales de un modo especialmente intenso, formalmente más fuerte que el americano.

En consecuencia, es posible sostener que Italia, Francia, España y Alemania tienen una legislación con que incluye parte del *privacy right* nacido en los Estados Unidos, pero que ha desarrollado su propia concepción, que fue también moldeada por el Derecho Comunitario Europeo que modificó también los derechos locales.

¹⁹⁶ Daranas, Daniel, *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho de la Personalidad y Dignidad Humana*, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, IV, No. 3, Enero, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación del Congreso de los Diputados, 1984.

¹⁹⁷ *Katz vs. Estados Unidos*¹⁹⁷, donde la Corte de ese país afirmó que la Cuarta Enmienda protege a “*personas, no lugares*”

El Derecho a la Intimidad en el Derecho Comunitario Europeo

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Unión Europea¹⁹⁸ no había ni en los tratados originarios ni en el Derecho derivado una declaración de Derechos fundamentales en el Derecho Comunitario. No había transferencia de competencia de los Estados a la Comunidad Europea respecto de los Derechos Fundamentales.

El artículo F 2 del TUE establece que

La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario¹⁹⁹.

De todos modos, la titularidad de la protección de Derecho fundamentales corresponde a los Estados. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea (TJCE) ha pasado por diferentes momentos en los que alternativamente se declaró incompetente para pronunciarse sobre la vulneración del Derecho interno por una medida comunitaria, al sostener que “*los Derechos fundamentales de las personas están comprendidos en los principios generales del Derecho comunitario*”²⁰⁰ a una instancia en la que se busca un mínimo común denominador en materia de Derechos fundamentales.

Ahora, en el Derecho comunitario primario no hay ninguna referencia al *Derecho a la Intimidad* como tal.²⁰¹ El único documento que se refiere al *Derecho a la Intimidad* es la resolución del 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo que aprueba la Declaración de Derechos y libertades fundamentales que en su artículo 6 establece que

¹⁹⁸ El Tratado de la Unión Europea es también conocido como Tratado de Maastricht. Fue firmado el 7 de febrero de 1992 y modifica los tratados fundacionales de las Comunidades Europeas: el Tratado de París de 1951, el de Roma de 1957 y el Acta Única Europea de 1986.

¹⁹⁹ *Tratado de la Unión Europea.*

²⁰⁰ STJCE, Caso Erich Stauder c. Ciudad de Ulm, Repertorio de jurisprudencia de 1969, p. 00419, <http://www.jurificas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20062/pr/pr27.pdf> 22/09/2010.

²⁰¹ Como mucho se hace referencia al secreto profesional artículos 47 TCECA, 214 TCEE y 194 TCEEA.

1. *Toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de su intimidad.*
2. *Se garantizará el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio, y de las comunicaciones privadas.*

En su artículo 11.2 sostiene que “no podrá obligarse a nadie, en su vida privada, a revelar su pertenencia a una asociación a no ser que ésta sea ilegal.” Finalmente, el artículo 18 dice que “toda persona tiene Derecho de acceso y de rectificación en lo que se refiere a los documentos administrativos y los datos que le afecten.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea parece reconocer el *Derecho a la Intimidad* en el ya comentado caso *Stauder*. En este caso, el señor Stauder consideraba que la inclusión de su nombre, identificándolo como beneficiario de un sistema de asistencia social, con divulgación de su nombre como sujeto favorecido en la distribución de un producto subvencionado, vulneraba su dignidad humana pues proporcionaba un dato que él no quería dar a conocer: su condición de asistido. El TJCE consideró que “la disposición en litigio debe ser interpretada como no imponiendo -pero tampoco prohibiendo- la identificación nominativa de los beneficiarios”.²⁰²

También se desarrolla el *Derecho a la Intimidad* en el caso *Watson y Belmann*.²⁰³ Trata sobre la obligación que impone la legislación italiana a los extranjeros respecto de advertir su presencia en Italia y en su defecto a los italianos de informar en 24 horas los nombres de los extranjeros que hospedan. El Tribunal evitó pronunciarse sobre el fondo del asunto (el *Derecho a la Intimidad*) considerando que la medida “no puede ser contemplada desde la perspectiva del Derecho comunitario más que en la medida en que produzca indirectamente una restricción a la libre circulación de las personas.”²⁰⁴

En el caso *Lewis c/ Reino Unido*, y en *Khan c/ Reino Unido*, ambos de 2000, se refieren a la vulneración de este *Derecho a la Intimidad* por la vigilancia secreta llevada a cabo por la policía en el domicilio del demandante, a quien se condenó por tráfico de drogas. El Tribunal consideró que la vigilancia secreta constituye una intromisión en la vida privada

²⁰² STJCE, Caso *Erich Stauder c. Ciudad de Ulm*, citado.

²⁰³ STJCE, del 7 de julio de 1976 (118/75) Caso *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, en Ruiz Miguel, C., *op. cit.*, p. 351.

²⁰⁴ Caso *Lynne Watson y Alessandro Belmann*, en Ruiz Miguel, C., *op. cit.*, p. 352.

que, para estar justificada, necesita como primer requisito, estar prevista por la ley. “*La legislación interna aplicable no reúne las condiciones de previsibilidad y claridad exigidas por la jurisprudencia de Estrasburgo, por lo que la medida no está prevista por la ley, sin que sea necesario continuar el examen de las demás causas que justificarían la intromisión.*”²⁰⁵

En el caso *Worwa c/ Polonia*, el Tribunal consideró que la orden judicial que requería exámenes psiquiátricos sobre el estado mental de una persona, en intervalos muy cortos y por casos similares implicaba una

*injerencia de la autoridad pública en su vida privada que, aunque prevista por la ley y necesaria para asegurar la salud mental de la recurrente, contra la que se dirigían varios procedimientos penales en relación con una servidumbre de paso, no ha respetado el necesario equilibrio entre el derecho al respeto de la vida privada de la recurrente y la buena administración de la justicia.*²⁰⁶

De todos modos, el interés europeo por la intimidad está centrado en el secreto de las comunicaciones. En 1980 se dictó la Convención para la protección de individuos en relación con el proceso automático de datos personales (Convención 108).

En efecto, después de la Convención de Estrasburgo y las interpretaciones de cada uno de los Estados nacionales, la protección de la confidencialidad se concreta en la protección de los datos personales en una serie de medidas comunitarias: la Directiva 95/46/CE (relativa a la protección de las personas respecto al tratamiento de datos personales y la libre circulación de estos datos), la Directiva 97/66 (relativa al tratamiento de datos personales y protección de la privacidad en las telecomunicaciones) y la Directiva 2002/58 (relativa al tratamiento de los datos y la protección de la intimidad personal en las comunicaciones electrónicas). Estas medidas sin duda dan fe de la existencia de un “*derecho a la protección de datos de carácter personal, independiente y autónomo del Derecho a la Intimidad.*”

²⁰⁵ Morte Gómez, Carmen, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Segundo semestre de 2003*, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, http://www.idp-urjc.com/pdf/drchfundm/revista_2.pdf 21/09/2010.

²⁰⁶ Morte Gómez, C. *op. cit.*, p. 164.

La Directiva General 95/46 y la Directiva 97/66 no aceptaban en forma alguna el almacenamiento de datos de tráfico de las comunicaciones precisando como obligación de los Estados miembros la protección del secreto de las comunicaciones por medio de normativas nacionales que garantizaran la confidencialidad de las comunicaciones efectuadas a través de redes públicas de telecomunicaciones o de servicios de telecomunicaciones accesibles al público.

Sin embargo, los atentados del 11 de septiembre de 2001, motivaron la reconsideración de este aspecto de la problemática en miras a una mayor seguridad.

Fue así como el 12 de julio de 2002 se aprobó la Directiva 2002/58 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Allí se establece el principio general de que los datos de tráfico y de localización generados por el uso de servicios de comunicaciones electrónicas deben borrarse o hacerse anónimos cuando ya no sean necesarios para la transmisión, pero se *“faculta a los Estados para establecer excepciones a las normas de destrucción de datos de tráfico (...) para proteger la seguridad y defensa nacional”*. Concretamente, el artículo 15 de esta Directiva autorizó a los Estados miembros a retener por ciertos períodos datos de tráfico con la finalidad de prevenir e investigar delitos. Desde entonces varios Estados europeos dictaron normas que contemplan la conservación de datos, normativas que varían sustancialmente en sus contenidos y alcances, lo que motivó una nueva directiva para unificar la legislación de los Estados de la Unión Europea.

En 2004 el Consejo de Europa emitió una declaración sobre la lucha contra el terrorismo en la que se estableció la necesidad de dictar normas comunitarias que garantizaran la disponibilidad de los datos de tráfico con fines antiterroristas.

La propuesta de esta nueva Directiva fue aprobada por el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros de Justicia e Interior que le dio aprobación final el 21 de febrero de 2006.

Se estableció allí que la propuesta no vulneraba en modo alguno el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, dado que, como su nombre lo indicaba, se limitaba exclusivamente a los datos de tráfico y no al contenido de tales comunicaciones.

Conclusiones

En este capítulo se han analizado los elementos generales del *Derecho a la Intimidad* según la legislación, la jurisprudencia y la doctrina de Italia, Francia, España, Alemania y en la Unión Europea.

Se ha podido advertir una evolución conceptual que recoge una preocupación social cada vez mayor por la intimidad. Adicionalmente al auge de la intimidad, propio de esta época, se advierte otro aspecto concomitante: la conciencia del hombre como integrante de una comunidad más amplia que la del propio Estado nacional.

Estas dos realidades complican y a la vez enriquecen la problemática en estudio y ponen de relieve que el hecho de que la tarea se está realizando es una muestra de la vitalidad del sistema jurídico occidental.

La doctrina europea, motivada por sinceras y legítimas preocupaciones teóricas y coyunturales, se orienta hacia fundamentos de tinte constitucionalista, incluyendo en el *Derecho a la Intimidad* tanto a la personalidad como a la persona física y a los artefactos (datos, domicilio, correspondencia) que se desprenden de ella. Ha intentado conciliar estas dos nuevas situaciones sociales y entremezclarlas en un sistema normativo común: uno que valore la vida puramente personal y privada y que también recoja la idea de una sociedad transparente; que proclame la virtud propia de su vida íntima como factor preponderante de la vida común. Esta tarea supone reajuste de ideas y también readaptación de ideales.

En efecto, el *Derecho a la Intimidad* de la vida privada se presenta como un problema que no termina de definirse en cuanto a su contenido y alcance porque tiene en sí mismo un valor cambiante. Algunos pensadores lo minimizan y otros lo exaltan por encima de lo que parece razonable. La legislación, la jurisprudencia judicial y doctrinaria se esfuerzan en encontrar un equilibrio en el nuevo contexto que les permita balancear el derecho individual a la protección contra las incursiones de los demás y que también tenga presente su pertenencia a una sociedad interdependiente.

A pesar de las obvias diferencias socio-culturales de las sociedades occidentales, hay factores que permiten establecer una equivalencia en el tratamiento de la intimidad en estos sistemas jurídicos.

Uno de esos factores es el desarrollo tecnológico y el auge de los medios de comunicación, ya descrito, que exponen a las personas de modo antes impensado. Las legislaciones y los doctrinarios de nuestro tiempo están realizando esfuerzos excepcionales, pero muchas veces insuficientes, que permitan normar la protección de la intimidad de modo que sea compatible con los otros Derechos con los que entra en tensión. Otro factor es la similitud de la estructura política social y económica del capitalismo y la democracia que comparten. Ella implica, como se ha visto, valores que crean tensión en el binomio “lo *privado* y lo *público*”. Otro factor es el surgimiento de actores sociales internacionales, agencias y organismos jurídico-políticos transnacionales que trasladan la discusión a instancias que superan el derecho nacional de cada Estado. Esta realidad se advierte claramente en el proceso de unificación europeo (y en la inclusión con rango constitucional de los tratados internacionales de Derechos Humanos que ha realizado la Argentina).

La lógica de esta tendencia es muy clara: si todos los hombres tenemos iguales derechos, axioma compartido por todos los sistemas estudiados, ¿cómo será posible que un francés o un español tenga más derechos que un italiano? O más específicamente, ¿cómo será posible que la correspondencia, el domicilio o el estilo de vida de un ciudadano de un país tengan mayor o menor protección que el ciudadano de otro?

De todos modos, la mayor dificultad de la problemática del *Derecho a la Intimidad* no se relaciona con los desafíos de la tecnología ni con los requerimientos de las sociedades democráticas sino que es conceptual: requiere el establecimiento de los límites de su contenido, meta que resulta clave para su tratamiento seguro.

En los países analizados el *Derecho a la Intimidad* tiene por objeto un ámbito de reserva personal en la que se pueden realizar acciones autorreferentes y que permite excluir las intrusiones y el conocimiento por parte de terceros. Protege particularmente a los datos que pueden identificar a la persona.

El concepto ha evolucionado hacia su consideración clara como un Derecho Subjetivo cuya afectación constituye un ilícito que genera un daño que debe ser reparado. En este sentido la globalización es un factor que define un tratamiento con tendencia a la homogeneidad del *Derecho a la Intimidad*. Por lo que se entiende que el estudio comparativo facilita la posibilidad de comprensión y anticipación del tratamiento que se debe dar a esta problemática. En efecto, si se advierte que en otras sociedades aparecen ciertos fenómenos generales sobre los que operan los mismos factores y que provoca procesos similares se puede pensar que existen grandes posibilidades de que se plantee una situación semejante en diferentes países. De allí que puedan inferirse tendencias que permitan adoptar medidas que preparen el sistema jurídico para hacer frente a la realidad que se avecina.²⁰⁷

La influencia del Derecho comparado y de ciertos sistemas legales es clara. Algunos de ellos cumplen un rol modelizador que explica la convergencia.

En la problemática del *Derecho a la Intimidad* se destaca notoriamente la influencia del pensamiento y las instituciones del mundo anglosajón. Por lo que a continuación se realiza, a modo de estudio de antecedentes, un trabajo comparativo entre la responsabilidad por violación a la dignidad de las personas en el *common law* y en el Derecho Civil argentino.

²⁰⁷ Cfr. Moisset de Espanés, Luis, *Cambio Social y Cambio legislativo*, en *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Zavalía, Buenos Aires 1994, p. 17.

Capítulo IV

La responsabilidad por violación a la dignidad de las personas en un análisis comparativo entre el *common law* y el Derecho Civil argentino

Los jueces Warren y Brandeis, verdaderos impulsores del *Derecho a la Intimidad*, se orientan a la formulación de un derecho cristalino, de corte civilista, protector de la personalidad, estableciendo responsabilidad de reparar el daño sufrido por la difusión de lo privado.²⁰⁸

La comprensión del *Derecho a la Intimidad*, como el propuesto por estos jueces americanos, requiere un análisis adicional: el régimen de daños a las personas ya que éste parecería ser el camino más directo para aclarar los alcances de una teoría diferenciada del *Derecho a la Intimidad* en el sentido que se propuesto en esta investigación. La angustia y el sufrimiento causado por la difusión de lo que debía legítimamente permanecer íntimo -como violación a la dignidad de una persona- debería ser la medida de la responsabilidad en la que incurre el difusor, ya sea el Estado o un particular.

Dada la influencia que tuvo la visión norteamericana facilita el análisis la comprensión del régimen de daños en el *common law*²⁰⁹. A su vez, por la influencia que esta visión ha tenido en Occidente, se propone a continuación un análisis comparativo de los elementos requeridos por el *common law para la teoría de daños* y lo mismo en el Derecho Civil argentino.

Los antecedentes directos de la responsabilidad por violación de la privacidad en el Derecho anglosajón son los *dignitary torts*, una categoría especial de daños intencionales que provocan ciertas indignidades y donde la causa de la acción es haber afectado la dignidad de

²⁰⁸ Laje, Alejandro, *El Derecho a la Privacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. Trabajo en Derecho Civil I de la carrera de doctorado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 8 de marzo de 2008.

²⁰⁹ En adelante toda referencia al *common law* será limitada a la tradición de los Estados Unidos de América, salvo que se aclare específicamente otra tradición.

una persona. Históricamente este tipo de daño fue tratado por el antiguo Derecho inglés bajo la denominación de *writ of trespass vi et armis*.²¹⁰

Dignitary torts

Los daños tradicionalmente considerados son: *battery*, *assault* y *false imprisonment*. *Battery* es un hecho intencional y voluntario que produce un daño o un contacto ofensivo a una persona o con algo próximo a ella, siendo una forma de violación de la persona y requiere un contacto efectivo. *Assault* es el *battery sin contacto efectivo*. El *false imprisonment* es un daño (eventualmente un crimen) que consiste en la encarcelación voluntaria sin la debida autorización legal.

Modernamente se han reconocido otros daños que afectan la dignidad de la persona, siendo el más notable el de *defamation*, (*dividido en slander y libel*): la comunicación expresa o tácita de una acusación falsa que puede dañar a un individuo, un negocio o un producto, dándole una imagen negativa. Como *slander* se refiere a un informe malicioso, falso o difamatorio, mientras que como *libel* puede ser cualquier otro tipo de comunicación escrita o por imágenes.

Otros daños considerados en el *common law* son: *false light*, *intentional infliction of emotional distress*, *alienation of affections* e *invasion of privacy*.

False light se refiere más bien a la impresión que causa una comunicación más que a su verdad o falsedad; *intentional infliction of emotional distress* se refiere al daño producido por el miedo a recibir un daño; *alienation of affections* es el daño causado por un tercero responsable por el fracaso de un matrimonio al esposo o esposa abandonado. Finalmente, *invasion of privacy* trata al daño producido por el uso que se da a la información privada.

Assault

Como se señaló anteriormente, en la tradición del *common law*, *assault* consiste en violencia contra una persona pero no requiere contacto físico. Puede manifestarse

²¹⁰ Expresión latina que significa “con la fuerza de las armas”.

simplemente como una amenaza de violencia manifestando fuerza.²¹¹ También puede consistir simplemente en tocar a una persona sin su consentimiento.

Es significativo que este delito tenga como antecedente un caso del año 1348 conocido como *I de S et ux vs. W de S* en donde el acusado intentó ingresar con un hacha al hogar de la actora (su esposa) con el fin de obtener un poco de vino. La esposa del acusado sacó su cabeza a través de la puerta para decirle que se detuviera y aunque la actora no fue golpeada ni sufrió daño alguno, el tribunal consideró que se había cometido *assault* ya que si una persona está en el camino de algo potencialmente peligroso, “*como un hombre con un hacha intentando entrar en su casa*” hay *assault*. Por lo tanto se puede reclamar indemnización sin que haya un contacto físico.

Jurisprudencia más actual también ha tratado este delito y ha determinado algunos extremos que pueden aclarar su alcance. En el caso *Western Union Telegraph vs. Hill*, del año 1933 se sostiene que todo *battery* incluye un *assault*, pero no todo *assault* incluye *battery*, ya que para que se constituya como *assault* tiene que haber una intención ilegal de tocar a alguien de un modo tal que en esas circunstancias genere el temor de un *battery* inminente.

Battery

Para el *common law*, *battery* es un delito menor que requiere los siguientes elementos: 1) aplicación de una fuerza ilegal voluntaria o negligente; 2) cometida contra una persona y 3) resultando en un daño en el cuerpo o en un contacto ofensivo.²¹²

También para el delito de *battery* hay un antecedente antiguo: el caso *Cole vs. Turner* del año 1704. Allí el tribunal sostuvo que *battery* consiste en tocar a alguien con odio. Un simple contacto físico no constituye *battery* pero el contacto violento, sí.

En *Fisher vs. Carrousel Motor Hotel*, del año 1967 se sostuvo que al tocar un objeto que se encuentra en la esfera de privacidad de una persona es equivalente a un contacto físico

²¹¹ Cfr. *Arkansas Code, Title 5, Chapter 13, Subchapter 2, § 205-207* “(a) A person commits assault in the first degree if he or she recklessly engages in conduct that creates a substantial risk of death or serious physical injury to another person. (b) Assault in the first degree is a Class A misdemeanor.”

²¹² *Second Restatement of torts* 1965.

con otra persona, por lo que constituye *battery*. En este fallo también se sostuvo que no hace falta demostrar los daños materiales para reclamar indemnización.

False imprisonment

Consiste en un daño causado cuando una persona es intencionalmente confinada sin la debida autoridad legal. Sus elementos son: 1) confinamiento físico efectivo y voluntario; 2) llevado a cabo dentro de límites establecidos por el actor del delito y 3) la persona confinada es consciente de su estado.²¹³

Un caso que aclara los alcances de este delito es *Big Town Nursing Home Inc. vs. Newman* del año 1970. En el caso, el señor Newman, con un cuadro de antecedentes de abuso de alcohol, fue llevado a un asilo por un sobrino. Los papeles que se firmaron explícitamente sostenían que no se lo mantendría en el lugar en contra de su voluntad. El señor Newman intentó escapar varias veces del asilo pero no pudo hacerlo. Tras uno de sus intentos de escape fue confinado al “ala 3”, reservada para pacientes con problemas mentales, traficantes de drogas y otras personas incontrolables. Allí se lo encerró en una habitación y se lo sentó en una silla con ataduras y no fue revisado por ningún médico hasta pasados 10 días. El tribunal sostuvo que la privación ilegítima de libertad no necesariamente consiste en la reclusión en una prisión o cárcel. *Big Town Nursing Home* sostuvo a Newman en contra de su voluntad (y de los papeles que había firmado), sometiéndolo de tal modo que le produjo deterioro de su estado físico haciéndole perder una cantidad importante de peso, por lo que constituyó *false imprisonment*.

Según se dijo, el *Second Restatement* requiere que la persona sea consciente del estado de privación pero en *Parvi vs. City of Kingston* del año 1977 la Corte de Apelaciones de Nueva York aclaró el alcance de este delito.

Los hechos: el Sr. Parvi, bajo efectos de alcohol, fue llevado por la policía a un campo abandonado de golf para que se le pasara la borrachera. Luego de caminar un poco, fue atropellado por un auto y sufrió serias lesiones. El señor Parvi subió voluntariamente al auto oficial y habló con los agentes respecto de ser llevado a otro lugar pero luego manifestó que

²¹³ *Second Restatement of torts* 1965.

no recordaba nada de lo sucedido. El tribunal sostuvo que *false imprisonment* no es sólo un daño a la dignidad donde una persona debe “entender” la violación a que se está haciendo de su dignidad. Se puede reclamar indemnización aunque la persona no esté enterada de la violación.

Resulta interesante el caso *Hardy vs. Labelle’s Distributing Co.* del año 1983 en donde la actora es detenida por empleados de la tienda y por la policía, acusada falsamente de haber robado un reloj.

Los hechos: Hardy, empleada temporaria de *Labelle*, fue supuestamente vista por otro empleado mientras robaba un reloj de la tienda, dando aquél aviso al supervisor. Éste oportunamente se aproxima a Hardy y la invita a dar una vuelta por la tienda y súbitamente la lleva a una oficina donde estaban el gerente y un oficial uniformado. Hardy niega la acusación y accede a someterse al detector de mentiras. Una vez que pasó el test, recibe una disculpa del gerente. Sin embargo, por una diferencia que hubo después, termina por dejar la tienda. Ella en ningún momento quiso dejar la oficina ni fue amenazada para quedarse. En este caso, el tribunal entendió que no se daban las circunstancias para este *tort*, ya que no se la había retenido sin su consentimiento.

Defamation

Este delito se constituye con la enunciación de una aseveración maliciosamente falsa que pueda dar a una persona una imagen negativa. Si es emitida de modo “temporario” como a través de la palabra oral o signos se denomina *slander*; en cambio, si es transmitida de un modo más permanente, impreso por ejemplo, se lo llama *libel*.²¹⁴

El tratamiento de este delito es delicado dadas sus tensiones con la libertad de prensa. El debate es extenso pero baste referirse al caso *New York Times C. vs. Sullivan*, del año 1964, en el cual la Corte Suprema de los EE. UU. estableció el requisito de la real malicia, por el cual, si se podía probar que quien publicaba una información sabiendo que era falsa o que lo hacía ligeramente sin atención a su verdad o falsedad, se configuraba el delito de difamación.

²¹⁴ En este momento está en discusión si en los *blogs* y *chats* de Internet una comunicación maliciosamente falsa configura *slander* o *libel*. Parecería que, dado el carácter temporario de estas conversaciones, la figura más apropiada es *slander*.

Debe tenerse en cuenta, además, que hay casos que *siempre* constituyen *slander*: 1) acusar a alguien de un crimen; 2) alegar que alguien tiene alguna enfermedad odiosa o repugnante; 3) la afirmación de que alguien no tiene capacidad para conducir su negocio o comercio; 4) la imputación de un mal comportamiento sexual. En estos casos basta con probar la publicación sin que sea necesario establecer un daño específico.

False light

Un delito similar al de *defamation* y relacionado a la privacidad es el de *false light*. En este caso lo que se busca proteger es el estado mental y emocional de las personas más que su reputación. Se trata de crear una impresión más que de la verdad o falsedad de una afirmación.

El caso *Peoples Bank & Trust Co. vs. Globe Int'l, Inc.* puede aclarar los alcances de este *tort*. El diario publicó una foto de Nellie Mitchell de 96 años de edad con el titular “*Entrega especial: mujer de 101 años abandona su trabajo por maternidad*”. La mujer demandó al periódico por *false light* y el tribunal estableció una importante indemnización. La editora apeló alegando que no había producido ningún daño. La cámara de apelaciones rechazó su planteo sosteniendo serios disturbios a la privacidad de la señora Mitchell.

Sin embargo, en 1967 la Corte Suprema de los EE. UU. invalidó un caso de *false light*. Se trató del caso *Time Inc. vs. Hill*. Allí se dijo que mostrar inocentemente una referencia falsa es insuficiente para recibir una indemnización por daños.

Intentional infliction of mental distress

Este *tort* fue creado para situaciones en donde no se podía aplicar *assault* por no ser la amenaza inminente. Se trataba de una amenaza futura, que causaba daño emocional. Posteriormente se extendió el concepto para otros actos que causan daños mentales o emocionales severos. El *Second restatement of torts* establece que “*debe resarcir daños quien intencionalmente por su conducta extrema y escandalosa causa alteración emocional a otra persona*”.²¹⁵

²¹⁵ *Second Restatement of Torts*.

Resulta interesante referirse brevemente al caso *Taylor vs. Vallelunga* del año 1959 en donde Taylor demanda a un grupo de personas por la alteración emocional que le causó ver cómo el grupo *Vallelunga* golpeaba a su padre. El tribunal aplicó estrictamente el *Second Restatement* y rechazó la demanda considerando que “*quienes golpeaban al padre de Taylor, no sabían que ella estaba mirando y por lo tanto no pudieron intencionalmente querer causarle una alteración emocional*”.

Alienation of affections

Se trata de un *tort* basado en la intención maliciosa de un tercero de interferir en las relaciones maritales. La acción ya ha sido abolida en la mayoría de los Estados de la Unión ya sea por ley o a través de fallos judiciales. Sin embargo, los Estados de Hawaii, Illinois y Mississippi; New Hampshire, New Mexico y North Carolina; South Dakota y Utha todavía lo mantienen.²¹⁶ Resulta interesante considerar este antecedente ya que es justamente la intimidad matrimonial lo que se está protegiendo en estos casos.

Invasion of privacy

Este *tort* se refiere específicamente al *Derecho a la Intimidad*. Debido al avance tecnológico y al crecimiento de los medios de comunicación, resulta cada vez más fácil recolectar, almacenar y distribuir información íntima de las personas, realidad que genera una lógica reacción reclamando la protección de la ley.

El “derecho de ser dejado a solas” genera cuatro tipos diferentes de *tort*: 1) apropiación de identidad; 2) el ya referido *false light*; 3) difusión pública de hechos y datos íntimos de una persona y 4) invasión arbitraria en el ámbito de intimidad de una persona.²¹⁷

El tratamiento de la intimidad ha requerido legislación específica, por áreas temáticas; así, por ejemplo, están las leyes de privacidad en la salud, las finanzas o las comunicaciones privadas; en Internet, del consumidor, etcétera.

²¹⁶ <http://www.legalmatch.com/law-library/article/alienation-of-affection-lawsuits.html> 29/01/09

²¹⁷ Prosser, William, *Privacy*, 48 California Law Review, CA, 1960, p. 383.

Sin embargo, el tratamiento del *Derecho a la Intimidad* es errático en la tradición del *common law* en los EE. UU., como también lo es en el de Gran Bretaña. Así quedó de manifiesto en el caso inglés *Wainwright vs. Home Office* del año 2003. Allí se les solicitó al hermano y a la madre de un convicto a quien visitaban que se desnudaran para ser revisados por sospecha de estar llevándole drogas al recluso. El cacheo se hizo violando las leyes carcelarias inglesas. El juez de primera instancia consideró que hubo *battery* e *invasion of privacy* y ordenó que fueran indemnizados por daños compensatorios y agravados. La cámara de apelaciones revocó la indemnización por *invasion of privacy* y mantuvo los de *battery*. El juez portavoz de la Cámara, Lord Hoffmann, sostuvo que no existe tal llamado *tort* de *invasion of privacy* ya que “*como lo prueba la experiencia americana, es muy incierto*”.

*The need in the United States to break down the concept of "invasion of privacy" into a number of loosely-linked torts must cast doubt upon the value of any high-level generalisation which can perform a useful function in enabling one to deduce the rule to be applied in a concrete case. English law has so far been unwilling, perhaps unable, to formulate any such high-level principle. There are a number of common law and statutory remedies of which it may be said that one at least of the underlying values they protect is a right of privacy.*²¹⁸

El mismo juez se refiere a un artículo de Sir Brian Neill (*Privacy: a challenge for the next century*) para argumentar que si bien la intimidad es un valor que subyace en las relaciones jurídicas inglesas, no se ha cristalizado en un principio en sí mismo.²¹⁹ Resulta evidente para el juez que la protección de la intimidad debe ser legislada pero que no corresponde a los jueces crearlo. Sostiene que hay un número importante de remedios previstos por el *common law*, como por ejemplo el *breach of confidence* (abuso de confianza)

²¹⁸ “La necesidad que hubo en los Estados Unidos de desmembrar el concepto en un número de torts ligeramente vinculados debe hacernos dudar del valor que puede tener un nivel tan grande de generalización para que pueda generar la función de deducir una regla que pueda aplicarse a un caso concreto. El derecho inglés no ha querido o tal vez no ha podido, hasta el momento, formular tal un principio de tal nivel. Hay un número importante de remedios, tanto del common law como de la ley, de donde se puede decir que por lo menos uno de los valores que se protege es el derecho a la intimidad.” (Traducción del autor). <http://www.publications.parliament.uk> Wainwright v. Home Office Nro. 18.

²¹⁹ Cfr. <http://www.publications.parliament.uk> Wainwright v. Home Office Nro. 31

para tratar casos de intromisiones en asuntos personales y que llamarlo *invasion of privacy* sería simplemente cambiarle el nombre. Pero no cree que sea el caso, sino que se está haciendo mal uso del funcionamiento del *common law*, el que no otorga acción a valores generales sino a principios de derecho. Por lo que revoca la indemnización de primera instancia por *invasion of privacy*.

Se puede sostener que los criterios utilizados por el *common law* en defensa de la dignidad de las personas se manifiesta en la existencia de numerosos *torts* que responden a principios que requieren: obligación legal, violación intencional o negligente de esa obligación legal, relación de causalidad y daño.

En los casos analizados el daño considerado ha sido principalmente la dignidad de las personas y los tribunales han concedido indemnizaciones por daños compensatorios, agravados y punitivos.

Además del daño, los elementos de la responsabilidad del *common law* que son equivalentes a los del sistema civil: *relación causal*, *antijuridicidad* y *factor de atribución (subjetivo u objetivo)*, que se comentan a continuación.

Relación causal

El *common law* requiere que haya *relación causal* como uno de los elementos del *tort*. Al momento de analizar este requisito frecuentemente utiliza el criterio “*but for*”, lo que significa que se debe evaluar si el daño no se hubiera producido “*sino por*” la negligencia o dolo del acusado. Este requisito atiende principalmente a la *relación causal* fáctica. Adicionalmente, se requiere causalidad legal (se debe demostrar que el daño devino por una acción que la ley considera como susceptible de generar responsabilidad). Para establecer esta relación se utilizan expresiones como “*causa próxima, causa adecuada, directa, operativa*” en contraposición a “*causa remota, indirecta o legalmente inoponible*”.²²⁰

Hay dos teorías al respecto que se destacan. Una enfatiza la identificación de la condición causal relevante, puntualmente necesaria o suficiente para las circunstancias del

²²⁰ <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/sum2009>.

caso. La otra se preocupa en establecer los límites de la responsabilidad legal por haber causado un daño.

Hart y Honoré en su artículo *Causation in the Law*²²¹ se preocupan por la pluralidad de causas: que un elemento sea condición de un resultado no necesariamente alcanza la condición de causa para ellos, ya que hay que distinguir diferentes grados. Sostienen que algo es causa si es un elemento necesario en un conjunto de condiciones que requieren un resultado.²²²

Sin embargo, ninguna de estas teorías satisface a todos los jueces, por lo que utilizan adicionalmente otros criterios. Así por ejemplo *foreseeability* o anticipación que refiere a la razonabilidad de predecir un resultado.

El caso *Kramer Service, Inc. vs. Wilkins* de 1939 contiene el criterio generalmente aceptado para establecer la presencia de *relación causal*. Los hechos son como siguen: el pasajero de un hotel es lastimado en la cabeza por un vidrio que se desprendió de una ventana del hotel. Dos años después, un médico especialista detecta que en el lugar de la herida se generó un cáncer, por lo que reclamó indemnización por el daño causado. Durante el juicio dos médicos dictaron peritajes diferentes: uno dijo que había 1/100 chances de una relación causal entre la herida y el cáncer. El otro dijo que no había ninguna relación causal. El tribunal sentenció que para que correspondiera una indemnización el daño debería haber sido causado por negligencia (que el cáncer debería haber sido causado por el vidrio directamente) y que la mera posibilidad no es suficiente para sostener un veredicto. La relación temporal sola no es suficiente para establecer relación causal.

Wilder vs. Eberhart de 1992 también aporta elementos que permiten precisar el criterio de *relación causal* en el *common law*. En este caso el actor estaba siendo tratado por obesidad y se sometió a una operación de estómago. Con posterioridad a la operación surgieron complicaciones en el esófago. El actor sostuvo que la “causa” de las complicaciones en el esófago fue la movilización que sufrió durante la operación. El tribunal entendió que la carga de la prueba corresponde al actor en casos de mala práctica y que el testimonio de un experto debe establecer una causa próxima entre la negligencia y el daño sufrido. La defensa

²²¹ Hart, H. L. A. y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford 1959.

²²² Criterio conocido como el *Test Ness*.

simplemente debe desacreditar la evidencia del actor y probar que el daño pudo haber sido causado por otras “causas”.

Antijuridicidad

El *common law* no tiene exactamente esta categoría. En cambio utiliza el concepto de *duty of care*: la obligación legal impuesta a un individuo requiriéndole que actúe según un estándar razonable de cuidado al actuar. La jurisprudencia lo trata como un pre-requisito del obrar culposo. Su origen puede venir de un contrato, de la ley o simplemente de las obligaciones que tienen todas las personas por la vida en sociedad.

Resulta muy difícil establecer un criterio único para fijar el límite de la responsabilidad de cuidado en las diferentes jurisdicciones del *common law*. En un caso inglés, (*Anns vs. Merton London* del año 1978) el juez Lord Wilberforce se refirió a la trilogía de casos que establecen el criterio para establecer un principio que permita determinar si se ha violado la obligación de cuidado. Esos casos son: *Donoghue vs. Stevenson* (1932), *Hedley Byrne & Co. Ltd. vs. Heller & Partners* (1964) y *Dorset Yacht Co. Ltd. vs. Home Office* (1970) y sostuvo que:

*the question has to be approached in two stages. First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter - in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise.*²²³

²²³ “El asunto debe ser analizado en dos instancias. La primera debe preguntarse si hay suficiente relación de proximidad o de vecindad tal que, en una consideración razonable, el descuido en la parte de quien actúa, sea posible que se cause un daño. En tal caso, prima facie se produce la obligación de cuidado. En segundo lugar, si la pregunta anterior fue contestada afirmativamente, es necesario preguntarse si hay alguna consideración que niegue, reduzca o limite el alcance del cuidado o la clase de persona a quien se debe ese cuidado, o el daño

En el caso *Caparo Industries Plc. vs. Dickman* del año 1990²²⁴, la Cámara de los Lores simplificó el criterio y estableció el siguiente test: razonable anticipación de lo que podía suceder y que la proximidad entre el actor y el demandado sea justa, equitativa y razonable. En ese mismo caso, el voto de Lord Oliver of Aylmerton estableció un criterio que resulta sumamente explicativo del modo de cómo funciona el *common law*. Allí sostiene el juez:

*His duty of care is a thing written on the wind unless damage is caused by the breach of that duty; there is no actionable negligence unless duty, breach and consequential damage coincide (. . .) for the purposes of determining liability in a given case, each element can be defined only in terms of the others.*²²⁵

En los Estados Unidos no existe un criterio unificado. El Estado de Florida, por ejemplo, simplemente aplica el criterio de la anticipación si el daño podía preverse. En cambio, en California se establece un criterio más complejo que requiere: previsión del daño, grado de certeza del daño que se podía causar y conexión entre la conducta y el daño causado; el reproche moral relacionado con la conducta, la política de prevención de daños futuros y el alcance de la carga que significa para el acusado y las consecuencias que significa para la sociedad en caso de imponer obligaciones por dicha conducta y, finalmente, la disponibilidad, costo y existencia de un seguro para el riesgo en cuestión.²²⁶

En *Parsons vs. Crown Disposal Co.* del año 1997 se refirió a un criterio interesante. El caso trata de un jinete que es derribado al suelo por el ruido que produce repentinamente una máquina recolectora de residuos. Allí sostuvo la Suprema Corte del Estado que

que dicho acto pueda ocasionar.” (Traducción del autor). <http://www.publications.parliament.uk>, *Caparo Industries Plc. vs. Dickman* [1990] 2 AC 605.

²²⁴ <http://www.publications.parliament.uk>, *Caparo Industries Plc. Vs. Dickman*, citado.

²²⁵ “Su obligación de cuidado es algo escrito en el viento si no se causa un daño por el incumplimiento de esa obligación, no hay negligencia salvo que coincidan, la obligación, su incumplimiento y el daño. Para el propósito de establecer si hay responsabilidad en un caso determinado, cada elemento debe definirse solamente en término de los demás.” (Traducción del autor). <http://www.publications.parliament.uk>, *Caparo Industries Plc v Dickman*, citado.

²²⁶ *Rowland v. Christian*, 69 Cal. 2d 108 (1968), www.stanford.edu/group, sum2009.

for more than 150 years courts have recognized that a defendant breaches no duty of care merely by operating socially beneficial machinery in a manner that is regular and necessary, even if such ordinary operation happens to frighten a nearby horse and, as a result of the horse's reaction, some injury or damage ensues.^{227 228}

Factor de atribución

En el *common law* se distinguen el *intentional tort* y el *negligence tort* que se corresponden, en líneas generales, con el dolo y la culpa del Derecho Civil argentino. El *intentional tort* requiere como elemento fundamental que se haya actuado con *mens rae*.²²⁹ Se debe actuar con conocimiento de certeza sustancial para que una persona deba reparar. La prueba de este estado mental corre por cuenta de quien lo alega.

Negligence no es un simple descuido. Se constituye actuando por debajo del estándar de protección que tendría una persona razonable. Puede ser por acción u omisión y requiere también que el daño sea previsible. Sin embargo, esta definición es imprecisa ya que en el *common law* no se procede por aplicación del criterio general sino caso por caso, considerando todos los elementos de la responsabilidad en conjunto.

El caso *Blyth vs. Birminham Waterworks Co.* del año 1856 establece sus alcances. En este caso los demandados instalaron un conducto de agua en la calle que funcionó bien durante 25 años, cuando en un frío invierno, una pinchadura en el caño permitió que entrara agua en la casa del actor, causándole daños. El tribunal entendió que la instalación se había hecho bien, ya que no tuvo problemas durante 25 años y que no se podía hacer responsable a una persona por un hecho incierto de la naturaleza. Estableció de ese modo que *negligence* se mide por el estándar de una persona razonable.

²²⁷ *Parsons v. Crown Disposal Co.*, 15 Cal. 4th 456, <http://asci.uvm.edu/equine/law/cases> 20/08/2009.

²²⁸ “Más de 150 años de jurisprudencia han reconocido que no hay incumplimiento de una obligación de cuidado por el simple hecho de operar maquinaria socialmente beneficiosa de un modo que resulta normal y necesaria, aun si su operación resulta en que se asuste a un caballo que pasa cerca, y consecuentemente se genere un daño.” (Traducción del autor).

²²⁹ Se traduce como “mentalidad culpable”.

En caso de existir negligencia compartida, en *McIntyre vs. Belentine*, del año 1992 el tribunal entendió que la obligación de reparar se reduce proporcionalmente a la negligencia de la otra parte.

Históricamente este elemento requería que la relación fuera de “relación directa”²³⁰, sin embargo, en *MacPherson vs. Buick Motor Co.*, ese requisito cambió.

Responsabilidad objetiva

El *common law* usualmente atribuye una obligación de tipo objetiva en el caso de los tenedores y guardadores de animales y no solamente a sus dueños. Los animales que se escapan de sus cercos deben responder por los daños que cometen como así también los dueños de animales salvajes. En el caso de los perros hay vasta jurisprudencia que establece que si el actor no puede probar que su dueño sabía de los malos hábitos de su perro, no responde objetivamente sino que se debe probar su negligencia.

En caso de actividades intrínsecamente peligrosas, en *Rylands vs. Fletcher* del año 1866 se estableció que quien tiene o guarda objetos peligrosos debe responder objetivamente por los daños que pudiere causar (aplicable principalmente a bestias, agua, basura y en general todo objeto maloliente).

El *common law* considera que el productor y el vendedor son objetivamente responsables por los defectos en el diseño y la producción de los productos ya que existe una garantía implícita en los productos de modo tal que es razonable pensar que funcionará correctamente. Esta garantía subsiste hasta el último comprador. Sin embargo, no se puede sostener que la negligencia no siga cumpliendo un rol muy importante.

²³⁰ Cfr. *Winterbottom vs. Wright*, <http://www.lawrence.edu/> 27/02/2009.

El tratamiento del daño a las personas en el sistema civil argentino

El papel que juega el derecho de la responsabilidad en el Derecho argentino en la protección de la dignidad de las personas sigue la misma suerte que la teoría general. La teoría clásica requiere cuatro elementos: *daño*, *antijuridicidad*, *relación de causalidad* y *criterio de imputación*. Se analizarán cada uno de ellos para luego compararlos con los elementos tratados en el sistema del *common law*.

Daño

El *daño* a la persona se presenta en la jurisprudencia argentina como algo contrario al daño patrimonial y se ha manifestado generalmente como “daño moral”. En su tratamiento se han utilizado categorías como daño psicológico, frustración al proyecto de vida, dolor por pérdidas sufridas y en general como “*todo menoscabo referido a los atributos o presupuestos de la personalidad jurídica, con independencia de su repercusión en la esfera económica.*”²³¹ Sin embargo, no existe un criterio claro e inequívoco.²³²

El Código de Vélez reguló la indemnización por daño moral limitándola al acto ilícito que constituía delito de tipo penal,²³³ dándole a esta indemnización una consideración centrada en la sanción de tipo ejemplar. La reforma de la Ley 17.711 que modificó el art. 1.078 cambió el enfoque reconociéndole una naturaleza reparatoria.²³⁴ Por lo que, en la actualidad, la indemnización por daño moral corresponde por todos los actos ilícitos.²³⁵

²³¹ Parellada, Carlos A., *El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino, Responsabilidad Civil*, en Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directora), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2007, pp. 347-348.

²³² Cfr. Kemelmajer de Carlucci, A., *op. cit.*, p. 350.

²³³ “Art.1.078 Derogado.- Si el hecho fuese un delito de Derecho Criminal, la obligación que de él nace no sólo comprende la indemnización por pérdidas e intereses sino también del agravio moral que el delito hubiese hecho sufrir a la persona, molestándole en su seguridad personal, o en el goce de sus bienes o hiriendo sus afecciones legítimas.” Código Civil de la República Argentina, Lajouane, Buenos Aires 2006, p. 317.

²³⁴ “Art. 1.078 (Ley 17.711) La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.” Código Civil de la República Argentina, Lajouane, Buenos Aires 2006, p. 317.

²³⁵ Para Llambías, aún después de la reforma de la ley 17.711, corresponde distinguir entre delitos y cuasidelitos respecto de la reparación del daño moral. Para este autor la reparación es procedente sólo en los casos de lesión intencionada, o sea en los delitos civiles. Cfr. Llambías, Jorge, J., *Ley 1771: reforma del Código Civil*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1968, p. 918.

La jurisprudencia trató de modo diverso este requerimiento para la legitimación activa, tanto que mereció un interesante proyecto de reforma para el artículo en el año 2006.²³⁶ En lo relativo a la responsabilidad contractual, la Ley 17.711 también modificó el régimen anterior estableciendo en el art. 522 CC que “*el juez podrá condenar al responsable a la reparación del agravio moral que hubiere causado*”.

Conforme al art. 1083 CC, además de la indemnización pecuniaria la reparación del daño moral puede hacerse *in natura* o por equivalente no pecuniario (cesación de las molestias, publicidad del fallo condenatorio o de la retractación del ofensor). El *quantum* indemnizatorio queda a criterio judicial y no tiene por qué corresponder con la entidad del daño material provocado ya que no es un daño accesorio.²³⁷

Carlos A. Parellada sostiene que la evolución jurisprudencial del tratamiento del daño moral ha sido provechosa, ya que tiende a ampliar daños extrapatrimoniales,²³⁸ demostrando una mayor sensibilidad hacia la dignidad de la persona. Sin embargo, ni el marco teórico ni el normativo argentino dan sustento a una protección segura a los temores, la vergüenza y la humillación que la invasión de la privacidad pueda causar.

Ciertamente a pesar de las críticas que se le pueden hacer, el art. 1.071 *bis* CC²³⁹ significó un paso importante en la protección de la intimidad de las personas. La clave de esta

²³⁶ En los fundamentos de la reforma se entendía por daño moral a “toda privación o disminución de aquellos bienes que tienen valor para la vida del hombre, como ser la paz, la tranquilidad del espíritu, la libertad individual, la integridad de la familia, el honor y los más sagrados afectos”. La modificación tenía por objeto ampliar el marco de sujetos que gozan de legitimación activa para reclamar una indemnización por daño moral. Se proponía también que no existiera exclusión alguna entre los herederos a los efectos del ejercicio de la acción indemnizatoria. A falta de éstos, el precitado derecho de acción podía ser ejercido también por los hermanos de la víctima. De modo muy razonable consideraba que cuando existiere convivencia continua e ininterrumpida en aparente matrimonio por el término de 5 años como mínimo, podría el concubino reclamar el daño moral ocasionado a su persona, supeditado ello a la inexistencia de vínculo matrimonial válido y vigente al momento de la muerte de la víctima. Sin embargo, este proyecto, aunque atendía a una clara tendencia jurisprudencial, no tuvo sanción legislativa, por lo que el régimen vigente es el de la Ley 17.711.

²³⁷ Cfr. Trigo Represas, Félix-López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil*, T. I, La Ley, Buenos Aires 2005, p. 547.

²³⁸ Cfr. Kemelmajer de Carlucci, A., *op. cit.*, p. 381.

²³⁹ Art.1.071 *bis*. *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;*

legislación yace en la palabra “*arbitrariamente*” ya que marca una pauta de la intromisión en la vida y la intimidad de las personas. De todos modos, este estándar continúa siendo de difícil interpretación. La medida propuesta en la hipótesis de este trabajo (intromisión) para hacer de lo “privado un espectáculo” resulta más específica y objetiva.

Antijuridicidad

En el Derecho argentino se configura daño cuando se lesiona un Derecho Subjetivo o un interés con tutela legal. La jurisprudencia ha considerado que el sistema del Código Civil es muy estricto en cuanto a la configuración de la *antijuridicidad* como elemento de la responsabilidad por lo que es frecuente encontrar fallos en los que se ha considerado suficientemente antijurídico al daño injusto o no justificado por su autor.²⁴⁰ En particular se ha considerado para el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o de personajes populares.²⁴¹

La Corte Suprema de Justicia avaló la opinión de la instancia de apelación en el caso y sostuvo que en “*la difusión de datos la antijuridicidad resulta de la difusión de hechos excluidos del conocimiento público*”²⁴² y expresó que

*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 su 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.*²⁴³

Son conocidas como causas de justificación -que “borran” la *antijuridicidad*- la obediencia debida, la legítima defensa y el estado de necesidad. También se consideran como

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.

²⁴⁰ Juzg. CyC N° 9 San Isidro 02/05/03, RC y S 2003,VI, p.146.

²⁴¹ *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A., Fallos: 324:2895.*

²⁴² CNCiv, sala H, 11/3/98, *La Ley* 1998-B.

²⁴³ *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A., Fallos: 324:2895.*

justificadas ciertas conductas, de otro modo antijurídicas, como por ejemplo, las autorizaciones de magistrados (la autorización para filmar una audiencia de juicio oral²⁴⁴), el ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber (los médicos administrando drogas). En estos casos su responsabilidad se rige por las reglas del arte, error culposo, negligencia o imprudencia en su aplicación.

Relación de causalidad

El Código de Vélez dio una pauta fundamental en el art. 902 al mandar que *“cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte (...)”* La previsibilidad es la piedra de toque para distinguir la mera causalidad fáctica de la jurídica. Son conocidas las discusiones entre quienes sostienen diferentes teorías sobre la relación de causalidad. Las más importantes en la doctrina son la teoría de la causa próxima, la de la causa eficiente y la de la relación causal adecuada. La doctrina nacional es mayoritariamente propensa a privilegiar esta última y sostiene que la medida de la responsabilidad debe guardar relación de causalidad adecuada. Sin embargo, estas teorías no terminan de conformar y por exceso o defecto la relación causal es exaltada o prácticamente olvidada. Bien sostiene Jorge Mayo cuando dice que se avisa un acoso sobre este elemento cuando por vaciamiento de la culpa se la da por sentada o *“cuando la responsabilidad se imputa a título subjetivo, el examen sobre la culpa del agente se convierte en una reiteración innecesaria del análisis causal.”*²⁴⁵

Sin embargo, el maestro Mosset Iturraspe aclara que *“la acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa”*.²⁴⁶

²⁴⁴ CNCiv, sala I, 11/10/2001.

²⁴⁵ Mayo, Jorge, y Prevot Juan Manuel, *La responsabilidad civil hoy, La Ley*, Nro. 87, La Ley, Buenos Aires 2008, p. 2.

²⁴⁶ Mosset Iturraspe, Jorge, *La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual* Revista Latinoamericana de Derecho, Núm. 1, UNAM, México 2004. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/22/02/2009>.

Criterio de imputación

El *criterio de imputación* o factor de atribución es el elemento fundamental de la responsabilidad civil, generalmente clasificado en subjetivo y objetivo. Los fundamentos subjetivos (culpa y dolo) de la responsabilidad no son causa material del daño sino criterios de imputación del daño. El art. 512 CC establece que la culpa es una omisión de un estándar que no puede fijarse en abstracto sino que debe hacerse en concreto teniendo en cuenta las de las personas, del tiempo y del lugar. Los factores objetivos se relacionan con el riesgo. “*Se trata de dos maneras de explicar la responsabilidad civil.*”²⁴⁷ Además de estos “factores clásicos”, son también criterios de imputación el vicio de la cosa y la obligación legal de garantía.

Análisis comparativo entre ambos derechos

El *common law* es un derecho más flexible que el derecho civil continental y también que el argentino. Los jueces anglosajones no están completamente atados a los precedentes y pueden interpretar más libremente la adecuación del derecho al caso concreto. Esto no quiere decir que los jueces argentinos no puedan hacerlo o que de hecho no lo hagan. Muy por el contrario, es cada vez más frecuente la producción legislativa de los jueces, pero rara vez que sucede requiere una explicación y un reclamo al legislador.

Por otro lado, el *common law* evoluciona a través de pequeños pasos, pero de tal modo que a lo largo de pocos años el régimen puede haber cambiado completamente. El sistema argentino puede de un día para otro modificarse a partir de una ley.

Un ejemplo en la modificación gradual del *common law* es el cambio que se produjo en el tratamiento de la responsabilidad por negligencia. Se pasó de considerar que se debía responsabilizar por negligencia solamente a las personas “*directa y legalmente*” relacionadas a responsabilizar a todas las personas relacionadas con el manejo de elementos peligrosos como venenos, explosivos y otros elementos de naturaleza destructiva. De allí se pasó a considerar que si la naturaleza del objeto es tal que puede poner la vida de las personas o sus dependencia en peligro (aunque no sea de naturaleza destructiva) y se tiene conocimiento de

²⁴⁷ Mayo, J., y Prevot, J. M., *op. cit.*, p. 2.

ese peligro, se deber responder. Nótese que se van haciendo pequeñas inferencias del principio general pero cuidando de no alejarse mucho. La evolución del *common law* es permanente y, al mismo tiempo, las razones brindadas para modificar el principio son de consecuencias generalmente muy significativas en el largo plazo.²⁴⁸

Por otro lado, en el sistema argentino, la sanción del art. 1.071 *bis* del Código Civil ha brindado una protección a la intimidad frecuentemente usada por los tribunales.

En cuanto a las semejanzas, el *common law* y el sistema civil argentino funcionan estrictamente fundamentados en principios jurídicos de fuente racional. El esfuerzo de los jueces es aplicar un principio que surja de la experiencia o de la legislación pero hasta que no se den los presupuestos en la argumentación del caso no surge el derecho. Esto brinda gran seguridad y cierta estabilidad en el sistema civil.²⁴⁹

Ahora bien, en lo estrictamente referido al tratamiento de los presupuestos o elementos de la responsabilidad por daño a las personas, el *common law* va por delante en cuanto a teorías y elementos que tiene en cuenta. Así, por ejemplo, en lo referido a la relación causal, es frecuente que distinga entre la causalidad de hecho o imputación objetiva y de la orientación probabilística, criterios aún no utilizados por los jueces y tribunales argentinos.²⁵⁰ También en lo referido a la imputación objetiva, riesgo y vicio de la cosa, la jurisprudencia estadounidense se anticipa a los tribunales argentinos. Sin embargo, la desorientación general en cuanto a la naturaleza y fundamentos del fenómeno indemnizatorio, las diferentes teorías sobre si el rol del instituto debe ser resarcir, prevenir o punir y la gran diversidad de construcciones doctrinales se puede sostener que aunque hay diferencias importantes en cada uno de esos factores, también hay una importante semejanza en ambos derechos.

²⁴⁸ Cfr. Holmes, Oliver Wendell J., *The Common Law*, Lecture 1, *Early forms of liability*. <http://www.gutenberg.org>, 27/02/09.

²⁴⁹ En contraposición con el sistema de fuente constitucionalista, que funciona a partir de valores genéricamente descriptos en las normas constitucionales dando mayor incertidumbre en cuanto a la operatividad del derecho por la intrínseca subjetividad de lo valorativo.

²⁵⁰ Mayo, J. y Prevot, J. M., *op. cit.*, p. 2.

Conclusiones

El *common law* y el Derecho Civil presentan similitudes que superan las diferencias históricas y culturales de los países que los sustentan y tienen numerosas semejanzas en lo que respecta al tratamiento que dan al Derecho de daños a las personas: coinciden en lo sustancial. Convergen en el tratamiento de los hechos y en las argumentaciones que utilizan. Ambos recogen la teoría aristotélica de las causas, el requisito de la antijuridicidad, ciertamente ambos sistemas establecen como requisito indispensable el daño y un factor de atribución. Los dos sistemas consideran que la responsabilidad civil tiene por objeto racionalizar, justificar y explicar las relaciones entre las personas y ambos tienen el objetivo de hacer previsible las consecuencias conductas.²⁵¹

En este capítulo se especuló sobre si la teoría del daño en el *common law* en los Estados Unidos de América y la teoría del daño de la Argentina son equivalentes en su tratamiento del daño a las personas. Se concluye que aunque con argumentos y desarrollos normativos diferentes, el daño causado antijurídicamente requiere protección en ambos sistemas. Asimismo, se ha advertido que las dificultades que tienen los jueces para valorar los requisitos de la responsabilidad son igualmente semejantes en ambos sistemas. Particularmente se observan similitudes en el caso de la antijuridicidad del sistema argentino y el estándar de cuidado del sistema anglosajón. El primero ha derivado de una antijuridicidad legal estricta a un daño “injusto” de consecuencias similares al requisito del *common law*. Del mismo modo, con los elementos de la relación causal y los factores de atribución que con marchas y contramarchas en ambos sistemas, no pueden definirse en sí mismos sino que requieren un tratamiento relacional en el caso particular que se considera.

Sin embargo, se puede concluir que las estructuras de ambos sistemas contienen las categorías teóricas que permiten establecer la responsabilidad de reparar el daño sufrido por la violación de la vida privada y por dar publicidad a la intimidad. Así y todo, en la Argentina el artículo 1.071 *bis* resulta insuficiente para una protección completa. Tampoco queda claramente establecido el extremo previsto como hipótesis de este trabajo: la prohibición de

²⁵¹ Córdoba, Marcos, *Seminario Permanente de Persona, Familia y Sucesiones* de la Universidad de Buenos Aires, sesión del 25 de octubre de 2010. Testimonio personal del autor.

difundir la intimidad como espectáculo. Por lo que corresponde continuar con el análisis de los fallos de la Corte Suprema de la República Argentina y de los Estados Unidos de América con el fin de someter dicha hipótesis a verificación.

La nuestra es la sociedad del espectáculo, que presenta en el escenario global a la intimidad de las personas, generando una dinámica que fomenta a su vez la adicción por mayor exposición de intimidades. La noción de lo espectacular -como la presentación, representación o exposición de aquello que no fue hecho para ser visto-, violatoria de la intimidad, se presenta como problemática. Esta circunstancia se ha originado en el estilo de vida contemporáneo que integra a los medios de comunicación como un elemento más de la vida cotidiana y doméstica. Dicho fenómeno no podía estar previsto por el Derecho, ya que ciertamente no se había generado del modo y con la fuerza con que se presenta en nuestros días. Esta conducta, este hecho social novedoso requiere de la avocación de los agentes del Derecho, tanto doctrinarios como jurisprudenciales, para lograr la normativa que responda a sus peculiaridades específicas.

La Segunda Parte desarrolla la investigación requerida.

Segunda Parte

Capítulo I

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de la República Argentina y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América que trata sobre el *Derecho a la Intimidación*

De entre los diversos modos con que es posible aproximarse a la realidad se ha optado por la búsqueda de evidencias empíricas que permitan verificar las hipótesis planteadas.

En la Primera Parte de este trabajo se desarrolló un marco teórico que permitiera encuadrar el análisis correspondiente para luego generar el conocimiento básico y descriptivo que justificara la investigación propuesta. Seguidamente se realizó un análisis del estado del arte para establecer las categorías relevantes referidas por los principales doctrinarios argentinos y extranjeros sobre el *Derecho a la Intimidación*. Dicho estudio permitió concluir que el *Derecho a la Intimidación* tiene amplia actualidad y plena vigencia en las sociedades contemporáneas. Al mismo tiempo se pudo advertir que el tratamiento jurídico dado tanto por la legislación de los Estados analizados como por los doctrinarios evoluciona hacia una consideración más relevante de la intimidación. De todos modos, se advierte que existe amplia diversidad sobre su alcance y contenidos. Este estudio permitió generar la argumentación que justifica el análisis comparativo de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina y la de los Estados Unidos de América, que constituye la Segunda Parte de esta investigación.

En la actual circunstancia política, las Cortes Supremas de los países democráticos se han consolidando como actores sustantivos del proceso de toma de decisiones,²⁵² de modo

²⁵² El fallo de la Corte de los Estados Unidos en *George W. Bush vs. Al Gore* (2000) es un antecedente fundamental en este sentido. Este fallo definió las elecciones presidenciales del año 2000 a favor del candidato George W. Bush. En una decisión *per curiam*, la Corte decidió que el método establecido por la Corte Suprema del Estado de Florida para recomtar los votos configuraba una violación a la décimo cuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La Corte también consideró que no se podía usar ningún otro método alternativo dentro de los tiempos establecidos por la ley de Florida. Esta decisión permitió que la certificación ofrecida por la Secretaría del Estado de Florida que establecía a George Bush como ganador quedara firme y por lo tanto que este candidato obtuviera los votos electorales necesarios para ser elegido presidente. Cfr. 531 U.S. 98. También resulta interesante la decisión de la Corte Constitucional de Colombia que negó al presidente Álvaro Uribe la reelección para otro mandato. La Corte consideró que la ley que lo habilitaba tenía vicios de forma y de fondo. En su primera reacción pública luego del fallo, el presidente Uribe dijo que acataba el fallo de la Corte,

que ningún gobierno puede comprenderse completamente sin la consideración y el análisis de las decisiones de sus Corte Suprema de Justicia.

Esta Segunda Parte se concentra en el análisis de los datos recopilados de las sentencias de las Cortes Supremas argentina y estadounidense que tratan sobre el *Derecho a la Intimidad* entre los años 1972-2008. Esta instancia se presenta como necesaria para lograr una concepción más acabada sobre lo que los Tribunales de estos países han interpretado acerca de lo que es la intimidad y cuál debe ser su protección legal. Se ha optado por esta “muestra” por considerar la relevancia de estas agencias en el proceso de validación del *Derecho a la Intimidad*.

El concepto de validez tiene un puesto central en la teoría jurídica actual. Para Kelsen y de Hart, por ejemplo, la validez de una norma se funda en una norma superior y la de ésta en una superior aún y así hasta llegar a un presupuesto lógico-trascendental o norma hipotética fundamental. Robert Alexy completa el concepto de validez considerando que dichas normas válidas se “*apoyan y/o tienen que apoyarse*” en el procedimiento de aplicación del Derecho. Esta expresión recoge el juego de las dimensiones real e ideal de la dinámica jurídica y “*con ello se vuelve posible una crítica de la praxis de las decisiones desde el punto de vista del Derecho.*”²⁵³

Por lo que el estudio cuantitativo y cualitativo de las sentencias de las Cortes argentina y estadounidense permite la descripción del proceso de validez o de validación del *Derecho a la Intimidad* en cuanto a su creciente interés, diversidad de temáticas involucradas y criterios de valoración. Establece correlaciones entre categorías propuestas a la vez que permite comparar los criterios utilizados tanto entre las diferentes composiciones de cada Corte y entre las Cortes entre sí.

Así, este estudio responde a requerimientos de la comunidad científica que reclama la producción de “*estudios empíricos cuantitativamente suficientes -ya sea por la cantidad de fallos consultados, ya sea por la cantidad de años o períodos tomados, que permitan desarrollar criterios de valoración y análisis objetivos y sistemáticos basados en el*

agregando que hay que respetar a “*la Constitución y la ley*”, evidencia de la legitimidad y autoridad de la institución judicial en ese país. http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/02/10.

²⁵³ Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, Gedisa, Barcelona 1994, p. 126.

comportamiento y accionar concreto de la Corte, a partir del examen de sus decisiones, de sus fallos.”²⁵⁴

Asimismo se alinea un una tradición investigativa planteada por Gretchen Helmke quien reclama “*analizar las decisiones de los tribunales*”²⁵⁵ y continuada por Jorge Bercholc quien ha abierto un verdadero programa de trabajo en el cual las especulaciones teóricas superan la mera opinión y propia valoración para instalarse a partir de incuestionable evidencia empírica.

El relevamiento realizado de los fallos aporta datos cuantitativos suficientes para el posterior análisis cualitativo, la verificación de la hipótesis planteada y la formulación de nuevas de nuevas hipótesis tendientes a definir el alcance y contenido del *Derecho a la Intimidación* en su proceso de validación. De este modo se “*llena el vacío de conocimiento existente respecto al objeto de estudio*”²⁵⁶ y se busca brindar información objetiva y concreta para abonar el terreno del análisis teórico posterior. Como reclama la línea de trabajo presentada,

*a través de las estadísticas accedemos al conocimiento duro del objeto de estudio. Luego, mediante el método comparativo se pueden realizar juicios axiológicos relativos a los objetos comparados, pero superadores de la opinión, creencia, intuición o prejuicio ideológico, como orientador de hipótesis y conclusiones.*²⁵⁷

Al mismo tiempo, este trabajo se presenta como eslabón que abre el juego para futuras investigaciones afines sobre la validación de otras situaciones jurídicas que también requieren ser analizadas.

Se tomó el período comprendido entre 1972 y 2008 porque el año 1975, tal como ya se ha dicho, es un año clave en el camino recorrido por la legislación argentina para proteger el *Derecho a la Intimidación*.

²⁵⁴ Bercholc, J., *La independencia ...*, op. cit., pp. 12-13.

²⁵⁵ Helmke, Gretchen, *Toward a Formal Theory of an Informal Institution: Insecure Tenure and Judicial Independence in Argentina, 1976-1995*, en Bercholc, J., op. cit., p. 13.

²⁵⁶ Bercholc, J., op. cit., p. 23.

²⁵⁷ Bercholc, J., op. cit., p. 21.

Metodología²⁵⁸

La investigación realizada consta de comparaciones, análisis agregado y cualitativos valiosos para un relevamiento completo de tratamiento dado al *Derecho a la Intimidad* por agentes indispensables para su validación. Obviamente, todo sujeto a refutación, ya que el Derecho, como las demás ciencias, está sujeto al contexto, las tensiones sociales, políticas y económicas y por lo tanto sus teorías resultan de alcance medio.

Para el análisis jurisprudencial se recopilaron las sentencias de las Cortes Supremas de Justicia argentina y estadounidense que tratan sobre *Derecho a la Intimidad* en el período 1973-2008.

La investigación supuso la identificación, recopilación, tabulación y análisis de las sentencias correspondientes. Con toda la información recopilada y organizada se elaboraron bases de datos que proveen la evidencia empírica que sustentan las conclusiones de este trabajo y forman parte indispensable de su contenido. Las bases de datos preparadas ofrecen cantidad de evidencias suficientes, secuencia temporal extendida, comparación diacrónica y búsqueda y detección de parámetros similares en períodos y Cortes diferentes que permiten contar con todos los datos requeridos para la realización de un análisis completo del tratamiento del *Derecho a la Intimidad* dado por estas Cortes.

Se tomó dicho período porque el año 1975 es un año clave en el camino recorrido por la legislación argentina para proteger el Derecho a la Intimidad. En ese año, la Ley 21.173 modificó el Código Civil incorporando el art. 1.071 *bis* para dar un marco positivo a la sanción de la conducta del que arbitrariamente interviene en la intimidad de una persona. Pareció conveniente tomar unos años antes de 1975 para analizar si se advierte algún cambio en la jurisprudencia a partir de la reforma legislativa.

²⁵⁸ La metodología de este trabajo se ha inspirado en el diseño del Dr. Jorge Bercholz presentado en *La independencia de la Corte Suprema de Justicia a través del Control de Constitucionalidad*, con prólogo de Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2004 y también desarrollada por el mismo autor en *Un estudio empírico-cuantitativo de la institución presidencial a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las asambleas legislativas (1983-2007)*, en *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Abierta Interamericana, Cathedra Jurídica, Buenos Aires 2008.

Asimismo, no resulta difícil argumentar que a partir de la década del 70 se ha producido un crecimiento exponencial de los avances tecnológicos y de la actividad de los medios de comunicación, por lo que tomar estos años como punto de partida es a todas luces prudente.

Clasificadas las sentencias, se seleccionaron aquéllas que evidencian criterios diferenciados de tratamiento del Derecho a la Intimidad y se analizaron más profundamente.

El análisis consistió en una categorización de los razonamientos jurídicos utilizados para fundamentar las sentencias. Luego se los comparó para comprobar la línea argumental de formulación del contenido del Derecho a la Intimidad.

La metodología utilizada partió de la evidencia de lo particular, entendido como los fallos judiciales analizados. Es explicativa, por cuanto intentó identificar las causas que determinan el estatus deóntico²⁵⁹ de difundir la intimidad de las personas como un espectáculo público y los efectos de la falta de certeza respecto del contenido del Derecho a la Intimidad. La metodología utilizada también fue cuanti-cualitativa porque se estableció el número de veces en que se trató de un modo u otro al Derecho a la Intimidad y se infirió el sentido del tratamiento dado a la conducta bajo estudio. Este estudio es comparativo, ya que, como se ha dicho, se sopesó la línea argumental de dos Cortes Supremas de Justicia, la argentina y la estadounidense.

Finalmente, este trabajo adquiere un carácter prescriptivo ya que se propone una modificación legislativa que permita dotar de mayor certeza al sistema jurídico de protección de la intimidad. Al verificarse la hipótesis, se ha marcado el terreno para una defensa más clara del Derecho a la Intimidad.

Recolección de los datos

Para la obtención de los fallos judiciales se trabajó con el sitio web oficial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ingresando las voces “*Derecho a la Intimidad*” en

²⁵⁹ Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires 2006.

el campo de búsqueda “Todo el Sumario” de la opción “Jurisprudencia”, “Consulta temática de sumarios”, para los períodos “1973/1986” y “Desde 1987 a 2008”. Para el caso de los fallos de la Corte norteamericana, se trabajó con el sistema de búsqueda profesional de *Findlaw*, ingresando la voz “*privacy right*” para el mismo período. Estos fallos se analizaron en inglés y fueron sistematizados y traducidos al castellano por el doctorando.

La recolección presentó dos fases, una cuantitativa y otra cualitativa. La fase de recolección cuantitativa consistió en la identificación de conceptos teóricos salientes y relevantes desde el punto de vista jurídico. Se establecieron relaciones entre intereses protegidos y argumentos utilizados por los jueces.

La siguiente fase se ocupó de analizar dichos conceptos y definirlos, fijándoles su alcance y contenido.

Análisis y cuadros comparativos

Los cuadros comparativos permitieron establecer la relación entre intereses protegidos por los argumentos de los jueces de la Corte y los conceptos utilizados para referirlos.

El análisis de los cuadros, articulados con la base de datos recolectada, permitió un estudio sistemático con base empírica sobre el tratamiento del *Derecho a la Intimidad* y permitió verificar la hipótesis de referencia.

Capítulo II

Análisis cuantitativo

Los cuadros estadísticos producidos permiten refutar la opinión generalizada que considera que existe una amplia protección del *Derecho a la Intimidad* en los países cuyos sistemas jurídicos son estudiados en estas páginas. Dichas opiniones generales no resisten la verificación empírica que requiere la investigación científica ya que no resultan sustentables a la luz de la información cuantitativa a la que se tuvo acceso y se analizó.

A modo de ejemplo, la primera impresión refutada es la existencia de un concepto de intimidad ampliamente consensuado, aceptado y protegido por los dos sistemas jurídicos en estudio. Por el contrario, se ofrece evidencia irrefutable sobre las “penumbras” en las que se desarrolla esta categoría jurídica.

La idea de un *Derecho a la Intimidad* ampliamente protegido a primera vista puede surgir de una amplia protección legislativa tanto en los ordenamientos nacionales como internacionales. Sin embargo, al momento de exigir una protección actual de intimidades vulneradas, la jurisprudencia encuentra serias dificultades técnicas, conceptuales y filosóficas para concretar su protección.

Otra impresión infundada es la supuesta “ventaja” del régimen anglosajón en una protección extendida de la Intimidad. Si bien el origen de la discusión sobre el tema se plantea temporalmente antes en los Estados Unidos, su protección no se verifica más extendida que en la República Argentina.

Estos ejemplos alimentan la necesidad del estudio del proceso de validación del *Derecho a la Intimidad*, comenzando por un relevamiento descriptivo para luego intentar explicaciones causales y finalmente intentar una sistematización teórica.

Diversidad de temas, Cortes, jueces y criterios.

La hipótesis de esta sección plantea los supuestos iniciales de esta investigación: Primero: el término Intimidad es usado cada vez con más frecuencia, puntualmente en los planteos ante los tribunales. Segundo: no hay un criterio uniforme en la jurisprudencia sobre su significado, lo cual permitiría justificar el estudio cualitativo más detallado que se propone. El análisis agregado de estadísticas y datos cuantitativos se ofrecen a modo de evidencia empírica complementaria de las valoraciones teóricas especulativas realizadas con detalle del contenido de las sentencias sobre la materia.

Los datos obtenidos en esta investigación surgen de 84 fallos dictados por la Corte Suprema de la Nación Argentina (Ver Anexo I) y por 21 fallos de la Corte de los Estados Unidos de América (Ver Anexo II) correspondientes al período 1972-2008. Se han estudiado las sentencias de estas Cortes que fueron integradas por 34 jueces en el caso argentino²⁶⁰ y por 17 jueces en el caso norteamericano,²⁶¹ quienes alternativamente cumplieron el rol de jueces en Cortes de 5, 7 y 9 miembros. Todos (salvo 8²⁶² de ellos) fueron nombrados por gobiernos democráticos.

Los fallos de estas Cortes fueron agrupados en períodos diferentes para cada país. En el caso de la Argentina se tomaron cuatro períodos: 1) Anterior a la restauración democrática, 2) Gobierno del presidente Raúl Alfonsín, 3) Gobierno del Presidente Menem y 4) Período posterior al Gobierno Menem. Para los Estados Unidos se trabajó por décadas, ya que la estabilidad de su régimen político hacía irrelevantes otras clasificaciones. Sin embargo, para el análisis comparativo se comparan los períodos de la Corte argentina con las décadas tomadas para la Corte de los Estados Unidos.

El interés por la temática estudiada surge inicialmente en los Estados Unidos en décadas anteriores a las del período acotado en este trabajo. El interés inicial comienza a

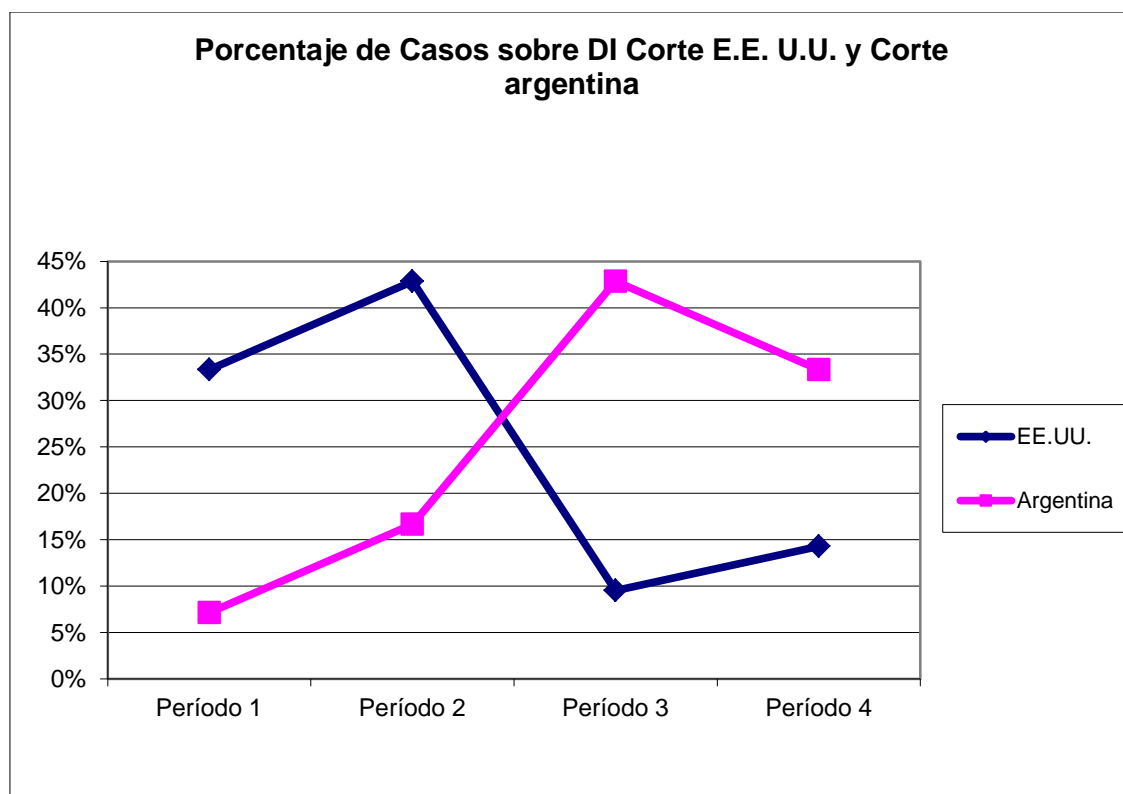
²⁶⁰ Heredia, Gabrielli y Rossi; Frías, Daireaux y Gustavino; Black, Renom y Caballero; Belluscio, Petracchi y Bacqué; Fayt, Levene y Cavagna Martínez; Barra, Nazareno y Oyhanarte; Moliné O'Connor, Boggiano y López, Bossert; Vázquez, Maqueda y Zaffaroni; Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay. (Los jueces Kiernan, Reboredo y Chasovsky; Mansur, Cossio de Mercau y Carrillo firmaron algunos de los fallos como subrogantes).

²⁶¹ Blackmun, Burger y Douglas; Brennan, Stewart y Marshal; Powell, White y Rehnquist; Stevens, O'Connor y Scalia; Kennedy, Souter y Ginsburg; Breyer y Thomas.

²⁶² Heredia, Gabrielli y Rossi; Frías, Daireaux y Gustavino; Black y Renom.

decaer en el tercero y cuarto período, para tomar moderadamente nuevo impulso en el último período. En la Argentina, la evolución del interés fue inversa, como queda evidenciado en el Gráfico 1. (Las estadísticas y cuadros generados se extraen de los listados que se agregan como parte integrante de esta investigación, siendo de elaboración propia. Se pueden consultar en las páginas correspondientes como Anexos II, III, IV, V, VI y VIII).

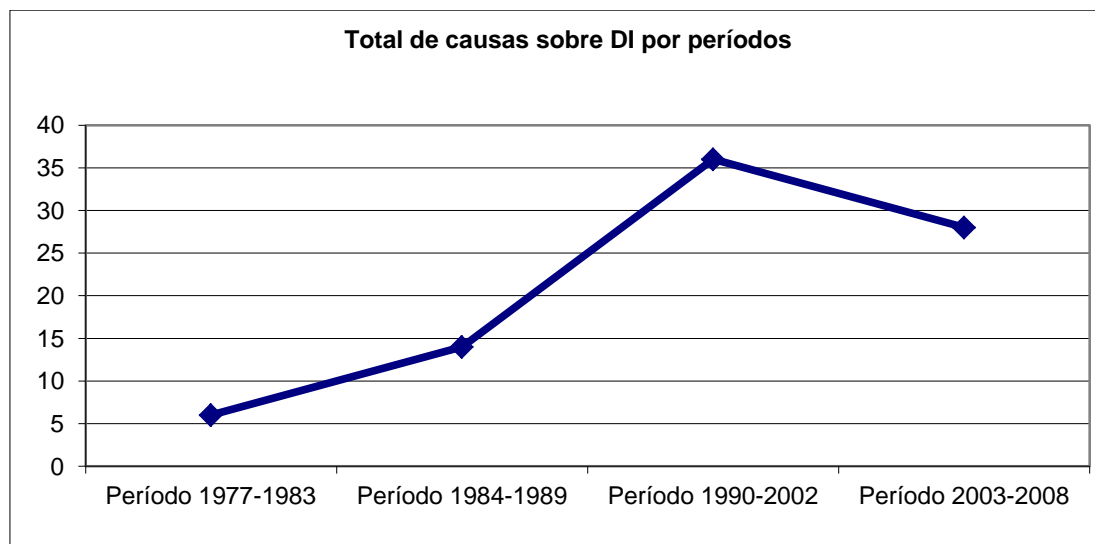
Gráfico 1.



En la Argentina, el tratamiento del tema es creciente y se presenta en auge para los 3 primeros períodos en estudio, para decaer ligeramente en el último.

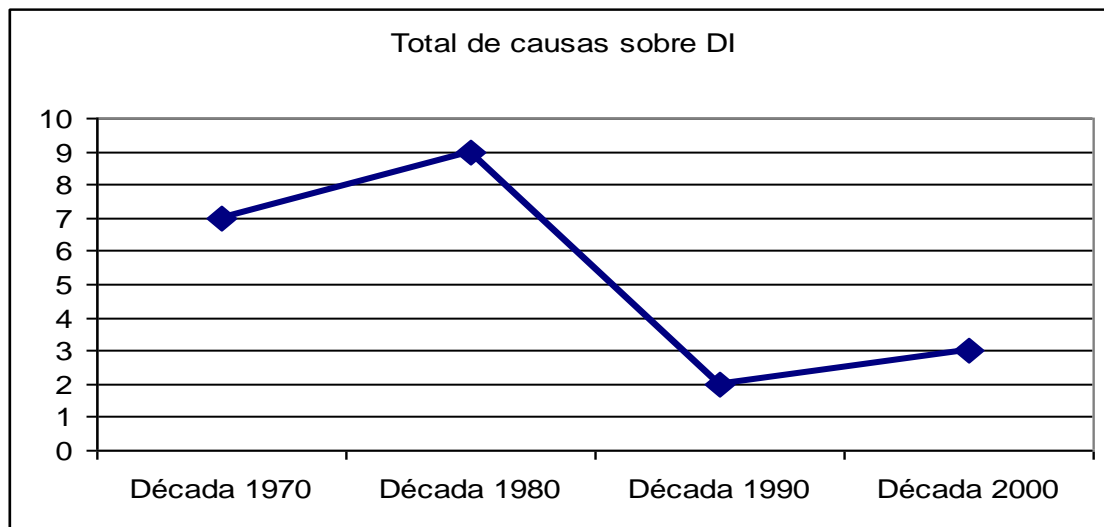
Basta ver el Gráfico 2 que para la Argentina muestra una curva claramente ascendente con un máximo de 36 causas en tercer período.

Gráfico 2. Argentina



En los Estados Unidos las pautas básicas del *Derecho a la Intimidad* se dieron tempranamente, por lo que, luego de dos décadas, decayó el número de causas, notándose una disminución relativa en el interés por el tema. Sin embargo, la problemática sigue presente en la década del 2000. (Gráfico 3).

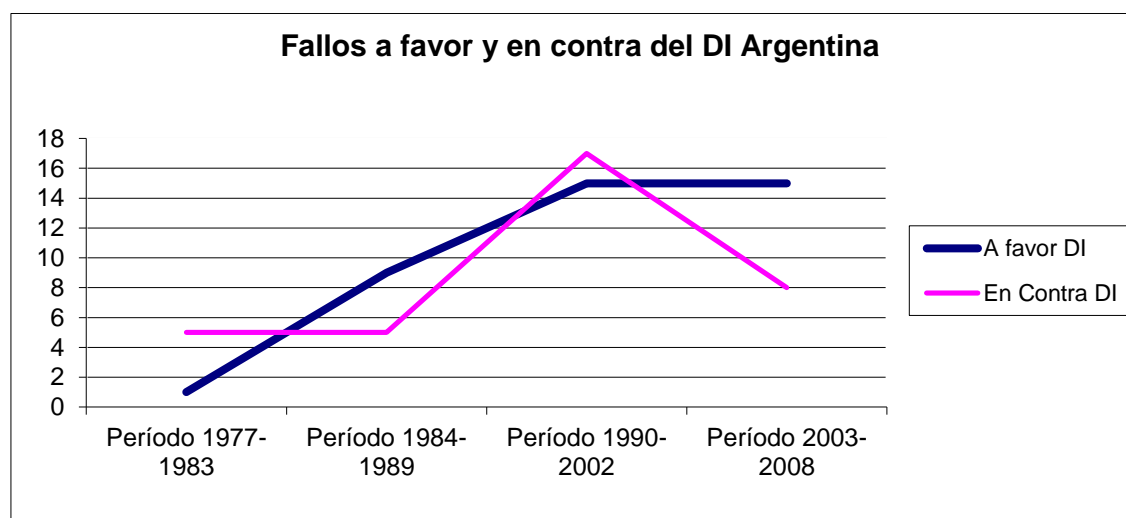
Gráfico 3. Estados Unidos



Del mismo modo, la evolución de los fallos a favor y en contra de la protección de la intimidad fue diferente en los dos países. En la Argentina se puede advertir cierta equivalencia tanto en el número de fallos que protegen la intimidad como los que no la protegen.

Se advierte una consolidación de la protección al *Derecho a la Intimidad* y una disminución de fallos en contra. Esto podría evidenciar “un aprendizaje” por parte de los actores en los procesos, en el sentido de una mayor alineación con los criterios del Tribunal. Gráfico 4.

Gráfico 4. Argentina

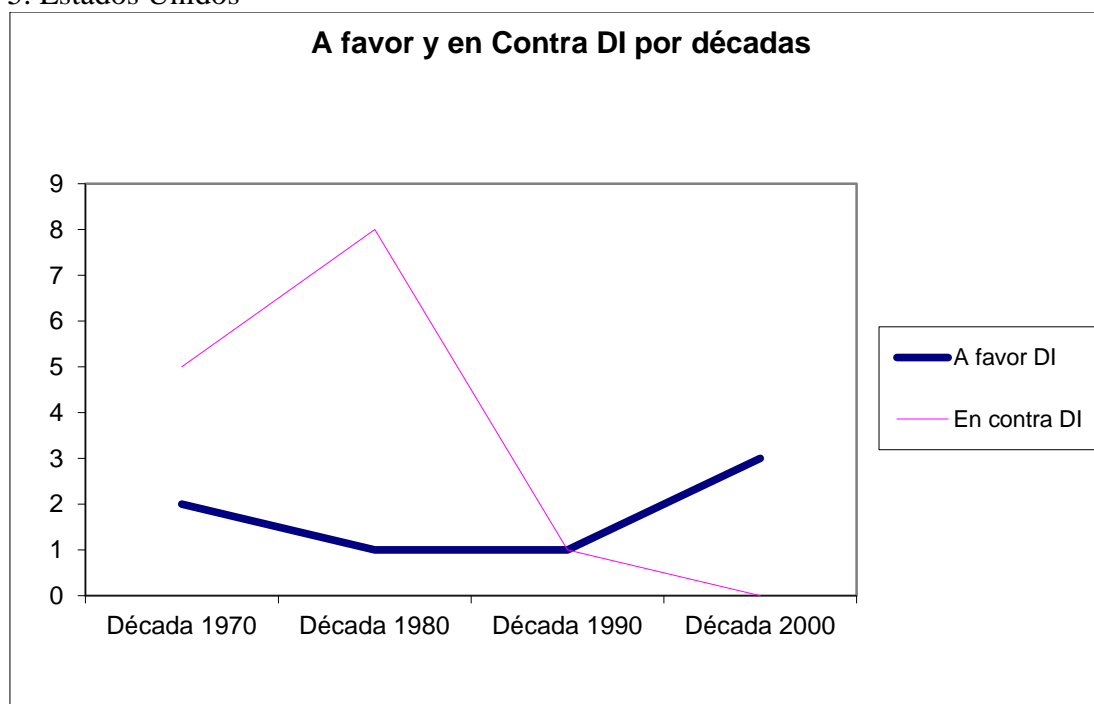


En los Estados Unidos, en cambio, se puede observar que los fallos fueron mayoritariamente en contra de la protección del *Derecho a la Intimidad* en las dos primeras décadas del estudio, para equipararse en la tercera y desaparecer en la cuarta. (Ver Gráfico 5). La simple observación del gráfico desvirtúa la opinión generalizada de un recorrido simple para la protección de la intimidad en el mundo anglosajón. El cambio en la tendencia se podría deber a una importante renovación de los integrantes de la Corte entre 1986 y 1994. En dicho período se nombraron seis nuevos jueces: Scalia (1986), Kennedy (1988) y Souter (1990);

Thomas (1991), Ginsbourg (1993) y Breyer (1994)²⁶³, formando unanimidades o mayorías para proteger la intimidad en los casos planteados.

Del mismo modo que en la Corte argentina, la disminución de los casos adversos a la protección de la intimidad evidencian un aprendizaje y una mayor comprensión del criterio del tribunal en cuanto al contenidos de intimidad que están dispuestos a proteger.

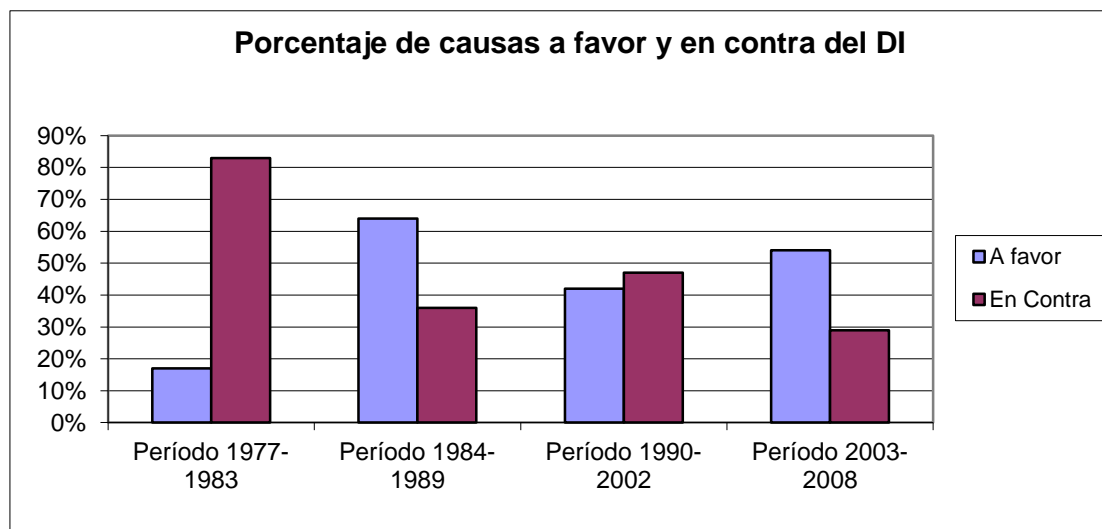
Gráfico 5. Estados Unidos



En la República Argentina, la Corte anterior a la restauración democrática tuvo un alto porcentaje de rechazos a planteos de protección de la intimidad. Por el contrario, las Cortes posteriores a 1983 manifestaron creciente interés en su protección. (Gráfico 6)

²⁶³ Supreme Court of the United States, <http://www.supremecourt.gov/about/members>, 10/04/2010.

Gráfico 6.



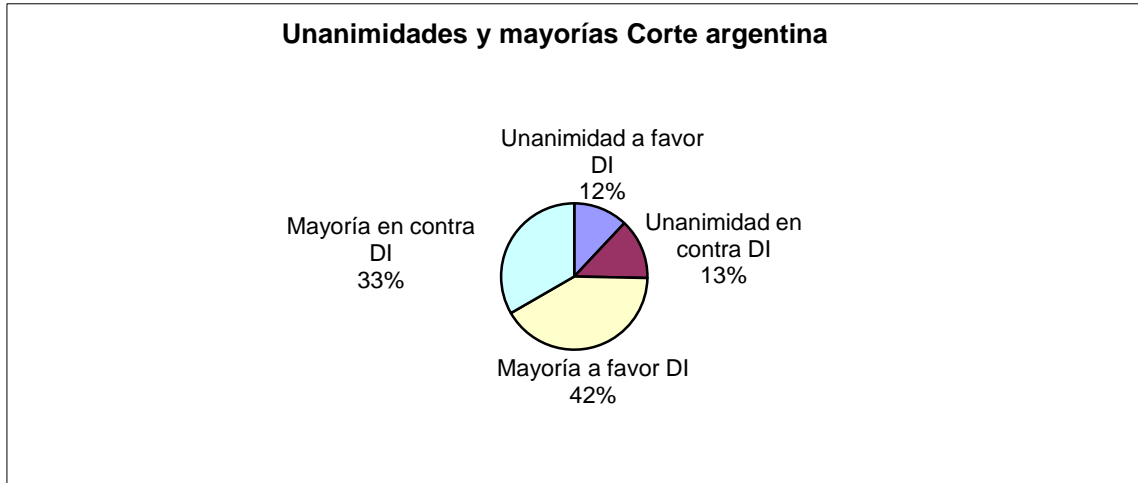
El interés de la Corte argentina por la protección de la intimidad evidenciado por este estudio coincide con el perfil *civilista* de la Corte en los períodos 2, 3 y 4. El término *civilista* se toma aquí al igual en que el libro citado del profesor Bercholc, quien daba dicho nombre a jueces con actuación en el ámbito judicial y/o universitario en Derecho privado y que no ha desempeñado funciones políticas. En efecto, al restaurarse la democracia la Corte de perfil *civilista* se caracteriza por su rol de “*guardián del proceso democrático (...) y por su celo por la función de protección de los derechos sustantivos individuales*”²⁶⁴.

Por el contrario, a diferencia de lo que sostiene Bercholc para su estudio sobre control de constitucionalidad, que registra un altísimo grado de unanimidades en los fallos de la Corte, ubicándolo en un 80% de los casos²⁶⁵, en este estudio se observa que las unanimidades llegan apenas al 20% del total de casos sometidos a la consideración de la Corte argentina. (Gráfico 7)

²⁶⁴ Bercholc, J., *op. cit.*, p. 27.

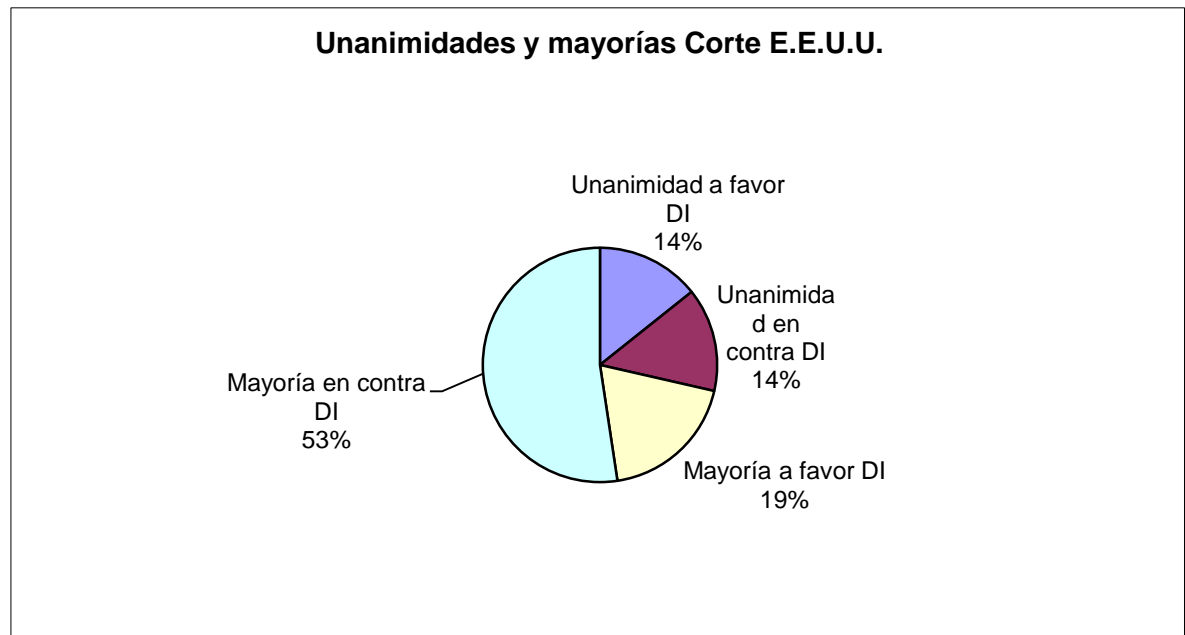
²⁶⁵ Bercholc, J., *op. cit.*, p. 28.

Gráfico 7



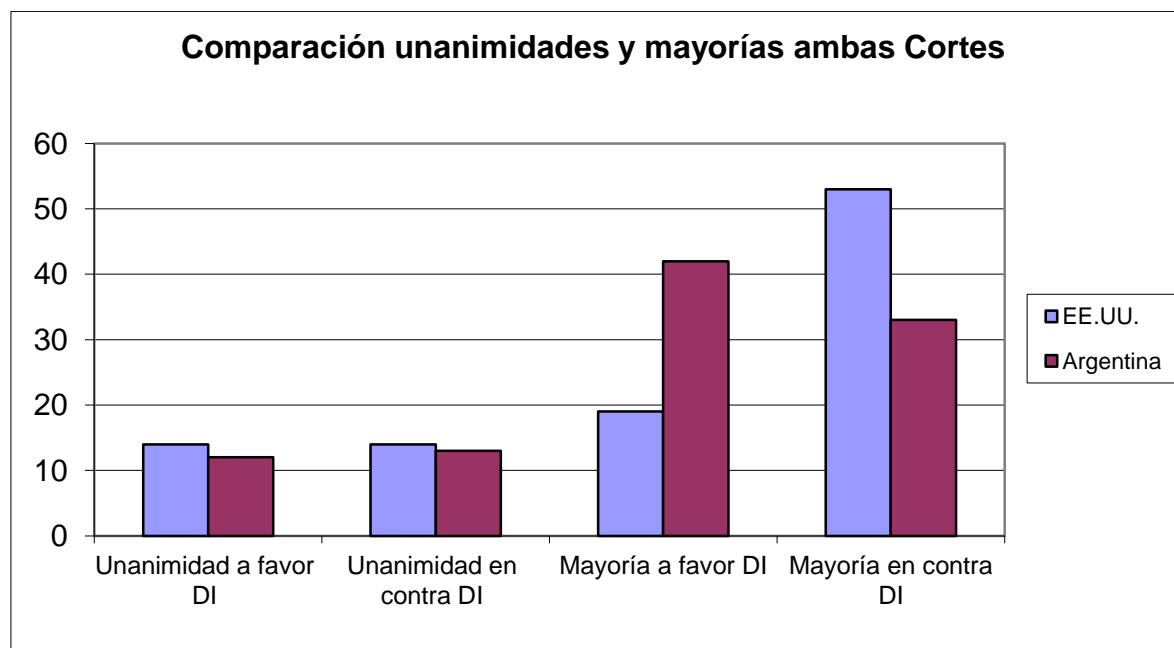
Lo mismo sucede para el caso de la Corte de los Estados Unidos, en la que se registra también un número relativamente bajo de fallos unánimes en temas referidos al *Derecho a la Intimidad*: 29% (Gráfico 8). Ello, para una Corte que tiene para otros temas un alto porcentaje de fallos unánimes.

Gráfico 8



En el Gráfico 9 se puede observar el porcentaje comparado de las unanimidades de ambas Cortes.

Gráfico 9

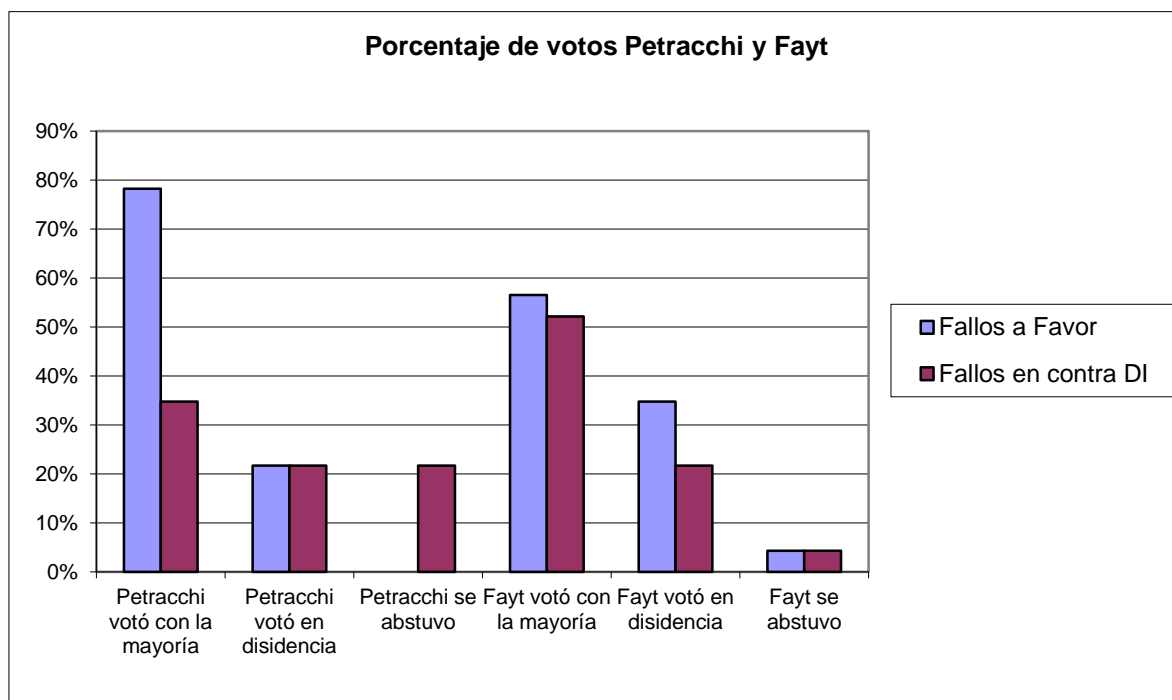


En este estudio no se ha encontrado patrones que permitan afirmar la existencia de mayorías automáticas en ningún período ni en ninguno de los países tratados. Ni el aumento del número de ministros producido en 1990 en la Argentina ni la designación de nuevos ministros, con visiones políticas encontradas, conformaron visiones sectoriales sobre el *Derecho a la Intimidad*. Por el contrario, es frecuente encontrar votando juntos en votos mayoritarios o en disidencias a jueces sobre quienes frecuentemente cayeron sospechas de conformar mayorías y minorías automáticas. (Véase Anexos V y VIII).

Sí se advierte una fuerte incidencia del Ministro Petracchi. Efectivamente, además de la claridad conceptual que se advertirá en el correspondiente análisis cualitativo, su influencia tuitiva del *Derecho a la Intimidad*, también desde el punto de vista cuantitativo, es contundente. Este Ministro formó parte desde su designación en 1983 del voto mayoritario en 78% de los fallos a favor de la protección de la intimidad, votando en disidencia en sólo el

22% de los casos. El siguiente Ministro más influyente es el Dr. Carlos Fayt, formando parte mayoritaria en un 57% de fallos a favor de la protección de la intimidad y votando en disidencia en un 35% de dichos fallos. (Gráfico 10)

Gráfico 10



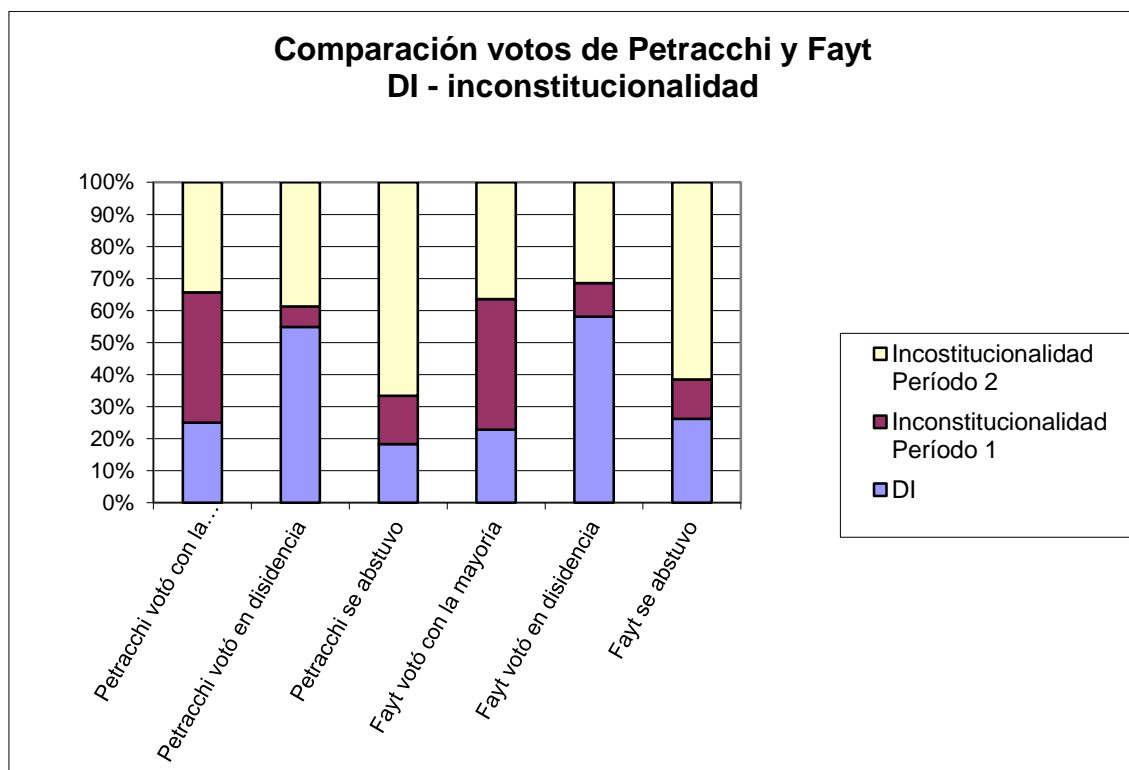
Resulta interesante comparar estos datos con los brindados por el estudio del Dr. Bercholc, quien analiza la influencia relativa de estos dos Ministros para los fallos sobre constitucionalidad en períodos en los que supuestamente cada uno de ellos ejercía mayor o menor influencia.²⁶⁶

En el Gráfico 11 se advierte una menor influencia de cada Ministro en fallos sobre *Derecho a la Intimidad* para su período de influencia, mayor porcentaje de votos en disidencia para dicha temática y menos abstenciones que para el control de constitucionalidad. Estos datos ofrecen nueva evidencia sobre la dificultad que el *Derecho a la Intimidad* ofrece: jueces

²⁶⁶ Bercholc, J., *op. cit.*, pp. 147-149.

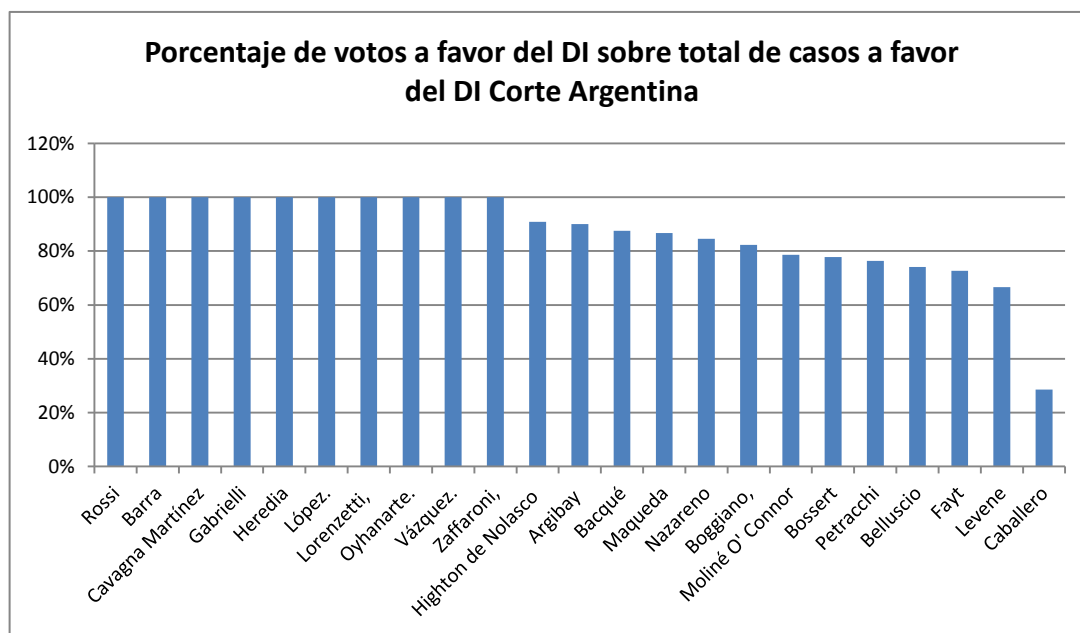
influyentes no logran generar o generan en menor medida que para otros temas los consensos necesarios para su protección.

Gráfico 11



Al mismo tiempo en el Gráfico 12 se observa un número importante de ministros que votaron a favor del *Derecho a la Intimidad* en el 100% de sus votos en los casos en los que la mayoría votó a favor de este Derecho. Merece destacarse que algunos de ellos cuentan sólo un voto, como es el caso de Rossi, Gabrielli y Heredia y Oyhanarte. Igualmente debe destacarse el récord de ministros quienes se han incorporado más recientemente a la Corte y cuentan con un importante número de votos a favor del *Derecho a la Intimidad* como Lorenzetti y Zaffaroni, quienes han votado en el 100% de los casos a favor del *Derecho a la Intimidad* y Highton de Nolasco y Argibay que votaron en un 91% y 90% respectivamente a favor del *Derecho a la Intimidad*. Finalmente, el ministro Vázquez también mantiene un registro de 100% de votos a favor del *Derecho a la Intimidad*.

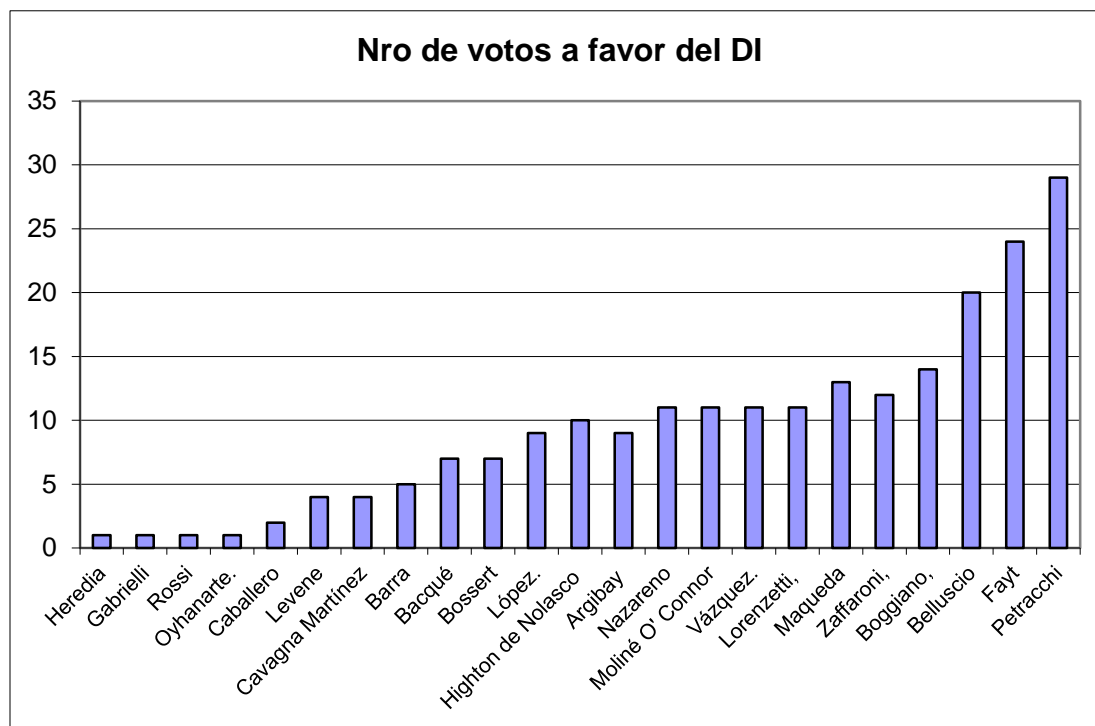
Gráfico 12



Por su parte, en los Estados Unidos se presenta una situación similar. El juez que más veces votó junto con la mayoría en los fallos protectores de la intimidad en los Estados Unidos es el juez Marshall con un 71% de votos a favor. Mientras que, sorprendentemente, el presidente del Tribunal -juez Renhquist- famoso por sus influencia entre los demás miembros, votó en disidencia en contra de la protección de la intimidad en el 57% de los casos en que la Corte de los Estados Unidos la protegió.

A continuación, se presenta el ranking de Ministros ordenados según la cantidad de votos a favor de la protección del *Derecho a la Intimidad*, considerando los fallos en los que se brindó efectivamente dicha protección. La influencia del Ministro Petracchi en esta temática queda también evidenciada. (Gráfico 13)

Gráfico 13



Resulta posible sostener, entonces, que si bien es claro que el *Derecho a la Intimidad* surge como una problemática del período en estudio, su contenido, alcance y protección son de difícil esclarecimiento en ambos sistemas estudiados. Los resultados cuantitativos sugieren cierta adversidad a la opinión de la existencia de un *Derecho a la Intimidad* claramente protegido por estas Cortes.

Tensiones entre intimidad y otros Derechos

Los planteos por violaciones a la intimidad son de lo más diversos. Tratan sobre aspectos relacionados con estilos de vida, disposición sobre objetos personales y difusión de imágenes. Ciertamente se han llevado a los Tribunales de ambos países cuestiones referidas a la vida, la salud y las creencias de las personas. En muchos casos resulta difícil distinguir entre *Derecho a la Intimidad* con cuestiones que afectan al honor, la fama, la integridad y ciertamente con la libertad.

El universo de fallos estudiado de ambas Cortes, analizado desde el punto de vista cuantitativo, arroja una amplitud de cuestiones muy diferentes. Sin embargo, para facilitar un estudio disgregado éstas fueron agrupadas teniendo en cuenta las siguientes temáticas: 1) intimidad y autonomía personal (con cuestiones referidas a estupefacientes y datos personales considerados por separado), 2) libertad de expresión y 3) libertad de asociación. Se estableció un grupo denominado 4) Otros casos, para situaciones que no podían incluirse en las anteriores y permitir así establecer ciertas correlaciones.

En el conjunto “autonomía personal” se incluyen tensiones que vinculan a la intimidad con atributos esenciales de la persona en sus manifestaciones inmediatas (disposición del propio cuerpo, estilos de vida, datos personales o derecho a la información). En “libertad de expresión” se incluyeron aquellos casos relacionados con los medios de comunicación (difusión de imágenes, noticias o espectáculos). El grupo “libertad de asociación” incluye tensiones referidos a grupos minoritarios (diversidad, aptitud nupcial o asociaciones). “Otros casos” incluye el conjunto de los fallos que no podían razonablemente incluirse en alguno de los grupos anteriores.

Así, en el Gráfico 14 se puede apreciar la importancia relativa de cada temática en la Corte argentina y en el Gráfico 15, lo suyo para la Corte de los Estados Unidos.

Gráfico 14. Argentina

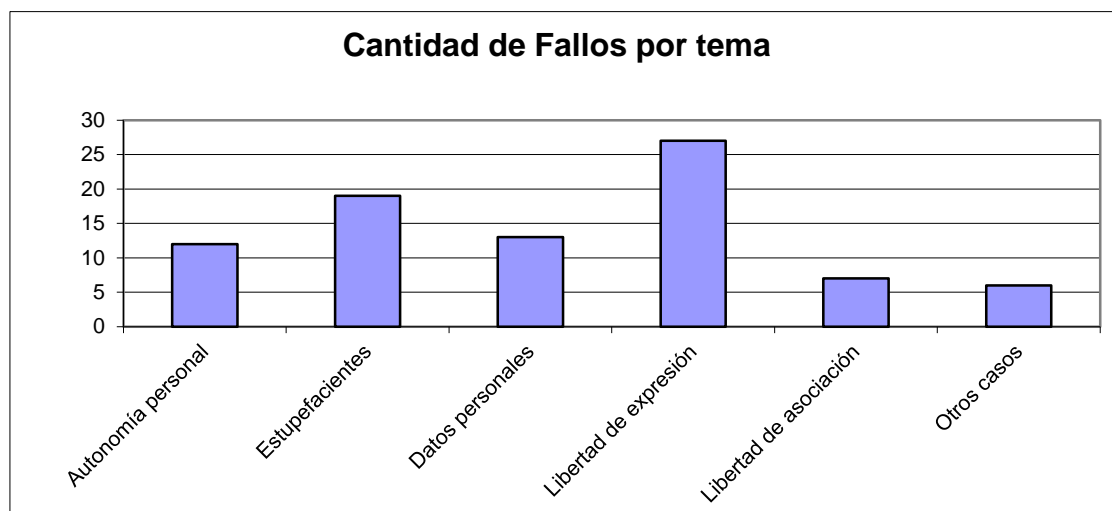
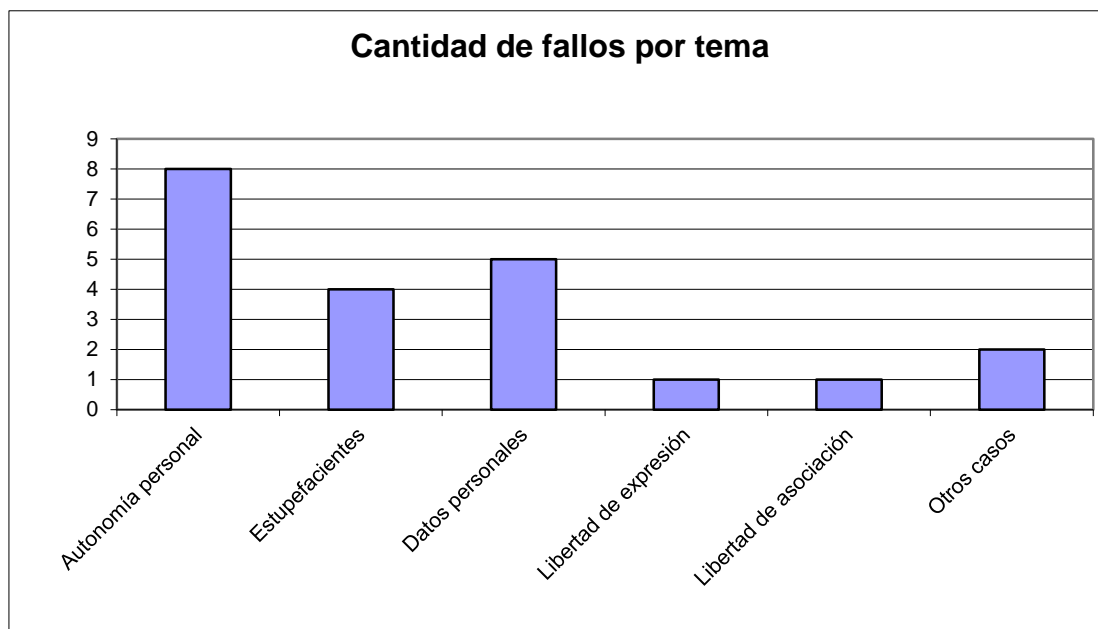
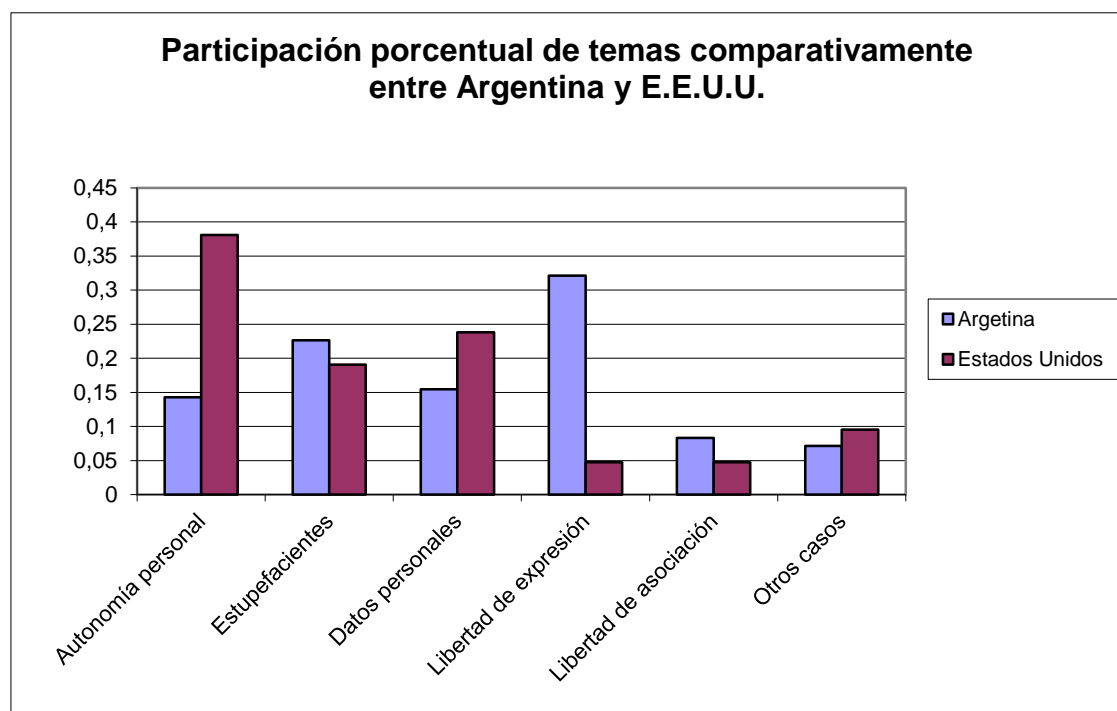


Gráfico 15. Estados Unidos



A su vez, en el Gráfico 16 se puede apreciar la participación porcentual de cada temática en total de atención que ha requerido el *Derecho a la Intimidad* en cada Corte. Se observa que la sociedad norteamericana ha tenido proporcionalmente mayores planteos sobre cuestiones de autonomía personal que la sociedad argentina. A su vez, la sociedad argentina ha tenido mayor dificultad para establecer claramente la relación entre la intimidad y la libertad de expresión. El sistema de los Estados Unidos ha optado por priorizar la libertad de expresión y su Corte ha hecho lo mismo respecto de la protección de este último derecho por sobre la intimidad.

Gráfico 16. Argentina/Estados Unidos



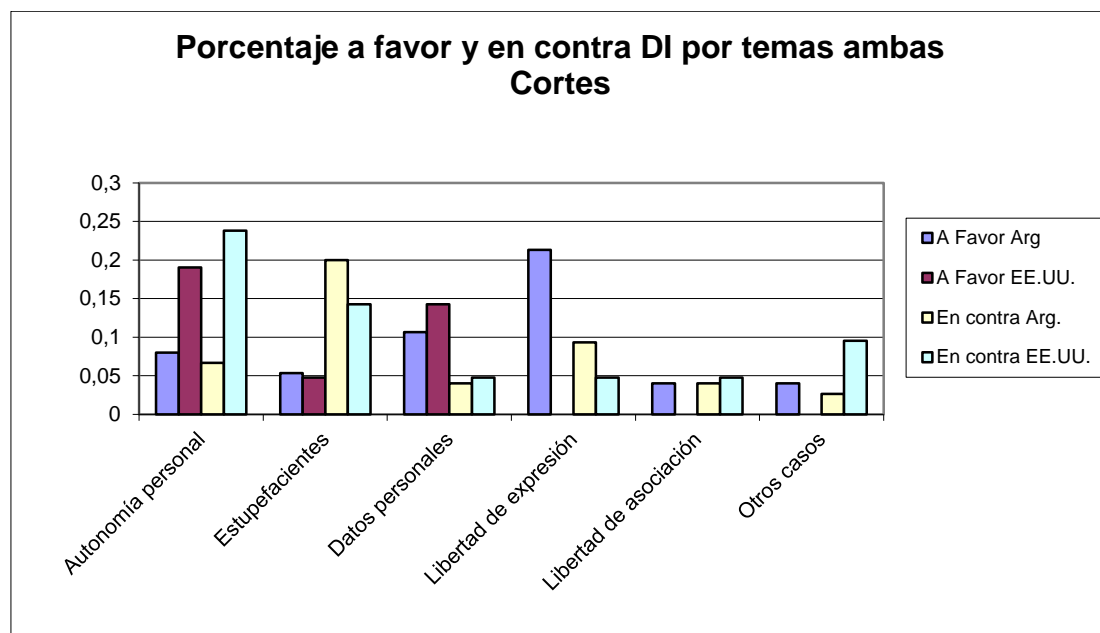
En el mismo Gráfico 16 se puede advertir cierta equivalencia en el porcentaje de fallos a favor y en contra de la protección de la intimidad en las dos Cortes estudiadas. Sin embargo, resaltan algunas diferencias interesantes. En cuanto a planteos por violaciones a la intimidad en cuestiones de “autonomía personal”, las Cortes estudiadas tienen un comportamiento muy diferente en sus votos a favor y en contra, al igual que en “libertad de expresión”, resultando más protectora de la autonomía la Corte Argentina y más protectora de la libertad de expresión la Corte de los Estados Unidos. En esta temática, dicha Corte nunca falló a favor de la intimidad cuando ésta se encontraba en tensión con la libertad de expresión.

En temas relacionados con “tenencia de estupefacientes” y “protección de datos personales” ambas Cortes tienen un comportamiento similar.

En el Gráfico 17 se observa el tratamiento de estas temáticas desglosando los porcentajes según se haya priorizado la intimidad o los otros derechos en tensión. Como ya se señaló, la Corte argentina proporcionalmente vota más a favor de la protección de la intimidad que en contra, inversamente a la Corte de los Estados Unidos. En “tenencia de

estupefacientes” ambas Cortes votan mayoritariamente en contra. Respecto de “protección de datos personales”, el comportamiento de las dos Cortes es protectorio de la intimidad. Surge nuevamente claro el criterio diferenciado de las Cortes estudiadas respecto de la libertad de expresión, donde la Corte argentina tiene un alto porcentaje de votos a favor de la intimidad, restringiendo la libertad de expresión. Resulta también interesante observar que la Corte de los Estados Unidos en ningún caso protegió la intimidad cuando estuvo en tensión con la libertad de asociación.

Gráfico 17. Ambas Cortes



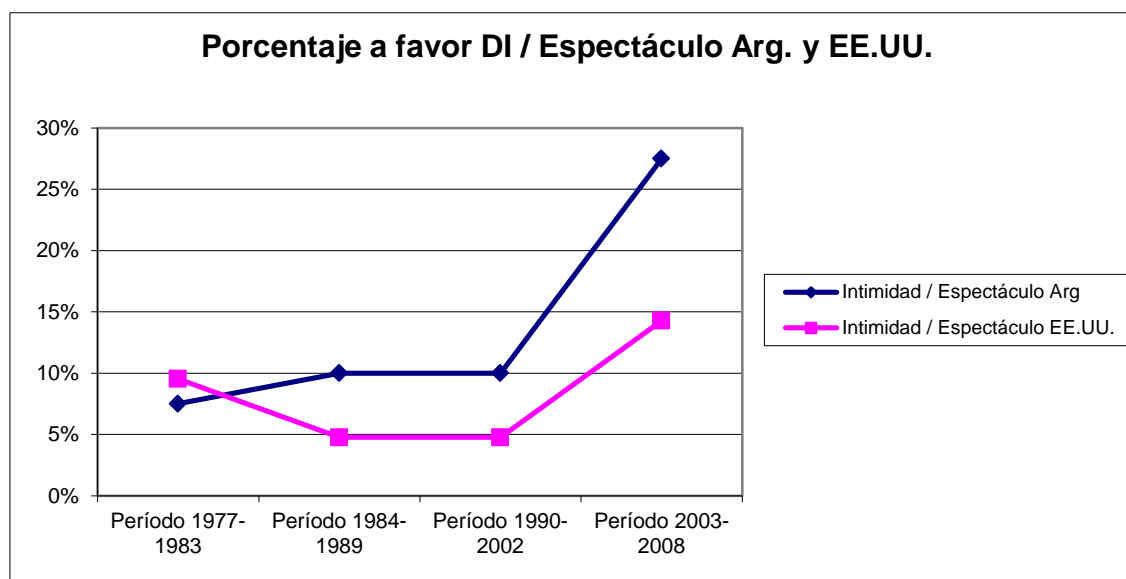
Finalmente, en el Cuadro 1 figuran los 15 fallos identificados en los que ambas Cortes protegieron la Intimidad cuando ésta fue difundida como espectáculo, 12 de la Corte argentina y 3 de la Corte de los Estados Unidos.

Cuadro 1

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>Mieres, Roberto Casimiro y otra c/SAFRAR</i> | 1977 |
| <i>Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida</i> | 1984 |
| <i>Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros</i> | 1987 |
| <i>Lambrechi, Norma Beatriz y otra c/ Wilton Palace Hotel y otro</i> | 1988 |
| <i>United States Dep. of Justice vs. Reporters Committee for Freedom of the Press</i> | 1989 |
| <i>Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo José (Jueces Nac.) s/avocación</i> | 1990 |
| <i>Cancela, Omar Jesús c/Artear SAI y otros</i> | 1998 |
| <i>Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A.</i> | 2001 |
| <i>S.V. c/M. D. A. s/medidas cautelares</i> | 2001 |
| <i>Lawrence vs. Texas</i> | 2003 |
| <i>Perelmuter, Isaac y otro c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.</i> | 2003 |
| <i>National Archives and Records Administration, Petitioner vs. Allan J. Favish</i> | 2004 |
| <i>Keylián, Luis Alberto y otro c/Santillán, María Laura y otros</i> | 2004 |
| <i>Sciammaro, Liliana c/Diario El Sol s/daños y perjuicios</i> | 2007 |
| <i>Franco, Julio César c/ Diario La Mañana y/u otros s/daños y perjuicios</i> | 2007 |

En el Gráfico 18 se observa el porcentaje de fallos identificados en los que se advierte que la intimidad ha sido tratada *como espectáculo* y se puede advertir una creciente tendencia de ambas Cortes a favor de la protección de la intimidad y en contra de su difusión *como espectáculo*.

Gráfico 18



Conclusiones

La investigación cuantitativa ha llevado a una aproximación de la verificación de la hipótesis principal de este trabajo. Tal conclusión se desprende del análisis agregado de los cuadros estadísticos generados, donde se verifica que:

1) Tanto la Corte Suprema argentina como la de los Estados Unidos crecientemente declaran la protección de la intimidad cuando se trata como espectáculo.

2) La presencia de dicha protección se verifica en todos los períodos estudiados para ambas Cortes.

3) La tensión entre intimidad y espectáculo se registra principalmente en temas relacionados con la libertad de expresión pero también aquellos donde está en juego la autonomía personal y la protección de datos personales.

Del mismo modo, la evidencia permite sostener que el interés por la intimidad está en constante aumento en ambos sistemas, así como un registro cada vez más preciso del contenido y el alcance del *Derecho a la Intimidad*. Sin embargo, es posible argumentar que sigue resultando complejo establecer criterios claros en cuanto al significado de la intimidad y el alcance de la protección que los tribunales están dispuestos a darle.

La intimidad se presenta como una categoría diferenciada, donde el comportamiento de las Cortes y de los jueces se diferencia del tratamiento de otros derechos, donde las unanimidades son difíciles ya que jueces influyentes pierden ascendencia sobre los demás y donde las mayorías no responden a criterios políticos establecidos.

Por lo que resulta ahora necesario avanzar hacia un análisis interpretativo de los fallos jurisprudenciales de las Cortes Supremas estudiadas que dieron pie a estos resultados cuantitativos para comprender cabalmente el contenido del *Derecho a la Intimidad*. Para realizar este análisis se consideran los contenidos en sus aspectos cualitativos de las sentencias judiciales, segmentados según las tensiones identificadas con otros derechos tales como autonomía personal, libertad de expresión y asociación.

Capítulo III

El Derecho a la Intimidad y la autonomía personal

Derechos de la personalidad

Los bienes del hombre son de diferente naturaleza. Los más preciados son aquellos que derivan directamente de su persona individual: la vida es el ejemplo más representativo²⁶⁷ pero también lo son la libertad, la intimidad, etcétera. Su protección a través del Derecho Privado se traduce en la literatura jurídica como Derechos de la Personalidad. Por su parte, en el ámbito del Derecho Constitucional, del Derecho Administrativo y del Derecho Penal se los protege bajo la denominación de Derechos Humanos.

La doctrina nacional discute la naturaleza jurídica de estos Derechos ya que si hubiera un Derecho sobre la propia persona podría confundirse en el mismo individuo la calidad de sujeto y objeto de derecho. Autores como Savigny, von Thur y nuestro compatriota Alfredo Orgaz niegan a los Derechos de la Personalidad la condición de auténticos Derechos Subjetivos.²⁶⁸ Para ellos el concepto mismo de persona presupone la vida, la libertad o el honor. Además, sostienen que carecen del deber jurídico correlativo necesario para constituir un Derecho Subjetivo. Sin embargo, esta postura ha sido superada por la gran mayoría de la doctrina que siguiendo a Cifuentes considera que son auténticos Derechos subjetivos.

²⁶⁷ Sobre la existencia de Derechos Humanos Absolutos resulta interesante la reflexión de John Finnis en su obra *Ley Natural y Derechos Naturales* (Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000, pp. 251 y ss.) donde sostiene que “a pesar del consenso sustancial en sentido contrario, hay derechos humanos absolutos”. “El más obvio, el derecho a no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; también el derecho a que no se nos mienta positivamente en ninguna situación (e.g. en la enseñanza, la predicación, las publicaciones científicas, las transmisiones de noticias) en la cual se espere razonablemente una comunicación real (a diferencia de la ficción, la broma, o la poesía); y el derecho relacionado a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respecto en cualquier valoración de lo que el bien común exige”.

²⁶⁸ Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V., *op. cit.*, p. 7.

La naturaleza controvertida de ciertos derechos

La evolución tecnológica ha producido una abrumadora cantidad de innovaciones que necesariamente impactan en las relaciones jurídicas. La medicina ha sido una de las ramas que más cambios ha producido, así como los sistemas de computación y las comunicaciones que permiten generar, almacenar y procesar gran cantidad de información. El Derecho debe adaptarse a los cambios sociales pero al momento de intentar su regulación surgen dudas por lo que se impone un análisis que los revise.

Derecho a la disposición del propio cuerpo

La discusión sobre el derecho de disposición sobre el propio cuerpo tiene gran actualidad. Ya se trate del debate sobre la dación de órganos, ampliamente tratado en la década de 1980 o de la polémica sobre el derecho de la mujer a abortar o el problema más actual sobre la inseminación artificial y la maternidad subrogada.

La teoría que considera que existe cierto dominio sobre el propio cuerpo ha sido superada. En este momento hay amplio consenso en considerar que el cuerpo humano no es ni una “cosa” ni una “cosa fuera del comercio”. En cambio, es doctrina aceptada que el cuerpo humano con vida es la persona misma.

Los argumentos del Derecho Privado respecto de la “disponibilidad del cuerpo” son variados. Von Ihering distinguía entre “pertenencia” y “propiedad”, por lo que se infiere que ciertas cosas pueden pertenecer a las personas sin estar sujetas al régimen de propiedad. Muchos otros autores sostuvieron la existencia del derecho de propiedad sobre la propia persona. Santo Tomás de Aquino, por ejemplo, afirmó que el hombre tiene el usufructo de su cuerpo, reservando a Dios la nuda propiedad.²⁶⁹

El presente trabajo se inspira en la postura de Alberto J. Bueres quien sostiene la existencia de Derechos Subjetivos personalísimos específicos. A éstos la doctrina los clasifica en corporales e incorporeales. Los primeros, sin pretender dar una lista cerrada, son: el derecho

²⁶⁹ Para un análisis detallado consultar Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V., *op. cit.*, pp. 19 y siguientes.

a la vida, a la integridad corporal, a la disposición del propio cuerpo y a la disponibilidad del cadáver. Los segundos, el derecho al honor, a la intimidad, etcétera.

El derecho a disponer del propio cuerpo, por supuesto, no se refiere a la persona viva sino a partes del cuerpo humano, tanto a aquellas partes llamadas renovables como a aquellas partes que no se regeneran. Las partes del cuerpo, una vez separadas, se transforman en “cosas” pertenecientes al dominio (de la persona de quien proceden) en sentido jurídico y por lo tanto están regidas por el art. 2.311 del Código Civil argentino y sujetas a enajenación tanto a título oneroso como gratuito.²⁷⁰

Las partes separadas del cuerpo son susceptibles de ser objetos de actos jurídicos en el sentido descrito por Bueres que abarcan objetos materiales e inmateriales, dentro del género llamado *bienes*.²⁷¹ Al separarse del cuerpo se adquiere sobre la parte un derecho real de dominio, por un acto de adquisición originario, al modo del que se tiene sobre la propiedad intelectual.

Ahora bien, a pesar de que las partes separadas del cuerpo sean cosas objetos de actos jurídicos, la disposición de partes aún unidas al cuerpo requiere cierta explicación. Efectivamente, se sostiene que la realización de negocios jurídicos válidos sobre partes no separadas del cuerpo es el medio para ejercer el derecho a disponer del propio cuerpo y, precisamente, el modo de concretar dicho derecho.

Orgaz niega que se puedan celebrar actos jurídicos válidos cuyo objeto sea una parte no separada del cuerpo.²⁷² Bergoglio de Brouwer de Koning sostiene, en cambio, que es posible para el caso de partes renovables pero que el corte o extracción no puede lograrse coactivamente (art. 639 CC) y que eventualmente el acreedor podrá exigir el resarcimiento de daños y perjuicios en caso de incumplimiento.

²⁷⁰ Cfr. Bergoglio de Bouwer de Koning, M. T., *op. cit.*, p. 64.

²⁷¹ Cfr. Bueres, Alberto, J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2b, Hammurabi, Buenos Aires 2006, p. 953. En el mismo sentido Salvat, Raymundo-Romero Prado, Víctor, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General* y Videla Escalada, Federico, *La causa final en el Derecho Civil*, en Bueres, A., J. y Highton, E. I., *op. cit.*, p. 953.

²⁷² Orgaz, Alfredo, *Personal Individuales*, en Bergoglio de Brouwer de Koning, M. T. y Bertoldi de Fourcade, M. V., *op. cit.*, p. 60.

Merece un comentario particular el tratamiento de la sangre, ya que ha generado y sigue generando gran debate en la doctrina y la jurisprudencia. La Ley 22.990 prevé la gratuidad de la dación de sangre, salvo emergencia. El receptor de sangre no puede ser pasible de cobro alguno.

Resulta de interés considerar dos situaciones de gran actualidad: la *donación de gametos* y la *crioconservación de muestras de células sanguíneas*.²⁷³ A partir de la anovulación de la mujer o la oligospermia o azoospermia masculina se produce frecuentemente donación de los gametos. Éstos resultan partes separadas del cuerpo que preliminarmente pueden considerarse renovables. Sin embargo, los resultados son completamente diferentes a los que se vienen considerando. Para una de las partes, que *no tiene intención de procrear*, resultan prácticamente descartables; para la otra significa la posibilidad de concebir seres humanos y convertirse en padres. El tratamiento de estos gametos es muy controvertido.

Una situación similar se produce con los ya comunes contratos de locación de servicios celebrados entre sociedades anónimas y padres que contratan, en representación de sus hijos menores de edad, servicios de crioconservación de muestras de células sanguíneas mononucleares con alto contenido de células madres obtenidas de la sangre fetal remanentes en los vasos de la placenta y el cordón umbilical. Ya es muy importante la cantidad de muestras de células progenitoras hematopoyéticas propiedad de terceras personas menores de edad que hay en la Argentina.

Algunos autores como David Larios Risco (Coordinador de Bioética y Derecho Sanitario de la Universidad de Castilla-La Mancha) consideran a la donación de gametos como un signo de solidaridad y a la crioconservación como un signo de responsabilidad y un *seguro biológico* para sus hijos.²⁷⁴ Otros, como Liliana Matozzo de Romualdi, consideran que

²⁷³ En la Argentina hay aproximadamente 6 bancos privados de células madre: *BioCells*, *MaterCell*, *Bioprocreate*, *CrioCenter*, Hospital Garrahan, *Stemcell*.

²⁷⁴ “El estado actual de la ciencia nos dice que la sangre del cordón umbilical es una valiosa fuente de células madre sanguíneas (o progenitores hematopoyéticos) con determinadas aplicaciones terapéuticas consolidadas y un importante, aunque impredecible, potencial futuro. Las células madre de la SCU permiten la renovación de las células sanguíneas responsables de constituir el sistema inmunológico y los diferentes componentes de la sangre. El trasplante de estas células mediante la infusión por vía intravenosa de la sangre del cordón, con el objeto de sustituir a las células enfermas del paciente, está arrojando prometedores resultados en el tratamiento

para el caso en que la donación de gametos se haga anónimamente puede constituirse en un atentado directo al Derecho a la identidad genética del niño.²⁷⁵ Se advierte además que en el caso de anonimato de los donantes se pueden generar graves problemas por eventuales uniones entre familiares.

La Resolución 69/2009 del INCUCAI determinó recientemente que las células madre extraídas del cordón umbilical de los recién nacidos serán de uso público en la Argentina. A partir de esa resolución, las unidades existentes en los bancos privados serán destinadas al uso del público y deberán inscribirse en el Registro Nacional de Donantes de Células Progenitoras Hematopoyéticas. Sin embargo, ya se ha presentado por lo menos una acción de amparo contra de esta resolución. El fundamento dado es que dispone para el futuro la donación forzosa de las muestras de células progenitoras hematopoyéticas y la obligación de la inclusión de las muestras obtenidas en los bancos con anterioridad a la Resolución.²⁷⁶

En la Argentina hay numerosas iniciativas legislativas que intentan regular estas situaciones nuevas²⁷⁷ pero no existe aún un consenso claro sobre cómo debe regularse el tema. Las voces se han alzado fervorosamente tanto a favor como en contra de una regulación. Algunos piden intervención estatal y otros, libertad de acción.

Algo similar ocurre con la subrogación de úteros. La biotecnología hace posible que el niño pueda ser gestado en un vientre diferente a aquél de la mujer que eventualmente lo iría a recibir. ¿Se trata de una práctica servil o de un gran avance de la ciencia? ¿Es legalmente legítimo avanzar hacia prácticas de clonación, partenogénesis, manipulación de microorganismos patógenos y de otras técnicas de ingeniería genética que modifican el

de enfermedades congénitas o adquiridas de la médula ósea tales como leucemias agudas o crónicas, inmunodeficiencias o enfermedades metabólicas." Larios Risco, David, *Donación y uso privativo de la sangre del cordón umbilical. Aspectos jurídicos*. DS Vol. 15, Núm. 2, Julio - Diciembre 2007, www.ajs.es, 22 de agosto de 2009.

²⁷⁵ Matozzo de Romualdi, Liliana, A., *La biotecnología y el derecho a la identidad*, El Derecho, n° 8959, del 13 de marzo de 1996.

²⁷⁶ El Juzgado Federal de Rosario N° 2 hizo lugar a la Acción de Amparo presentada por Stemcell S.A. Expte. Nro. 7008.

²⁷⁷ Existen por lo menos los siguientes proyectos de leyes: Proyecto de Fecundación Asistida presentado por el Dr. Carlos Ruckauf en 1993 (tratamiento parlamentario nro. 81); Proyecto de ley de Graciela Camaño, Regulación de la ampliación de métodos de fecundación humana. Expte. 3978-D-2006, Diputados Expediente: 1437-D-2008, Publicado en: Trámite Parlamentario n° 25 Fecha: 15/04/2008; Proyecto de ley de Adriana Bortolozzi de Bogado, Regulación de la aplicación en seres humanos de la técnica de reproducción asistida, Expte. 0759-S-2006, Senado Expediente: 0113-S-2008

patrimonio genético del hombre? ¿Qué estatus jurídico tienen estas partes del cuerpo? ¿Están fuera del comercio? ¿Pueden ser objeto de contratos válidos?

La doctrina considera que el contrato de alquiler de vientres es nulo de nulidad absoluta; sin embargo, esta declaración no basta, ya que sigue pendiente la cuestión si el contrato se cumple y nace el niño. Según el tratamiento del art. 242 CC, la maternidad se prueba por el hecho del parto: la madre es la que ha dado a luz. Este esquema condiciona el derecho del niño a su identidad, el derecho a conocer su propio origen biológico y el derecho a la identidad genética, todos intereses superiores del niño.²⁷⁸ La jurisprudencia va haciendo punta a medida que se presentan casos para que se expida.

Partes no renovables del cuerpo

Con respecto a la celebración de actos jurídicos bilaterales cuyo objeto sea una parte de cuerpo *no* renovable, Santos Cifuentes sostiene que de ninguna manera puede considerarse que pueda existir contrato ya que está totalmente desprovisto de la fuerza obligatoria y no genera obligaciones en estricto sentido y es intrínsecamente revocable. En efecto, dice que “*va de suyo que está excluida toda relación jurídica bilateral que sea fuente de obligaciones*”.²⁷⁹ La denominación más aceptada es *dación*, de naturaleza extrapatrimonial. El ofrecimiento de una persona permite la separación del órgano pero al no ser estrictamente una obligación no genera compromisos ni responsabilidad por daños y perjuicios.

La disposición del propio cadáver también genera discusiones en la doctrina. Algunos piensan que no constituye un Derecho Subjetivo,²⁸⁰ otros que se trata de un Derecho Subjetivo pero no de un Derecho Personalísimo.²⁸¹ La doctrina mayoritaria considera que se trata de un

²⁷⁸ Agradezco este aporte a Cristián A. Borean, estudiante en el Curso Metodología de la Investigación Jurídica de la Carrera de Abogacía de la Universidad Abierta Interamericana, junio de 2009.

²⁷⁹ Cifuentes, S., *op. cit.*, p. 385.

²⁸⁰ Castán Tobeñas, Tristán, *Los derechos de la personalidad*, en Bueres, Alberto, J. y Highton, Elena I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2b, Hammurabi, Buenos Aires 2006, p. 211.

²⁸¹ López y López, Ángel, *Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos*, en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *op. cit.*, p. 212.

Derecho Personalísimo autónomo, por su especificidad y distinción de otros derechos de la personalidad.²⁸²

Derecho a la Información: los datos personales

Se considera que el titular de ciertos datos tiene derechos sobre ellos, concretamente: 1) a controlar los destinatarios; 2) a supervisar el uso que se dará a los mismos y 3) a poder acceder a ellos y rectificarlos. Se han dado en llamar Derecho a la autodeterminación informativa y constituyen una categoría autónoma de Derecho personalísimo diferenciándose del Derecho a la privacidad y a la vida privada La garantía constitucional sobre los datos es llamada por su expresión latina *habeas data*.²⁸³

Las democracias occidentales coinciden en que la recolección de datos sólo debe permitirse por motivos específicos, que dicha información debe ser tratada en relación con esos motivos, que la información irrelevante para esos motivos no deben registrarse y que no debe guardarse por más tiempo que el necesario.

En la Unión Europea la protección de datos personales toma vigor a partir de la Directiva de protección de datos personales,²⁸⁴ que requiere que todos los Estados miembros dicten normas nacionales que se adapten a los estándares de la directiva. De este modo se crea un régimen unificado y comprensivo para los 15 Estados miembros. La directiva refleja una consideración del tema como un Derecho humano básico.

Por el contrario, el régimen de los Estados Unidos de América es muy complejo y está altamente descentralizado. Se trata de una red muy complicada de disposiciones sectoriales, tanto en el orden federal como de cada Estado, a las que se suman regulaciones auto-impuestas por las industrias en diferentes áreas.²⁸⁵ Se trata de una visión en la que se fijan

²⁸² Malicki, Anahí, *De las personas jurídicas*, en Bueres, A. J. y Highton, E. I., *op. cit.*, p. 212.

²⁸³ *Habeo, habere*, que se traduce como tener, exhibir, tomar, más la palabra *data*, acusativo neutro plural de *datum*, -i o del inglés, información; Basterra, Marcela, I., *Protección de datos personales*, Ediar, Buenos Aires 2008, p. 25.

²⁸⁴ Directive 95/46/EC del Consejo y Parlamento Europeo, del 24 de octubre de 1995.

²⁸⁵ Cfr. Vogl, Roland, *The EU-US Privacy controversy: A question of law or governance?*, Stanford Program in International Legal Studies, Stanford Law School, Stanford University 2000, p. 3 y 4.

restricciones para el Estado pero que considera que es el mercado y no la ley quien debe establecer los estándares para la privacidad informativa.

En la Argentina, la reforma constitucional de 1994 incorporó el art. 43 que establece:

*toda persona podrá imponer esta acción [de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*²⁸⁶

Por su parte, la Ley 25.326 de Protección de datos personales en su art. 1 establece que

*la presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor, y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el art. 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.*²⁸⁷

Marcela Basterra²⁸⁸ hace notar que la ley argentina sigue el criterio de la ley española de 1992, ya derogada, limitando erróneamente la garantía a la protección del derecho al honor y a la intimidad. En la visión de esta autora, el *hábeas data* protege una amplia gama de derechos y no se agota a lo establecido en la norma.

Según Germán Bidart Campos este derecho consiste en la facultad de poder conocer los propios datos obrantes en registros o bancos de datos.²⁸⁹ Su finalidad es proteger la autodeterminación informática.

²⁸⁶ Constitución de la Nación Argentina, art. 43.

²⁸⁷ Ley 25.326 publicada en el B.O. el 2/11/2000.

²⁸⁸ Basterra, Marcela, *Aspectos procesales y sustanciales del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL 2005-B, p. 36.

²⁸⁹ Bidart Campos, Germán, J. *¿Hábeas data, o qué? ¿Derecho a la verdad, o qué?*, LL 1999-A, p. 212.

Jorge Vanossi, por su parte, considera que el *hábeas data* apunta a la protección de la identidad informativa de la persona y a la del derecho a su perfil y a su imagen.²⁹⁰

Teodora Zamudio hace un aporte sumamente relevante al aclarar que “*la información genética se presenta, en principio, como una información de tipo personal y participa del campo de la vida privada de la persona*” pero que “*cuando efectivamente pierda su capacidad de identificar a la persona humana, (...) es, en principio, no sólo disponible sino, apropiable.*”²⁹¹ Agrega la misma autora que la UNESCO lo ha declarado patrimonio común de la humanidad -al modo de una *res communis* (como el agua de los océanos, el aire, etc.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación amplió el alcance de este derecho en el caso Urteaga, sosteniendo que el derecho de acceso al dato se relaciona con el derecho de acceso a la verdad.²⁹²

La garantía del *hábeas data* no debe confundirse con el derecho al acceso a la información pública (derecho colectivo de acceso a la información estatal, derivado del principio administrativo de transparencia de la administración y de publicidad de los actos de gobierno).

En definitiva, el alcance del *hábeas data* es muy amplio y resta aun mayor debate para definir su contenido. Por lo pronto, es una acción que no requiere en principio que exista arbitrariedad manifiesta,²⁹³ que protege la intimidad de los datos, la autodeterminación informativa y la propia imagen.

²⁹⁰ Vanossi, Jorge, *El hábeas data: no puede ni debe contraponerse*, en Basterra, M. I., *Protección de datos personales*, Ediar, Buenos Aires 2008, p. 39.

²⁹¹ Zamudio, Teodora, *Los conceptos de persona y propiedad: la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas*, en <http://www.biotech.bioetica.org/doctrina.htm>, 2/6/2009.

²⁹² Este fallo se analiza más detalladamente en el capítulo respectivo.

²⁹³ CNACont. y Adm. Fed. *Gaziglia, Carlos Raimundo y otro c/ B.C.R.A. y otros s/ amparo*, de 1995. Fallos 328: 797. Por lo tanto, diferente a la acción de amparo que “*procede justamente contra toda omisión de autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías protegidos.*”; cfr., Basterra, M. I., *op. cit.*, p. 73.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática del Derecho a la Intimidad y el Derecho a la disposición del propio cuerpo (1972-2008).

El primer fallo en que la Corte trata sobre la temática *Derecho a la Intimidad* y el Derecho a la disposición del propio cuerpo es *Muller, Jorge s/denuncia*²⁹⁴ del año 1990. Es un caso en que se dispuso practicar compulsivamente una prueba hematológica sobre un menor no imputado en un proceso. La Cámara confirma el fallo de Primera Instancia pero la Corte revoca la sentencia por considerar que el interés de la sociedad en la investigación de un caso cede cuando se afecta el *Derecho a la Intimidad* del menor al cual, compulsivamente, se le extrae sangre en una causa en la que no se le imputa acto alguno. En última instancia lo que se considera aquí es el alcance de los poderes de coacción de los tribunales para intervenir en el cuerpo de una persona imputada o de terceros en el curso de una investigación judicial.

La Corte consideró que se violan los postulados de los art. 18 y 19 de la Constitución Nacional: *“afecta la integridad física del menor la orden del juez de realizar la prueba hematológica, sin que existiera algún interés público lo suficientemente relevante que justificara dicha intrusión”*.²⁹⁵

²⁹⁴ Fallos: 313:1113

²⁹⁵ Un estudio de la jurisprudencia norteamericana y alemana referenciado por Ricardo Alberto Grisetti, llega a las siguientes conclusiones: “a) No hay una inmunidad constitucional general para ser sometido a proceso o para ser compelido a colaborar en él, y del mismo modo tampoco puede haber una inmunidad general contra la intervención sobre el cuerpo de imputados y de terceros con fines de investigación de los delitos. b) La intervención sobre el cuerpo del imputado o de terceros, realizada sin su consentimiento, por implicar una severa restricción a su libertad personal, debe ser fundada y sometida a control suficiente. c) La garantía contra la autoincriminación no puede constituir un obstáculo a la práctica de esas diligencias, en la medida en que éstas tomen a la persona como objeto pasivo de la inspección. d) El interés en la averiguación de la verdad no autoriza a una intervención corporal de cualquier intensidad. Quedan excluidas las que afectan de modo irreversible la integridad corporal o las que importan un grave peligro a la salud, y las que, sin esos alcances por su modo de ejecución, resultan incompatibles con la dignidad humana. Aún en el caso en que no se llegue a tal clase de afectaciones, el principio de proporcionalidad exige que las inspecciones o intervenciones se realicen sólo y en la medida necesaria al objeto de investigación. Por tal razón, son inadmisibles las “expediciones de pesca” o las inspecciones “para ver si aparece algo de utilidad”. e) La inspección se justifica sólo en la medida en que existan fundamentos para sospechar que su resultado puede ser de utilidad para la prueba del hecho objeto del proceso; se excluyen las intervenciones que nada tienen que ver con su objeto. f) El control judicial de razonabilidad es el único que permite garantizar que permite garantizar que no se harán “expediciones de pesca” o medidas ajenas al objeto del proceso.” Negativa a extracción de sangre. Un fallo que asume la cuestión en su justo medio. Ni “tolerancia cero” ni “hipergarantismo”. Aproximaciones desde el aporte de la teoría del conocimiento, Eldial.com Biblioteca Jurídica on line, www.eldial.com/suplementos/ajusticia, 20/06/09.

En disidencia se opinó que entre las garantías implícitas del art. 33 CN²⁹⁶ debe incluirse el derecho de toda persona a conocer su identidad de origen: “*los derechos de los padres adoptantes hallan siempre un límite cuando el interés del menor aparece afectado*”.

A pesar de que se mencione el *Derecho a la Intimidad*, parece más bien que la Corte se refiere al Derecho a la Integridad física del menor y a partes de su cuerpo (la sangre) y hasta de los datos que se pueden obtener de esa muestra. El tratamiento que se le da denota una preeminencia del personalísimo Derecho a la Integridad sobre el también personalísimo Derecho a la Identidad.²⁹⁷

*Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*²⁹⁸ del año 1993 se tornó en un fallo paradigmático. En el caso se ordenó la transfusión de sangre a una persona practicante de la religión Testigo de Jehová. La Cámara confirmó el fallo de Primera Instancia sobre el fundamento de que la postura del paciente significaba un suicidio lentificado y que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma. La Corte rechazó el Recurso Extraordinario Federal.

En disidencia se opinó que la Corte debía expedirse sobre el fondo del asunto, a pesar de haberse constituido la causa en abstracto (paciente dado de alta) y sostuvo que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros. Una vez más, utilizando el criterio amplio de *Derecho a la Intimidad* y confundiéndolo con el de Integridad Corporal consideró que éste

comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas

²⁹⁶ Art. 33: *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.*

²⁹⁷ En 1996, Abuelas de Plaza de Mayo presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra la República Argentina por incumplimiento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La denuncia derivó en una recomendación de la Comisión de alcanzar un arreglo.

²⁹⁸ *Fallos*: 316:479.

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.

Sin embargo, en contra de lo dispuesto en *Muller, J. A. s/querrela por retención y ocultamiento de menor*²⁹⁹ y en *H. G. y otro s/apelación de medida probatoria - causa n° 197/90*³⁰⁰ ambos del año 1995 y en *Guarino, Mirta Liliana s/querrela*³⁰¹ del año 1996 la Corte sostuvo que debe rechazarse el agravio referente al derecho de disponer del propio cuerpo cuando se niega la realización de pruebas hematológicas de un menor objeto de una investigación criminal. Sostuvo que *“la extracción de sangre a un menor, dispuesta en una causa criminal, a fin de realizar un estudio médico inmunogenético de histocompatibilidad, no constituye una práctica humillante o degradante.”*

En estos casos, las partes que se oponían a la extracción compulsiva de sangre, y la eventual prueba de identidad son inconstitucionales porque vulneran las cláusulas de incoercibilidad y la que reconoce el ámbito de privacidad (arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional) y contrarias a lo dispuesto por el art. 4° de la Ley Federal 23.511³⁰² que prevé la negativa a este tipo de pruebas. Consideran que la extracción de sangre compulsiva afecta derechos personalísimos e importa cierto grado de violencia sobre el cuerpo e invade la intimidad de las personas. También sostuvieron que el examen compulsivo de sangre constituye una violación de la defensa de las personas y de sus derechos, del debido proceso y de derechos no enumerados en art. 33 de la Constitución Nacional. Complica estos casos el hecho de que la persona menos a la que se debería extraer sangre sería la víctima y sus padres adoptivos los presuntos autores de los delitos que se investigan.

²⁹⁹ Fallos: 318:2481.

³⁰⁰ Fallos: 318:2518.

³⁰¹ Fallos: 319:3370 también llamada *Garfunkel Marcos y otra s/ supresión de estado civil*.

³⁰² “Cuando fuese necesario determinar en juicio la filiación de una persona y la pretensión apareciese verosímil o razonable, se practicará el examen genético que será valorado por el juez teniendo en cuenta las experiencias y enseñanzas científicas en la materia. La negativa a someterse a los exámenes y análisis necesarios constituirá indicio contrario a la posición sustentada por el renuente. Los jueces nacionales, requerirán ese examen al BNDG admitiéndose el control de las partes y la designación de consultores técnicos. El BNDG también evacuará los requerimientos que formulen los jueces provinciales según sus propias leyes procesales.”; cfr., Ley 23.511, art. 4, en <http://www.dpi.bioetica.org/ar> 21/06/2009.

La Corte entendió que debía rechazarse el agravio referente al derecho a disponer del propio cuerpo, “*en relación con la zona de reserva e intimidad del individuo, toda vez que la negativa a la extracción de sangre no se dirige al respecto de aquél (vid. Causa B.605.XXII., "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar") sino a obstaculizar una investigación criminal en la que ellos resultan imputados y la menor víctima, es decir, afecta los derechos de terceros (art. 19 de la Constitución Nacional, a contrario sensu).*”

Y agrega:

por no constituir una práctica humillante o degradante, la intromisión en el cuerpo que la medida dispuesta importa, se encuentra justificada por la propia ley (arts. 178, 207 y 322 del Código de Procedimientos en Materia Penal), pues en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia.

La Corte consideró prioritario el Derecho a la Identidad de los menores por considerar que tiene jerarquía constitucional en los arts. 33 y 75, incs. 22 y 23 de la Ley Fundamental en correlación con la *Convención sobre los Derechos del Niño*, que ha definido que “*el niño (...) tendrá derecho desde que nace (...) en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.*”³⁰³

Estos casos resultan de fundamental importancia por cuanto establecen claramente la jerarquía constitucional del Derecho a la Identidad de los menores y por lo tanto como anterior al *Derecho a la Intimidad*.

En el caso *BRE c/Policía Federal Argentina s/amparo*³⁰⁴ de 1996 la Corte hizo lugar al amparo y dejó sin efecto el retiro obligatorio de un agente de policía sometido a análisis de sangre al que se lo sometía para comprobar si estaba afectado por HIV. Una vez más,

³⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, art. 7; cfr., <http://www2.ohchr.org/spanish/law>, 21/06/2009.

³⁰⁴ Fallos: 319:3040.

fundando su opinión en el art. 19 CN, consideró que dicho artículo fija claramente los límites del Estado frente a la autonomía individual, reconociendo una esfera sólo reservada a la intimidad, en la que aquél no debe intervenir.

Consideró que, si bien ser agente de policía supone el sometimiento voluntario a las normas que regulan la institución (entre las cuales se encuentra que la Policía Federal acceda a la privacidad del agente en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes) toda restricción al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del virus HIV no afecten las aptitudes laborales -o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente- ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar.

Aquí, aunque pareciera que está involucrado el *Derecho a la Intimidad* y el Derecho a la Integridad Corporal, la Corte funda su opinión en el Derecho a no ser discriminado.

Resulta especialmente interesante el cambio de perspectiva que tiene la Corte al tratarse la extracción de sangre de una persona mayor. En *Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación*³⁰⁵ del año 2003 confirmó fallo de Primera Instancia y revocó la sentencia de Cámara por considerar que

forzar a la extracción de sangre que podría incriminar a quienes manifiesta sentir como sus padres, resultaría violatorio de respetables sentimientos y consecuentemente del Derecho a la Intimidad.

El Estado no puede obligar a un mayor de edad y capaz que no quiere conocer su verdadera identidad a investigarla ni a promover acciones judiciales destinada a establecerlas si no guarda relación directa con la finalidad de comprobar y juzgar el delito que se investiga.

Asimismo, en *Noble Herrera, Marcela y Noble Herrera, Felipe s/recurso de casación* de 2007 hace lugar a la solicitud de los actores en el recurso de Casación ya que los mismos no querían conocer su identidad biológica y lo contrario significaba un avasallamiento a su *Derecho a la Intimidad*. Si bien cuestiones procesales complicaron el tratamiento de la

³⁰⁵ Fallos:326:3758.

cuestión de fondo, la CSJN revocó la decisión de la Cámara e hizo lugar al Recurso Extraordinario y revocó la sentencia.³⁰⁶

Finalmente, en *Franco, Julio César c/ Diario "La Mañana" y/u otros s/daños y perjuicios*³⁰⁷ de 2007 consideró que la publicación de la fotografía del cadáver del padre del actor, obtenida de manera furtiva sin autorización, lesionó el *Derecho a la Intimidad* del actor.

La prensa no puede invocar que es de interés público conocer el estado físico del cuerpo del fallecido ya que esto pertenece al ámbito de intimidad personal y familiar.

Pero resulta muy importante la disidencia planteada en cuanto que sostiene que

Es imposible el ejercicio de la prensa sin afectar sentimientos de las personas relacionadas con el mensaje. No se puede exigir autorización de cualquier imagen máxime cuando su obtención fue de manera lícita.

El análisis de estos fallos permite afirmar que la Corte va elaborando sobre la marcha su propia teoría sobre los Derechos personalísimos reclamados cada vez con más fuerza en la sociedad contemporánea. También se advierte que resulta difícil diferenciarlos y muchas veces se tratan por igual el *Derecho a la Intimidad*, el Derecho a la Identidad o el Derecho a la Integridad; el Derecho a la Información, el Derecho a la verdad o el Derecho a no ser discriminado.

Sin embargo, se advierte y se sostiene una noción claramente normativa del Derecho. De acuerdo con ella, los jueces de la Corte entienden que existe cierto estándar jurídico respecto de estos Derechos personalísimos que el sistema jurídico debe reconocer y hacer efectivo en sus decisiones. Este estándar se refiere no sólo a lo que el sistema efectivamente reconoce sino también a lo que debe reconocer. Así se explica el dinamismo que existe respecto de estos Derechos cuyo contenido no está aun definido, pero en el que se advierte un interés muy fuerte por precisar e instrumentar. En cada fallo se advierte el esfuerzo de los

³⁰⁶ Este caso se analiza más detalladamente en el capítulo siguiente.

³⁰⁷ Fallos: 330:4615.

jueces por desarrollar sus razonamientos prácticos, por encima de sus estándares epistemológicos.

Estas consideraciones se retomarán luego del análisis de los fallos relacionados con el Derecho a la Información.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática *Derecho a la Intimidación* y el Derecho a la Información (1972-2008).

En el caso *DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/medidas cautelares*³⁰⁸ del año 1996, el CPACF interpuso una medida cautelar contra el requerimiento de la DGI de reunir los datos de los profesionales que actuaban en forma autónoma con el fin de controlar los aportes previsionales. El juez de Primera Instancia ordenó al CPACF que remitiera a la DGI los datos solicitados bajo apercibimiento de secuestro. La Cámara confirmó esta medida.

La Corte consideró que no se afecta el *Derecho a la Intimidación* de los profesionales cuando la DGI, para ejercer su actividad de contralor de aportes previsionales, solicita la información que consta en los archivos del Colegio Profesional. En sentencia unánime consideró que “*la divulgación de los datos por DGI no puede significar un peligro real o potencial para la intimidación de los abogados matriculados. El Derecho a la Intimidación actúa contra toda injerencia o intromisión, arbitraria o abusiva en la vida privada de los afectados.*”

Este fallo resulta sumamente esclarecedor ya que da luz sobre el particular de la intromisión arbitraria o abusiva. El *Derecho a la Intimidación* no puede aspirar a ser considerado como absoluto. Queda claro en este fallo que el peligro que acecha a la intimidad es el *afán de espectáculo*. Otros tipos de intromisión como el que se produce en cumplimiento de deberes específicos de las agencias especiales del Estado en la investigación criminal o en el legítimo interés de información de la sociedad no constituyen típicamente el ámbito de intimidad. Del

³⁰⁸ Fallos: 319:71.

mismo modo, esos datos, que al identificar una persona son necesarios para el cumplimiento de esos deberes, forman parte del patrimonio de la sociedad.

Al poder ser considerados patrimonio, o como se dijo antes, “*propiedad de todos*”, el análisis de estos fallos permite advertir claramente por qué su tratamiento admite que se los considere de “*naturaleza controvertida*”. Su relación con la persona, con sus Derechos subjetivos, la intrínseca y estructural dificultad para distinguir el *Derecho a la Intimidad* y el *Derecho a la Información* explican esta consideración.

En *Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación de la libertad, etc.*³⁰⁹ del año 1998 en el que se trata el pedido de un familiar de una persona desaparecida de acceder a los datos que posee el Estado sobre el tema, el juez de Primera Instancia denegó las medidas solicitadas por la actora y la Cámara confirmó la sentencia al igual que la Corte, por considerar que “*la realización de las medidas requeridas implicaría la reapertura del proceso y el consecuente ejercicio de actividad jurisdiccional contra quienes han sido sobreseídos definitivamente.*”

Sin embargo, resulta interesante la opinión en disidencia que sostiene que “*el art. 19 de la Constitución Nacional protege el ámbito de autonomía individual constituido por sentimientos y relaciones familiares; buscando el conocimiento de la verdad acerca de la desaparición, en la época militar, de un pariente.*” Y que

el art. 43 CN establece un recurso para que el titular pueda conocer y controlar los datos referidos a su persona que figuren en los registros públicos o privados. En este sentido, el conocimiento de los datos es un presupuesto indispensable para controlar su veracidad e impedir su utilización con fines discriminatorios.

Esta opinión presenta en disidencia lo señalado, identificando el *Derecho a la Información* como “*Derecho a la Verdad*”, como será sostenido más claramente en el caso *Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FF. AA. s/amparo ley 16.986*³¹⁰ del mismo año 1998.

³⁰⁹ Fallos: 321:2031.

³¹⁰ Fallos: 321:2767.

En efecto, en el caso *Urteaga* el actor presenta demanda para acceder a los datos que sobre el paradero de un familiar desaparecido durante la dictadura figuren en archivos estatales, fundando su petición en el art. 43 de la Constitución Nacional. El juez de Primera Instancia rechazó la acción de *hábeas data* debido a falta de legitimación activa del actor en tanto los datos que pretendía recabar no estaban referidos a su persona. La Cámara confirmó el fallo de Primera Instancia.

La Corte, en cambio, consideró que el instituto del *hábeas data* protege una dimensión del *Derecho a la Intimidad*. Fundó su fallo por considerar que el art. 43 de la Constitución Nacional “*permite ejercer un control sobre los datos de las personas lo que va en concordancia con el deber del Estado de dar información.*” En sentencia unánime consideró que una persona tiene derecho de acceso a la información que de ella o de su grupo familiar se tenga en un registro de banco de datos y que “*es la obligación del Estado producir información objetiva sobre los datos que posea en sus bancos.*” Para la Corte, el desconocimiento de la verdad acerca de las circunstancias de la desaparición de un familiar afecta su derecho a la identidad y a la intimidad.

Como se ve, la Corte mantiene su línea argumental de no dar una definición delimitada de los derechos personalísimos, considerándolos en general, como Intimidad, Identidad, Información, etcétera.

En otro caso similar, *Santucho, Ana Cristina c/Estado Nacional y otros s/hábeas data*³¹¹ la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de la Capital entendió que el pedido de acceso a información resultaba competencia originaria de la Corte Suprema por hallarse involucrada una provincia.

La Corte resolvió sobre la procedencia de su competencia originaria y no sobre el fondo de la causa, dando lugar a la acción de *hábeas data*, impugnando la competencia del juez de Primera Instancia y revocando la sentencia.

Resulta interesante destacar, como señala Pablo Palazzi citando a Zavala de González, que en el caso se plateó la supervivencia de la intimidad del muerto de quien se solicitaban datos que “*en virtud de la estrechez de los lazos familiares, la invasión en lo que constituye la*

³¹¹ *Fallos*: 322:2023.

memoria del fallecido afecte la intimidad de sus parientes; pero en tal supuesto son éstos y no aquél, los titulares del bien jurídico correspondiente y directamente ofendido por el hecho.”³¹²

El mismo autor destaca que el derecho a la “*intimidad familiar*” fue reconocido por tribunales franceses en un caso referido al ex presidente François Mitterrand y por la jurisprudencia brasileña. Por lo que parece resultar que en caso de “*intimidad familiar*” procede también la acción de *hábeas data*.

En *Ganora, Mario Fernando y otra s/hábeas corpus*³¹³ del año 1999 el actor interpuso acción de *hábeas corpus* y *hábeas data* para conocer qué autoridad dispuso tareas de inteligencia respecto de los actores. El juez de Primera Instancia no hizo lugar al *hábeas corpus* porque no existiría una amenaza de la libertad ambulatoria dado que nadie habría intentado detener a los accionantes. Asimismo rechazó el *hábeas data* debido a que la información que se pedía debía ser pública o al alcance de los particulares. Consideró que la obrante en las fuerzas de seguridad no reviste tal carácter por obvias razones de seguridad pública. La Cámara confirmó el fallo.

La Corte, en cambio, lo revocó. Consideró que la obtención de información sobre datos personales obrantes en organismos y fuerzas de seguridad se encuentra protegida por el art. 43 de la Constitución Nacional:

Si el suministro de esa información pudiese afectar la seguridad, la defensa nacional, las relaciones exteriores o una investigación criminal deberá resolverse invocando a la institución respectiva. El hábeas data constituye una dimensión del Derecho a la Intimidad. Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento; y sólo por ley podrá justificarse dicha intromisión.

La sentencia fue unánime.

³¹² Palazzi, Pablo Andrés, *El hábeas data y la protección de datos en el Derecho Argentino*, <http://www.eldial.com.ar/doctri/notas>, 6/06/09.

³¹³ Fallos: 322:2139.

En *González, Juan Carlos c/BCRA y otros*³¹⁴ del año 2001 se produce un conflicto de competencia negativo entre la Cámara Civil y el juez en lo Contencioso Administrativo.

El juez federal que intervino en la causa se declaró incompetente ya que se cuestionaba el poder de policía del Banco Central de la República Argentina. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, confirmó la sentencia del juez por considerar que el caso trata de actividades típicamente administrativas.

El Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 10 también se declaró incompetente por considerar que era un asunto estrictamente de Derecho Privado y solicitó la remisión de la causa a la Corte Suprema de la Nación para que resolviera la cuestión de competencia.

La Corte consideró competente a la justicia contenciosa administrativa,

aunque el Derecho a la Intimidación y a la igualdad son una causa claramente civil, la recopilación de datos por parte de organismos públicos son actos administrativos y corresponde a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal entender en casos en donde se solicita información a las entidades financieras y bancarias si por falsedad o error se afecta el Derecho a la Intimidación y honor porque es evidente el poder de policía que ejerce el Banco Central sobre entidades bancarias y financieras.

La sentencia fue unánime.

Resulta interesante también el caso *Galeano, Vicente Omar c/Santiago del Estero*³¹⁵ del año 2004 ya que aclara otras cuestiones de competencia. Aquí se trata de la recopilación de datos por parte del Departamento de Investigaciones de la Policía de la Provincia de Santiago del Estero. El juez de Primera Instancia se declara incompetente por considerar competente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, ésta consideró que no es materia de competencia originaria y que corresponde a la jurisdicción provincial, por tratarse de datos recopilados por la provincia. Sostuvo que “*la ley Federal de hábeas data se refiere a datos recopilados en archivos nacionales, interjurisdiccionales o internacionales*”.

³¹⁴ Fallos: 324: 2592.

³¹⁵ Fallos: 327: 4846.

Estos fallos tratan principalmente cuestiones procesales, por lo que no resultan tan interesantes al momento de establecer el alcance del tratamiento del *Derecho a la Intimidad* y a la Información.

La avocación que solicitan en el año 2004 los doctores Leopoldo Héctor Schiffrin y Román Julio Frondizi, jueces de la Cámara Federal de Apelaciones³¹⁶ para que intervenga la Corte dejando sin efecto los puntos I y II de la resolución n° 107/04, dictada por la Cámara en el sumario administrativo 359/03, se expone una situación de inusitada gravedad institucional en el ámbito de la Justicia Federal platense, en las que se investigan graves irregularidades con motivo de amparos tramitados por aplicación del denominado “*corralito financiero*”.

La Cámara anuló el entrecruzamiento de llamadas pero la Corte revocó la decisión de la Cámara. La Corte aquí ratificó su criterio de que los funcionarios gozan de un menor grado de protección del ámbito de intimidad, obligados por el ejercicio voluntario de la función:

Por ello, el grado de protección de que goza el común de los habitantes del país, en cuanto a la privacidad de las comunicaciones, no puede trasladarse automáticamente a las que efectúan funcionarios y empleados en el ámbito de su desempeño administrativo cuando existen indicios previos de posibles abusos, cuya corroboración razonablemente requiera el examen de los registros de llamadas efectuadas o recibidas por los funcionarios y empleados sobre los que ya recaen serias sospechas.

En este caso la Corte establece que el *Derecho a la Intimidad* de las comunicaciones telefónicas de funcionarios y empleados de la función pública cede ante indicios de posibles abusos y en decisión mayoritaria considera que el *Derecho a la Intimidad* y la garantía consecuente contra su lesión actúa contra toda injerencia o intromisión “*arbitraria o abusiva*”.

En el caso *Martínez, Matilde Susana c/Organización Veraz*³¹⁷ del año 2005 la Corte aborda dos temas clave para el tratamiento del *hábeas data*: 1) sobre si es necesario para su procedencia la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y 2) sobre qué debe

³¹⁶ Fallos: 327: 5279.

³¹⁷ Fallos 328:797.

entenderse por datos exactos y actualizados y qué implica que los datos sean parcialmente inexactos.³¹⁸

El juez de Primera Instancia no hizo lugar a la acción de *hábeas data* porque los datos eran parcialmente inexactos y ello no acredita el requisito de “*manifiestamente arbitraria*”. La Cámara confirmó el fallo pero la Corte lo revocó. Con los votos de la mayoría consideró que el art. 43 de la Constitución Nacional debe interpretarse conforme a los términos de la ley reglamentaria. Al respecto, la Ley 25.326 en su art. 33 establece que procede la acción toda vez que los datos personales registrados sean incompletos o inexactos. Respecto del otro tema, consideró que “*no basta con decir una parte de la verdad y con proceder a registrarla para quedar exento de responsabilidad, si la información, por ser falsa o incompleta, afecta la intimidad, privacidad o reputación de terceros*”.

En *Di Nunzio, Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros s/hábeas data*³¹⁹ del año 2006 se plantea nuevamente un caso de *hábeas data* por información incompleta. El juez de Primera Instancia condenó a los demandados a incorporar en sus bases de datos determinada información de naturaleza administrativa y judicial. La Cámara revocó el fallo y no hizo lugar a la acción de *hábeas data*.

La Corte, a su vez, revocó la sentencia de la Cámara. Consideró que la acción de *hábeas data* protege la integridad de la información y que la novedad y complejidad de lo controvertido requiere que se proteja a la parte actora pero también a la persona jurídica cuando los datos que le pertenecen circulan sin su control.

En *Barcat, Aldo c/Registro Nacional de Reincidencia dep. del Ministerio de Justicia y Seguridad y Derechos Humanos s/Acción de Amparo- hábeas data*³²⁰ del año 2007 se produce un conflicto negativo de competencia.

La Corte, en sentencia unánime, dirimió el conflicto de competencia considerando que corresponde atender en el asunto a la justicia federal en lo Contencioso Administrativo. Al efecto sostuvo que “*transcurridos 3 años sin que la demanda tenga radicación definitiva, y*

³¹⁸ Basterra, M., *Aspectos ...*, op. cit., p. 741.

³¹⁹ Fallos: 329:5239.

³²⁰ Fallos: 330:24.

tratándose de un derecho fundamental como es el honor, la intimidad y la protección de datos personales, corresponde prescindir de reparos procedimentales”.

En el caso de *Organización Veraz S.A. c/E.N.-PEN s/Amparo*³²¹ del año 2007 la actora solicita que se declare la inconstitucionalidad del art. 53 de la Ley 25.065 en cuanto prohíbe a las entidades emisoras de tarjetas de crédito informar a las bases de datos de antecedentes financieros de personas en situación de incumplimiento. El tribunal de Primera Instancia rechazó la demanda y la Cámara confirmó su sentencia. En efecto, sostuvo que *“el derecho constitucional de trabajar y ejercer industria lícita no se halla exento de determinadas regulaciones como la del art. 53, el cual supone un razonable ejercicio del poder de policía en salvaguarda de intereses de orden general que involucran los derechos de los usuarios y de los eventuales destinatarios de la información.”*

La Corte por su parte también confirmó el fallo de Cámara agregando que

la libertad de informar no es absoluta, y no se aplica a todo tipo de información. La ley en cuestión tiene la obvia finalidad de preservar la exactitud de los datos registrados, en beneficio de sus titulares y de la seriedad de la información que se pone a disposición del público. Del mismo modo, obedece a la necesaria protección del usuario de las tarjetas de crédito que, de lo contrario esto es, sin la centralización de la fuente de registro podría verse materialmente imposibilitado de ejercer cualquiera de los mecanismos de control sobre sus datos autorizados por el art. 43 de la Constitución Nacional.

La sentencia tuvo el voto de la mayoría y la minoría consideró que la cuestión devino abstracta.

En *Noble Herrera, Marcela y Noble Herrera, Felipe s/recurso de casación*³²² del año 2007 la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal. En Primera Instancia el juez ordenó la realización compulsiva de exámenes de ADN a los hijos adoptivos de Ernestina Herrera de Noble para verificar si eran o no hijos de personas

³²¹ Fallos: 330:304.

³²² N. 305 XLI.

desaparecidas durante la dictadura militar argentina de la década de 1970. Marcela y Felipe Noble habían aceptado realizarse el examen con la condición de que sólo se revelara el mapa genético de modo que se excluyera la relación con los querellantes, lo cual fue aceptado. Sin embargo, con posterioridad, la Cámara revocó la decisión y ordenó que la extracción de sangre y peritación genética se practicara tal como había sido dispuesta originariamente, esto es, completa ante el Banco Nacional de Datos Genéticos y más allá de que los afectados consintiesen o no la medida. Si bien cuestiones procesales complicaron el tratamiento de la cuestión de fondo, la Corte revocó la decisión de la Cámara, hizo lugar al Recurso Extraordinario Federal y revocó la sentencia haciendo lugar a que el examen se realizara como lo solicitaban los actores.

El análisis comparativo del tratamiento dado al *Derecho a la Intimidad* y al Derecho a la Información en estos casos permite sostener que la Corte aquí tiene menos dificultades en identificar el *Derecho a la Intimidad* como el derecho a excluir del ámbito público aspectos y sobre todo información que la persona desea mantener privada y ordena el Derecho a la Información y su acción, el *hábeas data*, para su protección.

Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la que se trata la temática *Derecho a la Intimidad* y el Derecho a la disposición del propio cuerpo (1972-2008).

La inclusión metodológica de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se justifica en la consideración de que el proceso de validación de los derechos se da en particular a través de las sentencias judiciales. En particular a través de aquellas que tienen mayor influencia en la comunidad jurídica. No requiere mayor argumentación sostener que la Corte norteamericana es una agente privilegiado de este proceso.

El primer caso sobre esta temática en este período es el famoso y ampliamente comentado caso *Roe et al. vs. Wade*³²³, en el que el Procurador del Condado de Dallas apeló la decisión de la Corte de Apelaciones del Distrito Norte de Texas.

La actora, una mujer soltera embarazada, Jane Roe, presentó una acción de clase solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la legislación del Estado de Texas que proscribía la tentativa y la realización de abortos, excepto en casos de recomendación médica con el propósito de salvar la vida de la madre, por considerar que violaba su *Derecho a la Intimidad* garantizado en la Primera³²⁴, Cuarta³²⁵, Quinta³²⁶, Novena³²⁷ y Décimo cuarta³²⁸ Enmienda de la Constitución.

También se permitió la intervención de un médico llamado Hallford, con dos causas en su contra por la realización de abortos, quien sostenía que, como médico, muchas veces no estaba en condiciones de saber si sus pacientes estaban o no en las circunstancias requeridas por la ley de Texas, y por lo tanto cuestionaba la ley por ser vaga e incierta en violación de la Décimo cuarta Enmienda.

Finalmente, una pareja sin hijos, de apellido Doe también se presentó atacando la legislación, por considerarse agraviada ante la posibilidad futura de una contracepción fallida, embarazo, falta de preparación para la paternidad y peligrosidad para la madre. Una Corte de Distrito de tres miembros consolidó las acciones y sostuvo que Roe y Hallford y todos los miembros de su clase tenían legitimación para demandar y declaró que las leyes del Estado sobre aborto eran vagas y violaban en general los derechos de los actores garantizados por las Enmiendas Novena y Décimo cuarta de la Constitución de los Estados Unidos. También

³²³ 410 US 113.

³²⁴ Expresamente establece que está prohibido al Congreso dictar leyes estableciendo una religión, limitar libremente un culto, limitar la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de asociación y el derecho de petición a las autoridades.

³²⁵ Protege la seguridad de las personas, sus casas, sus papeles y efectos personales de detenciones, búsquedas, cacheos y registros arbitrarios.

³²⁶ Establece el juicio por jurados, la prohibición de ser juzgado dos veces por la misma causa y declarar contra uno mismo. Garantiza el derecho de todos a no ser privado de su vida, su libertad y su propiedad sin un debido proceso y establece que no se puede privar a un ciudadano de su propiedad sin una justa compensación.

³²⁷ Establece que la lista de derechos individuales establecidos en la Constitución y en la Lista de Derechos no es comprehensiva y que los otros derechos no específicamente mencionados son retenidos por el pueblo.

³²⁸ Define el concepto de ciudadanía, prohíbe a los Estados recortar los privilegios e inmunidades de los ciudadanos, el derecho al debido proceso y la igualdad ante la ley.

sostuvo que el planteo de los Doe no era judicial. La Corte de Apelación confirmó esta sentencia en lo principal.

La Corte consideró claras las tensiones presentes en el caso, en las que se veían involucradas convicciones subjetivas, creencias religiosas, arraigados valores personales y familiares. Asimismo, entendió que su deber era fallar de acuerdo con la medida constitucional, libre de emociones y predilecciones. Por diferentes consideraciones desestimó las apelaciones del médico y de los Doe pero sí trató el caso de Roe.

La Corte hizo una larga consideración de antecedentes históricos y filosóficos sobre el aborto, alegando que la temática había sido tratada de diferentes modos. También manifestó que en la tradición del *common law* no se llega a una posición determinante.³²⁹ Al analizar la legislación de los Estados Unidos advierte que en tiempos más remotos la mujer tenía más posibilidades de terminar su embarazo que las que contemporáneas al fallo.

La Corte consideró, en la voz del juez Blackmun, que si bien la Constitución no menciona explícitamente el *Derecho a la Intimidad*, su jurisprudencia lo ha reconocido aunque no como un derecho absoluto. Encuentra, por lo menos la raíz del Derecho para ciertas áreas de intimidad en el concepto de libertad garantizado en la Décimo cuarta Enmienda. Estas áreas incluyen actividades relacionadas con el matrimonio, la procreación, contracepción y la crianza y educación de los hijos.³³⁰ Consideró, además, que la decisión de abortar puede ser protegida en términos del *Derecho a la Intimidad*, integrado en la Novena enmienda, que es suficientemente amplia. Del mismo modo entendió que este derecho no es absoluto y puede ser limitado en atención a otros bienes también protegidos, como por ejemplo, el interés del Estado por regularlo en consideración de cuestiones de salud, normas médicas, etcétera. Aclaró la Corte que no puede ser considerado como un derecho ilimitado a disponer del propio cuerpo. También hizo una consideración fundamental y terminante: “*la palabra persona utilizada en la décimo cuarta Enmienda no incluye al no nacido.*” Sin embargo, “*el hecho de que lleve un embrión, y luego un feto y que esté desarrollando un joven humano cambia sustancialmente la consideración de su intimidad poniéndola en una*

³²⁹ Sostiene que para el caso del aborto de un feto que ya se mueve Coke lo consideraba como una gran ofensa, pero no un asesinato y que Blackstone lo consideraba homicidio pero no asesinato.

³³⁰ 410 US 113, cons. VIII.

posición completamente distinta a la de la intimidad marital, la de procreación y hasta la de educación.” La expectativa de una persona por nacer hace que sea razonable y apropiada la intervención del Estado y determina que la mujer no esté ya sola sino que su privacidad deba ser considerada en concordancia. Por último considera que está exceptuada de establecer el momento del comienzo de la vida, cuando ni los médicos ni los filósofos han sido capaces de establecerlo de modo concluyente.

En definitiva, dispone que la decisión sobre la realización de un aborto es fundamentalmente una decisión médica y que la responsabilidad debe recaer en el médico. Por lo que, aunque considera que el Estado tiene derecho a establecer restricciones a la realización de abortos a medida que el embarazo avanza, estas restricciones deben describirse con precisión para establecer los intereses del Estado y establece el derecho del médico a administrar el tratamiento de acuerdo con su criterio profesional. En definitiva, declara inconstitucional la legislación sobre abortos del Estado de Texas.

Otro caso sobre aborto llamó la atención de la Corte Suprema. En el caso *H. L. vs. Matheson*³³¹, del año 1981, sobre apelación del Gobernador del Estado de Utah. En este caso una menor que quiere abortar plantea la inconstitucionalidad de la norma que dispone que, si es posible, el médico debe notificar a los padres o tutores de una menor sobre la intención de concluir con su embarazo. Este caso se presentó encarnando a la clase de *“menores solteras que sufren un embarazo, quieren terminarlo y no pueden por la insistencia de los médicos en cumplir con el requisito legal.”*

El tribunal de Primera Instancia dispuso que no se lesiona *Derecho de Intimidad* alguno de la menor al cumplir con la norma en debate. La Suprema Corte del Estado de Utah confirmó el fallo, sosteniendo que el Estatuto en cuestión no da derecho a los padres a vetar la decisión de aborto de la menor sino que sirve para proteger a las adolescentes de decisiones inmaduras siendo ellos quienes tienen mejor información física y psíquica de la menor.

La Corte Suprema de los EE. UU. confirmó el fallo, sosteniendo que la notificación a los parientes de la menor que quiere realizarse un aborto es lógica, ya que son ellos quienes tienen información sustancial para tomar la mejor decisión médica al respecto.

³³¹ 450 US 398.

Es interesante considerar que, en disidencia, los jueces Marshall, Brennan y Blackmun opinaron que la notificación de la menor a sus parientes de la decisión de abortar puede ir en contra de sus intereses. Para ellos, la acción de abortar es una decisión personal y el *Derecho a la Intimidad*, como muchos otros derechos constitucionales, se extiende a los menores de edad.

Una década después del caso *Roe vs. Wade* llega a la Corte Suprema el caso *City of Akron vs. Akron Center for Reproductive Health, Inc.*³³²

Una ciudad de Ohio reguló el aborto disponiendo que: 1. todos los abortos posteriores al primer trimestre deben ser efectuados en un hospital; 2. debe mediar notificación y consentimiento de los padres de una menor que desea abortar; 3. el médico debe realizar ciertas especificaciones para obtener un auténtico consentimiento informado; 4. se requiere 24 horas entre la firma del consentimiento informado y el aborto; 5. los restos del feto deben ser dispuesto de manera humana. El tribunal de Primera Instancia declaró la inconstitucionalidad de la norma que requiere el consentimiento de los padres de la menor de edad, del consentimiento informado y la disposición del feto pero mantuvo la obligación de abortar en un hospital luego del tercer trimestre y la de esperar 24 horas. En la apelación se confirmó el fallo de Primera Instancia en lo principal pero se declaró inconstitucional la norma de aguardar 24 horas.

La Corte confirmó la sentencia en lo principal sosteniendo que el derecho de la mujer a abortar es fundamental pero no absoluto y debe ser considerado junto con otras cuestiones, como, por ejemplo, el interés de los Estados por regularlo. Confirma la sentencia pero mantiene la constitucionalidad de la obligación de realizar el aborto, luego del primer trimestre, en un hospital.

En este caso fue muy importante la intervención de la jueza Sandra Day O'Connor, quien junto con Rehnquist votó en disidencia y sostuvo que "*las regulaciones impuestas a la realización de abortos legales no son inconstitucionales, salvo que impongan cargas indebidas a la realización de abortos.*" Al respecto consideró que los requisitos de

³³² 462 US 416.

hospitalización, notificación a los padres, consentimiento informado, las 24 horas de espera y la disposición humana de los restos del feto no eran cargas indebidas.

En estos casos es clara la doctrina de la Corte norteamericana que entiende al *Derecho a la Intimidad* como el Derecho a la autonomía personal, más propia de una concepción de libertad que a “evitar la difusión de lo privado en el ámbito público.” En ese encuadre no tiene dificultad para encontrar fundamentación en las normas de la Constitución ni en las del *common law*.

Resulta interesante el caso *Cruzan, en representación de sus padres, y su marido vs. Director del Missouri Department of Health*³³³ del año 1990. Aquí los familiares de una persona en estado vegetativo causado por un accidente de tránsito solicitan que se termine de nutrirla e hidratarla artificialmente. El tribunal de Primera Instancia autorizó la desconexión al respirador ya que consideró que una persona, en esta condición, tiene un derecho fundamental protegido por la Constitución de elegir continuar o terminar con los procedimientos de mantenimiento artificial de vida (y así lo había expresado a sus familiares en alguna oportunidad). La Corte de Apelación revocó el fallo. Reconoció el derecho a rechazar el tratamiento consagrado en el *common law* pero expresó su escepticismo acerca de la aplicación de esa doctrina en este caso. También expresó dudas sobre si el *Derecho a la Intimidad*, consagrado en la Constitución, abarca el derecho de una persona a negarse a recibir tratamiento médico en cualquier circunstancia.

La Corte Suprema confirmó la sentencia al considerar que no hay ninguna garantía de que la opinión de los familiares sea necesariamente la misma de la que la paciente habría manifestado. Sin tener pruebas claras y convincentes de los deseos de la paciente, el Estado debe optar por preservar la vida.

En disidencia se opinó que la paciente tiene un derecho fundamental de rechazar nutrición e hidratación artificial, el que no puede ser compensado por ningún interés del Estado y que este derecho se está menoscabando por obstáculos de procedimientos indebidamente impuestos por la Corte.

³³³ 497 US 261.

En 1990 la Corte consideró el último caso sobre aborto en el período en estudio: *Hodgon vs. Minnesota*.³³⁴

La ley del Estado de Minnesota sobre aborto establece la obligación de notificar a los dos progenitores en caso de que quien quiera realizarse un aborto sea una menor, salvo que la menor sea sujeto de abusos familiares. Adicionalmente establece un lapso de 48 horas entre la notificación y la intervención médica. También dispone que si un tribunal ordena la ejecución del requisito de notificación en 48 horas, debe hacerse efectiva a menos que un Tribunal de jurisdicción competente ordene el aborto sin notificar, debido a la madurez de la menor, a su capacidad de dar el consentimiento informado o que constituya su mejor interés. El tribunal de Primera Instancia declaró la inconstitucionalidad del estatuto por violar el debido proceso y la protección igualitaria. Además sostuvo que el período de espera de 48 horas impone una carga significativa sobre el derecho del aborto de un menor. En la apelación se revocó el fallo de Primera Instancia, considerando que *“es interés del Estado fomentar la búsqueda de ayuda de una menor y el asesoramiento de sus padres en la toma de esa decisión tan importante que es tener o no un hijo.”*

La Corte confirmó esta sentencia y consideró constitucional el estatuto en cuanto a la notificación del aborto a ambos padres. Sin embargo, sostuvo que el requisito de que el procedimiento se debe invocar cuando la menor y/o uno de sus padres están de acuerdo en que el otro pariente no debe ser notificado, representa una intrusión gubernamental injustificada en el proceso de decisión de la familia: *“cuando los padres están divorciados, la menor y no la Corte es quien se encuentra en mejor posición para determinar si la notificación constituye su mejor interés.”*

En todos estos fallos la Corte mantiene una postura clara en cuanto al Derecho de autonomía personal y la no intervención del Estado en las opciones personales de los ciudadanos. Tal vez por el tipo de casos que la Corte admite por el sistema de *certiorari*, las consideraciones que debe hacer son claras, sin llegar a tratar categorías deferentes de derechos del mismo modo.

³³⁴ 497 US 417.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos que tratan conjuntamente la temática *Derecho a la Intimidad* y el Derecho a la Información. (1972-2008).

El primer caso que trata sobre datos personales que llega a la Corte en el período estudiado es *Whalen, Commissioner of Health of New York vs. Roe*³³⁵ del año 1977. Trata de una ley de la legislatura del Estado de Nueva York del año 1972. Preocupados los legisladores por la desviación de algunas drogas por canales indebidos, establecieron que una copia de las recetas médicas de ciertas drogas, consideradas como más peligrosas, debían archivarse en el Departamento Estatal de Salud. Establecieron que dicha receta debía contener identificación del médico, de la farmacia vendedora, de la droga prescrita, la dosis recomendada y el nombre, edad y dirección del paciente. Todos esos datos debían ser grabados en cintas y procesados digitalmente. Estos registros debían guardarse bajo un sistema seguro por el lapso de 5 años y luego debían ser destruidos. El acceso público a esos registros estaba prohibido y solamente ciertos agentes del Departamento de Salud podían acceder a ellos.

Los actores, un grupo de pacientes que regularmente recibían las drogas incluidas en la legislación, cuestionaron la constitucionalidad de la ley sosteniendo que la relación médico-paciente se encuentra en la zona de intimidad protegida constitucionalmente y que la identificación de los pacientes establecida era “*innecesariamente amplia*.” El tribunal de Primera Instancia consideró que “*la identificación de pacientes es un ejercicio razonable del poder de policía estatal*” pero la Corte de Apelación del Distrito sostuvo que la relación paciente-médico permanece en la esfera de intimidad protegida por la Constitución, invadiendo la identificación del paciente dicha esfera.

La Corte Suprema en este caso consideró que los planteos sobre intimidad generalmente pueden clasificarse involucrando dos tipos de intereses: 1) el interés personal de evitar que se revelen asuntos personales y 2) el interés en la independencia al momento de tomar cierto tipo de decisiones. En este caso, por unanimidad, la Corte -considerando que se

³³⁵ 429 US 589.

trataba de un caso incluido en el primer grupo- revocó la sentencia. El juez Stevens sostuvo que “*los Estados tienen una amplia discreción para experimentar posibles soluciones a las problemáticas locales*” y que

brindar información médica a doctores, personal hospitalario, compañías de seguros, y a agencias del servicio público de salud es una parte esencial de la práctica médica moderna, aun cuando dicha información pueda impactar desfavorablemente en el paciente” [y ello] “*no constituye automáticamente una invasión indebida a la intimidad.*”

Por lo tanto resolvió que la ley que compila información sobre los pacientes que requieren tratamientos con ciertas drogas no invade derecho alguno o libertades protegidas por la Enmienda décimo cuarta de la Constitución.

El concepto clave en este fallo es “arbitrariedad”. La Corte advierte que la intimidad no es absoluta, pero reconoce que debe aclararse el alcance de su limitación.

Otro caso en el que la Corte trata conjuntamente el *Derecho a la Intimidad* y el Derecho a la Información es *United States Department of Justice vs. Reporters Committee for Freedom of the Press*³³⁶ del año 1989.

El FBI rechazó el planteo que le hiciera un corresponsal de la cadena CBS y el Comité de Reporteros por la Libertad de la Prensa fundando su decisión en la Ley de Libertad de Información (*Freedom of Information Act - FOIA*). Por lo que ellos demandaron a la agencia estatal solicitando se les presentara el perfil policial de Charles Medico, considerando que era un asunto de *registros públicos*.³³⁷

El Departamento de Justicia contestó que no tenía registro de delitos cometidos por Medico pero se negó a confirmar o negar si tenía otra información sobre él. El tribunal consideró que la *FOIA* excluye la obligación de brindar información si razonablemente se puede considerar que con ello se estaría invadiendo la intimidad injustificadamente. La Corte de Apelaciones revocó el fallo por considerar que los tribunales deben abstenerse de decidir si

³³⁶ 489 US 749.

³³⁷ Resulta relevante aclarar que la empresa familiar de Medico estaba involucrada con el crimen organizado y tenía una serie de contratos con el gobierno obtenidos a través de un congresista corrupto.

los intereses de intimidad sobrepasan el interés público, porque la información original ya consta en registros públicos.

La Corte Suprema trató este caso incluyéndolo entre los planteos de intimidad en los que el interés protegido es evitar divulgación de información personal. Rechazó la concepción de la Corte de Apelaciones que consideró que, por el hecho de que la información incluida en el perfil policial de Medico ya había sido revelada al público, la afectación a su intimidad por la difusión de los registros federales tendía a cero.

Destacó que existe un amplio derecho de la población de acceder a información oficial. Para hacerlo usó la siguiente frase de Henry Steele Commager³³⁸

*The generation that made the nation thought secrecy in government one of the instruments of Old World tyranny and committed itself to the principle that a democracy cannot function unless the people are permitted to know what their government is up to.*³³⁹

Sin embargo, destacó que la clase de información de que se trata es diferente, ya que no se solicita para “*entender las operaciones del gobierno.*” En este caso se busca la difusión de información de un particular concentrada en un solo documento federal, que de otro modo existe diseminada en numerosas agencias estatales. Sostuvo que “*el interés de intimidad en la reserva sobre los registros policiales es alto*” por lo que

sostenemos categóricamente que el pedido de terceros sobre registros o información oficiales sobre un ciudadano particular razonablemente puede considerarse que invade la intimidad del ciudadano y que cuando el pedido no incluye información oficial sobre una agencia del gobierno sino simplemente información que el gobierno recopila la invasión de la intimidad es injustificada.

³³⁸ Prolífico historiador americano (Pittsburgh, Pennsylvania, 1902 - Amherst, Massachusetts, 1998).

³³⁹ “*La generación que hizo la nación pensó que el secreto es uno de los instrumentos de la antigua tiranía en el mundo, y se comprometió con el principio de que la democracia no puede funcionar si no se le permite al pueblo saber en qué anda su gobierno*”; citado en el fallo obtenido de *The New York Times Review of Books*, del 5 de octubre de 1972. (Traducción del autor).

La sentencia fue unánime.

Otro caso relevante es *National Archives and Records Administration, Petitioner vs. Allan J. Favish*³⁴⁰ del año 2004.

Trata el caso planteado por Allan Favish, quien no confiaba en los resultados de cinco investigaciones oficiales³⁴¹ que establecían que Vincent Foster, un funcionario del Presidente Clinton, se había suicidado. Por lo tanto, presentó un pedido basado en la ya citada *FOIA* para que mostrara 10 fotos del cuerpo muerto de Foster. La oficina del Consejo Independiente (*Office of Independent Counsel - OIC*) rechazó el pedido por considerar que se podía estar violando la intimidad personal.

Favish presentó una demanda solicitando las fotos. El Tribunal hizo un balance entre el interés de intimidad de la familia de Foster y el interés público en la difusión de las fotos y consideró que aquél podía verse afectado y que Foster no había probado cómo la entrega de las fotos podría hacer avanzar la investigación, que ya había sido suficientemente minuciosa. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia por considerar que Favish no necesitaba demostrar ninguna irregularidad en la acción de la agencia para fundar su solicitud y remitió el expediente para que fuera tratado nuevamente según este criterio. En la reconsideración, el Tribunal ordenó la entrega de las 5 fotos.

La Corte Suprema destaca que, en su pedido, Favish niega el interés de intimidad sostenido por la familia Foster, ya que la *FOIA* se refiere a “*derecho de controlar información personal*”.³⁴² Apoya su postura en el *common law* y en la interpretación literal de privacidad que implica el control del individuo a información sobre su persona. Del mismo modo aclara que la familia Foster, en cambio, invoca su propio derecho e interés de intimidad: “*buscan protegerse y procurarse su propio refugio contra la cultura sensacionalista por su propia paz y tranquilidad mental, no por la del muerto.*”

Agrega la Corte que no tiene dificultad en encontrar justificación ni en la tradición del *common law* ni en otra, como así tampoco en la intención del Congreso al dictar la ley ya que

³⁴⁰ U.S. 02-954.

³⁴¹ El del F.B.I, del Comité del Senado, del Comité de Representantes y el de los consejeros independientes Robert Fiske y Kenneth Starr.

³⁴² En inglés la expresión es tal vez más clara: “*the right to control information about oneself*”.

los términos intimidad personal incluye a los miembros de una familia en contra de la indebida intromisión de público en su intimidad. Como así tampoco en encontrar antecedentes sobre el derecho de la familia a disponer del cuerpo de sus muertos y de limitar los intentos de exponer sus fotos públicamente. Aclara que *“los miembros de una familia tienen un interés personal en honrar y llorar a sus muertos, y de oponerse a la injustificada explotación pública que por inmiscuirse en su propio dolor, tiende a degradar los ritos y el respeto que quieren rendirle a la persona fallecida.”*

Por otro lado, también considera que debe sopesar el interés de la familia con el interés público de acceso a la información, definiendo a este último como una necesidad estructural de toda democracia. Además, aclara que es doctrina de la Corte que los ciudadanos no deben explicar para qué solicitan la información ya que la misma pertenece a los ciudadanos para hacer lo que quieran y concluye: *“si la información está a disposición para ser difundida, pertenece a todos”*.

La Corte consideró que se debe mantener cierto estándar que dé estabilidad al momento de sopesar la intimidad y el interés de información ya que de otro modo se deja a los Tribunales sin un criterio a seguir. En el caso de fotografías e información sobre un individuo que murió en circunstancias misteriosas, el pedido debe fundarse en que la agencia que investigó dicha muerte actuó negligentemente o de algún otro modo incorrecto.

La Corte sostuvo que Favish no demostró ni aportó ninguna evidencia que hiciera pensar a una persona razonable que pudiera haber habido alguna conducta inapropiada por parte del gobierno. De esta forma, la invasión sobre la intimidad de la familia del fallecido es injustificada. En sentencia unánime revocó la sentencia del Tribunal de Apelaciones.

El último caso que trata el tema de la tensión entre *Derecho a la Intimidad* y *Derecho a la Información* es el caso *Crystal M. Ferguson et al. Petitioners vs. City of Charleston*³⁴³ del año 2001.

En 1988, el personal del Hospital Público de la Ciudad de Charleston, dependiente de la Universidad de Carolina del Sur, se preocupó por el incremento en el uso de cocaína en pacientes que estaban recibiendo tratamiento prenatal. Consecuentemente ordenaron que se

³⁴³ U.S. 99-936.

realizaran análisis de la droga en las muestras de orina de ciertas pacientes sospechadas de usar cocaína. Si el análisis daba positivo, las pacientes eran remitidas por las autoridades hospitalarias a las autoridades del Condado para que recibieran consejo y tratamiento. Con posterioridad, se diseñó un programa entre la Universidad, la policía, la Comisión de Abuso de Drogas del Condado y el Departamento de Servicios Sociales para procesar a las mujeres cuyos análisis de orina dieran positivo en cuanto a la presencia de cocaína.

Las actoras son 10 mujeres que recibieron tratamiento en el Hospital de referencia, arrestadas por el resultado positivo del análisis. Su planteo sostenía que los análisis injustificados y no autorizados eran inconstitucionales por consistir en requisas no consentidas. Los demandados sostuvieron que las pacientes sí habían consentido en el análisis y que las requisas estaban justificadas, aun en caso de falta de consentimiento ya que se hacían con propósitos diferentes a cuestiones de cumplimiento de la ley. El jurado votó a favor de los demandados. La investigación de mujeres embarazadas bajo sospecha de usar drogas es razonable, incluso ausente el consentimiento de las mismas, porque se justifica por la aplicación de la ley especial de carácter no objetivo.

En la Apelación se consideró que el interés en la reducción de las complicaciones del embarazo y los gastos médicos asociados con la maternidad por el uso de cocaína superan lo que la mayoría considera un mínimo de intrusión en la intimidad de los pacientes y se revocó la sentencia de Primera Instancia.

La Corte Suprema por su parte consideró que las pruebas se realizaron sin el consentimiento informado de las pacientes. Del mismo modo opinó que, si bien los demandados habían insistido en que el motivo que tenían era benévolo más que punitivo, ese motivo no justificaba que se dejara de lado la Cuarta Enmienda de la Constitución. También consideró que la gravedad de la amenaza no descarta la consideración de los medios que se utilizan para el cumplimiento de la ley: *“la prohibición general de la Cuarta enmienda contra las búsquedas no consentidas, injustificadas y sin que medie sospecha se aplica a este caso”* y revocó la sentencia.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina que tratan la temática del Derecho a la Intimidad y estupefacientes (1972-2008).

Los estupefacientes han acompañado a la humanidad desde sus orígenes. Algunos estudios sostienen que los dibujos encontrados en las cuevas primitivas fueron hechos bajo los efectos de sustancias químicas y posibilitaron el desarrollo de la capacidad significativa del hombre. Ciertos alucinógenos han sido venerados y fueron utilizados en ritos religiosos.³⁴⁴ Sin embargo, es fácil argumentar que el uso que se hace de ellos en las sociedades occidentales representan un peligro y un daño cierto para millones de personas. La cuestión es más que controversial porque al problema específico de las drogas se suma la tensión que el tema genera respecto del ámbito de autonomía que corresponde al individuo y el poder (represivo) del Estado. *“La cuestión central del debate pasa por resolver hasta qué punto, dentro de qué límites, es bueno aceptar que el poder público acceda a la privacidad de los ciudadanos”*.³⁴⁵

La legislación argentina ha sido activa al tratar el tema. El Código Penal de 1921 nada decía sobre la represión de tenencia de estupefacientes. La Ley 11.309 de 1924 sancionó la venta y suministro de alcaloides y narcóticos. La Ley 11.331 de 1926 impuso pena privativa de la libertad por la tenencia no justificada de drogas, constituyéndose en el primer antecedente legislativo. La Ley 17.567 de 1968 impuso pena de prisión para la tenencia no autorizada de estupefacientes cuando se tratara de cantidades que excedieran las correspondientes a un uso personal. La Ley 20.509 de 1973 derogó la norma anterior y volvió al sistema del Código de 1921 con las reformas de 1924 y 1926. La Ley 20.771 de 1974 impuso prisión de 1 a 6 años al que tuviere estupefacientes en su poder aunque estuvieren destinados a uso personal. La Ley 23.737 de 1989 distingue la tenencia simple y la tenencia

³⁴⁴ Cfr. Alonso, José Ramón, *La "teoría alucinógeno" y la creación de patrones simbólicos aborígenes*, en Rupestre/web, <http://rupestreweb.tripod.com/alucino.html> 15/09/09; García Arévalo, Manuel, A., *Los signos en el arte taíno*, Fundación García Arévalo Inc., República Dominicana, 1989; Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *Aspectos chamanísticos y neurofisiológicos del arte indígena. Estudios de arte rupestre*, Museo Chileno de Arte Precolombino, Santiago de Chile, 1985.

³⁴⁵ Prack, Horacio, E., *Algunas cuestiones legales de consumo y tenencia de estupefacientes* en Zamudio, Teodora, <http://www.bioetica.org> 9/07/2009.

para consumo.³⁴⁶ La Ley 26.052 establece cuestiones de competencia y desfederalización y modificaciones a la Ley 23.737.

El primer caso en el que interviene la Corte argentina en el período en estudio es *Colavini, Ariel Omar s/tenencia de estupefacientes*³⁴⁷ del año 1978. En primera instancia se condena al imputado a 2 años de prisión en suspenso y una multa de \$5.000 como autor del delito de tenencia de estupefacientes. El juez consideró que el uso personal de estupefacientes constituye una acción que se encuentra dentro de la órbita del poder coercitivo del Estado.

La Cámara y la Corte confirmaron la sentencia estableciendo explícitamente que la tenencia de estupefacientes trasciende el ámbito de intimidad de una persona y que “es responsabilidad de los gobiernos poner todos los medios para erradicar el mal provocado por el tráfico de drogas.” La Corte sostuvo la tesis de que “si no hubiera interesados en drogarse no habría tráfico ilegal de drogas” y que el uso de drogas no es equiparable a suicidio o auto-lesión. En el Considerando 5 refleja claramente su opinión:

Que tal vez no sea ocioso, pese a su pública notoriedad, evocar la deletérea influencia de la creciente difusión actual de la toxicomanía en el mundo entero, calamidad social comparable a las guerras que asolan a la humanidad, o a las pestes que en tiempos pretéritos la diezaban. Ni será sobreabundante recordar las consecuencias tremendas de esta plaga, tanto en cuanto a la práctica aniquilación de los individuos, como a su gravitación en la moral y la economía de los pueblos, traducida en la ociosidad, la delincuencia común y subversiva, la incapacidad de realizaciones que requieren una fuerte voluntad de superación y la destrucción de la familia, institución básica de nuestra civilización.

La sentencia fue unánime con los votos de Adolfo R. Gabrielli, Abelardo F. Rossi, Pedro J. Frías, Emilio M. Daireaux, siendo Jorge Rafael Videla el Presidente de la Nación.

Un año después, en *Roldán, Graciela Alicia*³⁴⁸ la Corte vuelve a tratar la tenencia de estupefacientes. En esta oportunidad la Cámara había absuelto a la imputada -quien tenía en su

³⁴⁶ Cfr. Prack, Horacio, E., *op. cit.*, p. 2.

³⁴⁷ *Fallos*: 300:254.

³⁴⁸ *Fallos*: 303:1205.

poder tabletas de *Mandrax*- por considerar que la Ley 20.771 no había querido criminalizar la tenencia de cualquier droga, por ejemplo aquellas que cumplen una función para el alivio de males sino aquella que tiene forma de vicio o que es su antesala. La Corte, en cambio, desestimó esta interpretación y consideró que la Ley 20.771 se refiere a todo tipo de drogas ilícitas y que el art. 6° no vulnera la intimidad de las personas por cuanto la actividad estatal debe evitar las consecuencias dañosas que pudieran derivarse de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal, obviamente dejando a salvo su uso legítimo con fines medicinales. La sentencia fue unánime.

La Corte agrega una categoría no tratada hasta el momento en este tipo de casos en *Valerio, Ricardo Alberto*³⁴⁹ de 1981. Considera que “*el poder público está habilitado a establecer la potencialidad de conductas dañosas como 'peligro abstracto'*” adhiriendo a la doctrina de que el Derecho Penal debe dejar de ser exclusivamente un instrumento de reacción frente a lesiones graves y convertirse en uno que permita la prevención. La Corte confirma la sentencia de 1 año de prisión en suspenso y multa al autor del delito de tenencia ilegítima de estupefacientes y desestima posibles violaciones al *Derecho a la Intimidad*.

En *Jury, Luis María*³⁵⁰ del año 1982 y en *Maldonado, Gustavo Daniel*³⁵¹ del año 1983 la Corte vuelve a sostener que la tenencia de drogas trasciende el ámbito de la intimidad y que “*es lícita la actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas.*”

En 1986 se producen los hechos que dan lugar a un cambio significativo en la doctrina de la Corte en el fallo *Bazterrica, Gustavo Mario y Capalvo, Carlos*.³⁵² En este caso la policía encuentra en el domicilio de Gustavo Bazterrica marihuana y cocaína. El juez de Primera Instancia lo considera culpable de infracción a la Ley 20.771 y lo condena a prisión en suspenso y multa. La Cámara confirma el fallo.

³⁴⁹ Fallos: 303:1205.

³⁵⁰ Fallos: 304:1678.

³⁵¹ Fallos: 305:137.

³⁵² Fallos: 308:1392.

La Corte por su cuenta sostiene que es *“lícita toda actividad estatal enderezada a evitar las consecuencias que para la ética colectiva y el bienestar y la seguridad general pudieran derivar de la tenencia ilegítima de drogas para uso personal”* pero agrega que *“sin embargo, en el caso de la tenencia de drogas para uso personal, no se debe presumir que en todos los casos ella tenga consecuencias negativas para la ética colectiva.”* Acertadamente, la Corte distingue aquí los alcances del art. 19 CN que impone límites a la actividad legislativa de modo que no prohíba conductas que se desarrollen dentro de la esfera privada, diferenciándolas de aquellas que se desarrollan en la intimidad, protegidas por el art. 18 CN. Agrega que no está probado que la incriminación de la tenencia evite consecuencias concretas para el bienestar y la seguridad general. Para la Corte,

La construcción legal del art. 6° de la ley 20.771, al prever una pena aplicable a un estado de cosas, y al castigar la mera creación de un riesgo, permite al intérprete hacer alusión simplemente a prejuicios potenciales y peligros abstractos y no a daños concretos a terceros y a la comunidad.

El hecho de no establecer un nexo razonable entre una conducta y el daño que causa, implica no distinguir las acciones que ofenden a la moral pública o perjudican a un tercero, de aquellas que pertenecen al campo estrictamente individual, haciéndose entonces caso omiso del art. 19 de la Constitución Nacional que, como queda dicho, obliga a efectuar tal distinción.

Penar la tenencia de drogas para el consumo personal sobre la sola base de potenciales daños que puedan ocasionarse «de acuerdo a los datos de la común experiencia» no se justifica frente a la norma del art. 19, tanto más cuando la ley incrimina actos que presuponen la tenencia pero que trascienden la esfera de privacidad como la inducción al consumo, la utilización para preparar, facilitar, ejecutar u ocultar un delito, la difusión pública del uso, o el uso en lugares expuestos al público o aun en lugares privados mas con probable trascendencia a terceros.

Claramente la Corte sostiene que si bien el principio de legalidad y el principio de reserva son complementarios, vale la pena establecer los alcances de uno y otro. El primero refiere a que el poder público debe estar sometido a la ley y no a la voluntad de las personas

que lo ejercen; el segundo, en cambio, demarca el ámbito de lo permitido (no prohibido) en el ordenamiento jurídico y es una limitación al poder ya que a él le está prohibido asignarle una sanción a la conducta permitida.

Finalmente, la Corte sostiene que no es el rol del Estado imponer ideales de vida a los ciudadanos sino dejarlos en libertad, por lo que considera que hay motivo suficiente para invalidar el art. 6 de la Ley 20.771 y la declara inconstitucional.

La sentencia fue por mayoría, con votos de Augusto C. Belluscio, Jorge A. Bacqué y Enrique S. Petracchi (según su voto) y la disidencia de Carlos S. Fayt y José S. Caballero.

La misma postura tuvo la Corte en *Noguera, María Marta y otra*³⁵³ del año 1987. Vale destacar que la sentencia de Primera Instancia absuelve a la imputada ya que, debido a la mínima cantidad de estupefaciente encontrada, la tenencia se considera incluida dentro del ámbito de la privacidad. La Cámara y la Corte confirman el fallo de Primera Instancia por considerar que la tenencia de estupefacientes para uso personal debe considerarse incluida dentro de la esfera de intimidad protegida por el sistema jurídico argentino. Igual postura tuvo la Corte en *Giménez, Nancy Gladis*³⁵⁴ de 1988 y en *Rossi, Emilio Fabián s/Inf. Ley 20.771*³⁵⁵ de 1989.

Un matiz importante tiene el fallo de la Corte en el caso *von Wernich, Gustavo Adolfo*³⁵⁶ del año 1987 y en *García, Alejandro Marcelo y otro.*³⁵⁷ En estos casos no se trata de la tenencia sino de fumar marihuana o su tenencia en la vía pública. En las 3 instancias se coincidió en que el hecho no puede ser considerado como restringido a la esfera de la intimidad personal previsto en el art. 19 CN.

Al dictarse la Ley 23.737 en 1989 se dispone una situación penal más benigna para la tenencia que no tiene por objeto la comercialización sino exclusivamente el uso personal: “*será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de trescientos a seis mil australes el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que la*

³⁵³ Fallos: 310:294.

³⁵⁴ Fallos: 311:185.

³⁵⁵ Fallos: 312:2475.

³⁵⁶ Fallos: 310:2836.

³⁵⁷ Fallos: 311:2228.

tenencia es para uso personal” a lo que se suma el procedimiento forzado de rehabilitación. En su nueva constitución de 9 miembros, la Corte argentina, en el caso *Montalvo, Ernesto Alfredo*³⁵⁸ de 1990 admitió la penalización, como defensa respecto del “*riesgo para la salud pública.*”

Efectivamente, la Corte consideró que corresponde a los órganos encargados de la sanción de la ley establecer la eficacia de las medidas tendientes a cuidar de la salud pública dentro de su criterio de oportunidad, mérito o conveniencia.

La Corte mantuvo su criterio contrario a la inconstitucionalidad de la sanción de la tenencia de estupefacientes en *Rivero, Carlos Gerardo s/infr. Ley 20.771*³⁵⁹ de 1990; en *Lucero, Fabio Alejandro y Marichal, Javier Osaías s/ley 20.771*³⁶⁰ de 1991; *Caporale, Susana y otros s/infracción Ley 23.737*³⁶¹ de 1995; en *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737*³⁶² de 1997 y en *Minaglia, Mauro Omar y otros s/infracción ley 23737 (art. 5 inc. C)*³⁶³ de 2007.

En el caso *Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo s/av. infracción Ley 20.771*³⁶⁴ del año 1990 se da un nuevo elemento para el tratamiento de los estupefacientes. El Tribunal de Primera Instancia condenó a Eduardo Ricardo Rivas Graña a la pena de prisión por tenencia de estupefacientes (9 kilogramos de cocaína en la ciudad de Mendoza). La Cámara de Apelación revocó la sentencia de Primera Instancia y absolvió al imputado al considerar que la diligencia policial merced a la cual se logró secuestrar cocaína estaría viciada de nulidad por carecer el funcionario actuante de orden de allanamiento y ocultar su calidad de tal al ingresar al domicilio

Es interesante la opinión de la Corte ya que consideró que el imputado “*descorrió el velo de protección de la intimidad de su hogar y realizó actos que permitieron comprobar el grave delito que estaba cometiendo*”³⁶⁵ por lo que no puede pretender luego la protección del

³⁵⁸ Fallos: 313:1333.

³⁵⁹ Fallos: 313:1430.

³⁶⁰ Fallos: 314:791.

³⁶¹ Fallos: 318:2103.

³⁶² Fallos: 320:1717.

³⁶³ Fallos: 330:3801.

³⁶⁴ Fallos: 313:1305.

³⁶⁵ Fallos: 313:1305, Cons. 9.

art. 18 CN: cuando fue su propia conducta discrecional la que posibilitó la presencia del agente preventor en el recinto privado y aquella comprobación.

La sentencia fue unánime, revocando la decisión de la Cámara de Apelaciones.

De este modo, se establece que si es el interesado quien descubre el velo de la intimidad ya no puede exigir que se le respete cuando no está conforme con los resultados de la liberación.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos que tratan la temática *Derecho a la Intimidad* y estupefacientes. (1972-2008).

En *United States vs. Chadwick*³⁶⁶ del año 1977 se trata de un caso sobre tenencia de estupefacientes. Al llegar los acusados por tren a la estación de Boston, guardaron un cofre con doble cerradura en el baúl de un automóvil que los esperaba. Agentes federales de narcóticos, quienes fueron advertidos de que podían ser traficantes, los arrestaron llevándose el auto, con cofre y todo. Una vez en el edificio de la agencia federal en Boston, los agentes abrieron el cofre sin el consentimiento de los demandados ni orden judicial. Al hacerlo encontraron gran cantidad de marihuana. Subsiguientemente, se los acusó de tenencia con intención de distribución. El Tribunal de Primera Instancia y el de Apelación consideraron que los demandados estaban protegidos por la Cuarta Enmienda y que constituyó una invasión ilegítima a la intimidad. Equipararon el hecho de cerrar un cofre con llave a quien cierra la puerta de su propia casa teniendo la expectativa de que su contenido iba a permanecer privado.

La Corte aceptó el caso con el fin de decidir si se necesita orden judicial para que agentes federales puedan abrir un cofre cerrado que ha sido incautado legítimamente al momento del arresto de sus propietarios y cuando hay motivos para pensar que el cofre contiene contrabando.

Los argumentos del actor (el gobierno) se centraron en sostener que la garantía de la Cuarta Enmienda protege sólo los intereses tradicionalmente identificados con el hogar, las

³⁶⁶ 433 US 1.

oficinas y las comunicaciones privadas. En otros casos, sostuvo el gobierno, están en juego aspectos menos significativos de la intimidad.

La Corte no estuvo de acuerdo con estos argumentos. Hizo referencia a su doctrina en el caso *Katz vs. United States*³⁶⁷ del año 1967, en donde se advirtió que la cuarta enmienda protege personas no lugares y agregó que es un principio jurídico que las personas están protegidas de la intromisión no razonable del gobierno en sus expectativas legítimas de intimidad.

La clave de este caso está en discernir si era razonable abrir el cofre sin orden judicial y en lo que constituye una legítima expectativa de intimidad. Los jueces de la Corte consideraron que al estar el auto y el cofre en poder y bajo la autoridad policial ya no había peligro de que se perdiera la evidencia. Tampoco había motivos para pensar que tenía materiales explosivos o peligrosos. Por lo que consideró que no era necesaria una inspección inmediata y por lo tanto los acusados tenían derecho a la protección establecida en la Cuarta Enmienda.

El caso *Illinois vs. Andreas*³⁶⁸ de 1983 resulta muy interesante por varios motivos. Los hechos del caso son los siguientes: llega al aeropuerto de Chicago un contenedor dirigido desde Calcuta al acusado, con una mesa en su interior. En el aeropuerto, un agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) encontró sustancias ilegales ocultas dentro de la mesa. Una vez confirmado que era marihuana, los agentes vuelven todo a su lugar, cerraron el contenedor y permitieron que fuera enviado al domicilio del acusado. Unos breves momentos después de la entrega, el acusado sale de la casa con el contenedor. Fue inmediatamente arrestado y llevado a la policía. Allí, los agentes volvieron a abrir el contenedor y a encontrar la marihuana, que fue incautada.

La Corte aceptó analizar el caso para decidir si era necesaria una orden judicial para volver a abrir el contenedor en el que, en una previa y legal requisita fronteriza, ya se habían encontrado drogas contrabandeadas.

³⁶⁷ 389 U.S. 347.

³⁶⁸ 463 UC 765.

En el voto elaborado por el juez Burger, la Corte sostiene que la Cuarta Enmienda protege las legítimas expectativas de intimidad y no solamente lugares. Concluye que no existe tal legítima expectativa para el caso de un cargamento contrabandeado ya identificado por las autoridades.

Otro caso de contrabando de drogas es *United States v. Montoya de Hernández*³⁶⁹ del año 1985. Una mujer de nacionalidad colombiana es demorada e incomunicada durante 16 horas en el aeropuerto internacional de Los Ángeles porque los agentes de la oficina de inmigración sospecharon que podía estar contrabandeando cápsulas de narcóticos en su aparato digestivo. Por una orden judicial se le administró en un hospital un test de embarazo y un examen rectal y se obtuvieron 88 capsulas llenas de cocaína. La mujer fue acusada y condenada por varios delitos federales referidos a narcóticos. El Tribunal de Apelación revocó la sentencia de Primera Instancia por considerar que la detención violó la Cuarta enmienda. Asimismo, consideró que habían tratado a la mujer de manera humillante.

El presidente de la Corte -juez Rehnquist- formuló el voto. Consideró que la Cuarta Enmienda requiere que las requisas sean razonables. Que la razonabilidad resulta de las circunstancias en que se realiza la requisita y de su naturaleza. Agregó que consideraba que la expectativa de intimidad en los pasos fronterizos es menor que en el interior del país y por lo tanto, en la tensión entre el *Derecho a la Intimidad* y el interés del gobierno por hacer cumplir las leyes penales se inclina más hacia el lado del gobierno. Resulta interesante la argumentación en cuanto al nivel de sospecha que hubiera sido requerido para autorizar la requisita ya que se habla de “*indicación clara*”, “*sospecha razonable*” y de “*causa probable*” pero el juez desestima la conveniencia de la utilización de estos juegos de palabras y directamente dictamina que, dadas las circunstancias del viaje y de la viajera era razonable sospechar que llevaba contrabando en su aparato digestivo. Agregó que las incomodidades de la detención resultaron directamente del tipo de contrabando que la acusada llevó a cabo y que no se puede sostener que la Cuarta Enmienda requiere que la policía deje que se cometa un crimen o que se escape el criminal.

³⁶⁹ 473 US 531.

En *California vs. Ciraolo*³⁷⁰ del año 1986 vuelve a surgir el tema de la marihuana; sin embargo, de lo que se trata en este caso es sobre el modo en que la autoridad gubernamental ha llegado a saber de su tenencia.

En 1982, la policía de Santa Clara (California) recibe un llamado anónimo sobre la existencia de plantas de marihuana en el patio trasero de un vecino de la ciudad. La policía no podía ver la planta desde afuera ya que tenía una pared que la cubría. Por lo tanto, encomendó a dos agentes para que contrataran un avión privado y observaran el patio del acusado. Desde el avión divisaron la planta a simple vista y luego le tomaron una fotografía. Con la foto y el detalle de la denuncia anónima un juez dictó la orden de allanamiento y un tribunal de Primera Instancia encontró culpable al imputado por los cargos de cultivación de marihuana. La Cámara de Apelación consideró que la orden de allanamiento no contenía la observación aérea del patio donde se encontraba la droga, violándose de esta forma el área de privacidad de los imputados, por lo que no puede usarse la foto como evidencia y revocó la sentencia.

La Corte consideró que había dos cuestiones para considerar: 1) ¿tenía el imputado una razonable expectativa de intimidad respecto de la observación aérea?; 2) ¿considera la sociedad que esa expectativa es razonable?

La respuesta a la primera pregunta no admite dudas, ya que era evidente que el imputado no quería que se viera que estaba cultivando una planta ilícita. La segunda, en cambio, requirió mayor consideración. La Corte reconoció que el patio trasero de una casa es asimilado por el *common law* como equivalente a su casa. Ahora, la Corte se preguntó si esto equivalía a decir que también estaba protegido de la observación aérea sin una orden judicial y la respuesta fue negativa: la Cuarta Enmienda no requiere que la policía tenga una orden judicial para observar lo que se puede ver a simple vista.³⁷¹ La sentencia fue revocada.

³⁷⁰ 476 US 207.

³⁷¹ Es interesante advertir que la Corte había requerido con anterioridad, en el caso *Katz vs. United States*, había requerido orden judicial para interceptar comunicaciones telefónicas, a diferencia de simples escuchas. Ver *Katz vs. United States* 389 US.347, 360.

Conclusiones

Si, como se sostuvo al comienzo de este trabajo, la validez de derecho depende de su proceso de validación y su eficacia es condición de *validez*, el estudio realizado es relevante para comprender el alcance de la protección real de la intimidad en la Argentina y en los Estados Unidos.

A su vez, si los supuestos del marco teórico utilizado son apropiados, el Derecho es una creación de seres racionales que fijan sus propios fines. Como tales, somos capaces de comprenderlo en sentido pleno, conociendo sus causas. Así, movemos sus elementos como en un juego que hemos inventado libremente. Las verdades del Derecho lo son porque las hemos creado. No son un conjunto de reglas innatas ni objetivas ni responden a la estructura del mundo. Pero para entender el juego es fundamental que el significado de los conceptos sea unívoco: si no se tiene claro qué se está significando, los actores del Derecho se mueven en la oscuridad. En cambio, si los significados son claros para todos, se facilita el ejercicio del Derecho, la sociedad se pacifica y prospera

El camino seguido por la Corte argentina en el tratamiento del *Derecho a la Intimidad* tuvo momentos de fortaleza y de vacilaciones. En algunos casos aclara y en otros deja dudas sobre el contenido del Derecho en estudio. La Corte protege múltiples situaciones como intimidad. Trata indistinta y conjuntamente el *Derecho a la Intimidad*, la Identidad, la Integridad, la Información, fundamentándolos en los arts. 18, 19 y 33 de la Constitución Nacional. Esto representa un problema. Tal vez, si hubiera construido los argumentos que protegen la intimidad fundamentándolos principalmente en el art. 18 CN que garantiza la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia epistolar y de los papeles privados y en el debido proceso, estaría más claro que lo que se protege es una esfera de la persona que está exenta del conocimiento de los demás.

Luego del análisis realizado se puede sostener que el fundamento más utilizado por la Corte se desprende del art. 19 CN y que el centro de su preocupación es el ámbito de autonomía tratando Derechos subjetivos diferenciados, como si fueran lo mismo.

Se puede decir que para la Corte argentina, el *Derecho a la Intimidad* refiere a todo lo que el individuo quiere sustraer del conocimiento público: la integridad de su persona física, el ámbito familiar, sus ideas y creencias y la información que se pone a disposición de terceros.

Tal vez este criterio sea adecuado como categoría constitucional. Sin embargo, desde el punto de vista civil, su tratamiento omnicompreensivo dificulta su protección.

Los argumentos de la Corte argentina forman un entramado jurídico que brinda una protección vigorosa a la intimidad pero al mismo tiempo complican el establecimiento de un derecho específico, diferenciado, que permita definir exactamente qué es el *Derecho a la Privacidad* y a la *Intimidad* en el Derecho argentino. La idea de Warren y Brandeis se orientaba a la formulación de un derecho cristalino, de corte civilista, protector de la personalidad, estableciendo responsabilidad de reparar el daño sufrido por hacer público lo privado. La Corte, motivada por sinceras y legítimas preocupaciones teóricas y coyunturales, se orientó más bien hacia fundamentos de tinte constitucionalista, incluyendo en el *Derecho a la Intimidad* tanto a la personalidad como a la persona física y a los artefactos que se desprenden de ella.

La Corte norteamericana, en cambio, es más reacia en reconocer la existencia de un *Derecho a la Intimidad*, sosteniendo que lo que la Constitución protege es el ámbito de autonomía de los individuos para diseñar su propio proyecto de vida y al momento de tomar cierto tipo de decisiones.

Pero es clara al definir la necesidad de establecer un estándar que permita conocer los alcances de lo que debe considerarse como violación “*injustificada*” del deseo de mantener aspectos e informaciones privados, fuera del ámbito público. En el caso *Favish* lo encuentra cuando se produce una “*explotación pública*” de lo que naturalmente es privado.

La teoría del daño parecería ser un camino más directo para aclarar los alcances de una teoría diferenciada del *Derecho a la Intimidad*. La angustia y el sufrimiento causado por la difusión de lo que debía permanecer íntimo es la medida de la responsabilidad en la que incurre el difusor, ya sea el Estado o un particular.

Capítulo IV

El Derecho a la Intimidad y la libertad de expresión

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática *Derecho a la Intimidad* y libertad de expresión (1972-2008).

Es posible argumentar que el caso más importante sobre el *Derecho a la Intimidad* en la jurisprudencia argentina es *Ponzetti de Balbín, Indalía c/Editorial Atlántida*³⁷² del año 1984. La viuda y el hijo de Ricardo Balbín iniciaron demanda de daños y perjuicios contra *Editorial Atlántida S. A.* por la publicación en la tapa de la revista *Gente y la actualidad* de una fotografía del del eminente político argentino agonizante en el interior de la sala de terapia intensiva en la cual era atendido de una grave dolencia. El objetivo de su petición era resarcir el sufrimiento, la perturbación de su tranquilidad y la mortificación causada por la violación de su intimidad.

La defensa de *Editorial Atlántida* alegó que “*ejercieron sin fines sensacionalistas, crueles ni morbosos el 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*”.³⁷³

El Tribunal de Primera Instancia hace lugar a la demanda por daños y perjuicios contra la *Editorial Atlántida* por lesionar el *Derecho a la Intimidad*. La Cámara de Apelación confirma el fallo. La Corte dicta su famosa sentencia donde establece que

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

³⁷² Fallos: 306:1892.

³⁷³ Fallos: 306:1892, Cons. 3.

*que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino a otros aspectos de la personalidad espiritual o 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.*³⁷⁴

Aclara la Corte que la actuación pública y privada de los personajes célebres, por su trayectoria pública o por ser personajes populares puede divulgarse “*en lo que se relacione con lo que le confiere prestigio o notoriedad*”.³⁷⁵ Ese avance no autoriza a dañar su imagen y menos aún sostener que no tienen un ámbito de vida privada protegida de cualquier intromisión.

Con anterioridad a este caso la jurisprudencia de la Corte había señalado algunas pautas interpretativas del párrafo primero del art. 19 CN pero no estaba claro que se pudiera sostener que hubiera una protección del *Derecho a la Intimidad erga omnes* más allá de la actividad estatal.³⁷⁶ Para ello fue necesaria la construcción jurídica que comenzó a realizarse justamente a partir de este caso.

Uno de los elementos importantes al momento de la elaboración de los argumentos constitutivos del *Derecho a la Intimidad* en la versión de la Corte argentina es el del rango de las normas que lo protegen.

A partir de Ponzetti de Balbín la Corte argentina sostuvo el rango constitucional de este derecho: “*Que en cuanto al Derecho a la Privacidad e Intimidad su fundamento*

³⁷⁴ Fallos: 306:1892, Cons. 8.

³⁷⁵ Fallos: 306:1892, Cons. 9.

³⁷⁶ Ver por ejemplo el caso *Kaswalder de Bustos, Malvina Rosa Nicéfora*, Fallos: 278: 85; *Mieres, Roberto Casimiro c/ SAFRAR*, Fallos: 298:723; *Colavini, Ariel s/ tenencia de estupefacientes*, Fallos 300:254 y otros fallos analizados en este trabajo.

*constitucional se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional*³⁷⁷, aunque no expresamente consagrado sí *“inscripto en la propia Constitución”*.³⁷⁸

Era fundamental la consagración de este rango ya que en el caso de referencia, la Editorial esgrimía la protección de su derecho a la libertad de prensa, sí expresamente consagrado en la Constitución.

Los demás argumentos se plasman principalmente en el voto del Ministro Petracchi que resulta especialmente interesante por constituir una clase magistral de derecho. El Dr. Petracchi sostuvo que el *Derecho a la Intimidad* es un *“derecho inscripto”*, no escrito o explícito garantizado por la Constitución Nacional. Da comienzo a su razonamiento refiriéndose al Derecho al Debido Proceso. Remonta su origen al capítulo 39 de la Carta Magna de 1215, con ecos en la Enmienda 14 de la Constitución norteamericana, el Decreto de Seguridad Individual del 23 de noviembre de 1811 y en el art. 18 de la Constitución Argentina, que consagra *“la defensa en juicio de la persona y de los derechos”*. La centralidad de este Derecho se debe a que el equilibrio entre libertad y las exigencias de la sociedad organizada surge de un *continuo racional* emanado de las decisiones jurisprudenciales, en *“cuya vasta trama se entrelazan los derechos explícitos y los implícitos”*.³⁷⁹ Por lo que el contenido y alcance de los derechos sólo puede discernirse en la jurisprudencia y sólo así se puede lograr el sistema de libertad ordenada, propio de las democracias modernas. A partir de allí cita entre otros argumentos el voto del juez Brandeis en el caso *Olmstead vs. United States* quien sostiene que

*los creadores de nuestra constitución intentaron asegurar condiciones favorables para la búsqueda de la felicidad (...) y reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos confirieron, frente al gobierno, el derecho de ser dejado a solas -el más amplio de los derechos y el derecho más valioso para los hombres civilizados.*³⁸⁰

³⁷⁷ Fallos: 306:1892, Cons. 8.

³⁷⁸ Fallos: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 15.

³⁷⁹ Fallos: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 19.

³⁸⁰ Fallos: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 19.

Termina esta línea argumental citando a Thomas I. Emerson quien en su obra *The System of Freedom of Expression*³⁸¹ sostiene que

*en orden a mantener esta custodia de la privacidad es necesario que exista cierto grado de protección para el individuo contra la intrusión física en esa zona, contra la vigilancia desde afuera, contra la no deseada comunicación a otros de lo que ocurre en el interior. Debe haber alguna restricción de las conductas provenientes del exterior que puedan destruir la identidad, la individualidad o la autonomía.*³⁸²

Todo este *iter* argumental seguido para sostener que, a pesar de que ni el Derecho constitucional estadounidense ni el argentino, en sus expresiones explícitas protectoras de las garantías de libertad de conciencia, de expresión, de la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, de no ser obligado a declarar contra sí mismo, de la inmunidad contra el alojamiento forzado de tropas, protegen explícitamente la intimidad de la intromisión no sólo del Estado sino de los particulares, existe un derecho inscripto, necesario para el ejercicio de todos los demás derechos en un sistema de libertad ordenada, llamado *Derecho a la Privacidad o Intimidad*. Dicho Derecho consiste en la protección incluso material de “*un área de exclusión sólo reservada a cada persona y sólo penetrable por su libre voluntad. Tal exclusión no sólo se impone como límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares*”.³⁸³ Finalmente, el Dr. Petracchi cita al Pacto de San José de Costa Rica en su art. 11, incs. 2 y 3.

De este modo se establece que uno de los elementos del *Derecho a la Intimidad* es el ámbito privado y el otro es la prohibición de difusión de ese ámbito.

Establecidos los elementos, el continuo jurisprudencial que sigue se orienta a establecer los alcances y límites del ámbito de privacidad y de la prohibición de su difusión. En una palabra, los estándares de la intromisión arbitraria.

La sentencia fue unánime.

³⁸¹ Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York 1970, pp. 544-547 en *Fallos*: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 19.

³⁸² Emerson, Thomas I., *op. cit.* en *Fallos*: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 19.

³⁸³ *Fallos*: 306:1892, voto del Dr. Petracchi, Cons. 20.

*Campillay, Julio César c/La Razón y otros*³⁸⁴ del año 1986 es señalado como el caso donde la Corte instaló la doctrina norteamericana de la “*real malicia*” ya que , si bien reconoció el derecho a la libertad de expresión, libertad de prensa y libertad de información, aclaró, como lo viene haciendo en toda su doctrina, que este derecho no es absoluto y si bien “*existe*” y debe respetarse, no debe interpretarse que exime a los medios de prensa o a los periodistas de la responsabilidad que les corresponde por sus dichos.

En Primera Instancia el juez reconoció la responsabilidad derivada de la publicación de una noticia errónea que involucraba al actor en la perpetración de diversos delitos, condenándose a los demandados a abonar un resarcimiento en concepto de daño moral. La Cámara y la Corte confirman la sentencia sosteniendo que sin bien en la Argentina existe el derecho a la libertad expresión e información, “*puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar a la impunidad de la prensa.*”³⁸⁵ La Corte le atribuye responsabilidad al diario por

hacer suyas las afirmaciones contenidas en aquel (parte policial), dándolas por inexcusablemente ciertas, pese a que un prudente examen de tal memorándum evidenciaba que la versión respectiva daba cuenta de que el actor no había sido oído ni juzgado por autoridad judicial interviniente, la que concluyó, a la postre, con un sobreseimiento definitivo a su respecto.

Resultan interesantes las disidencias de este fallo. El Ministro Severo Caballero aclara que en el sistema argentino

la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De allí surge como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiere causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio, pues la naturaleza jurídica de un hecho debe examinarse ya sea en relación a los elementos del delito (art. 109 y 110 del

³⁸⁴ Fallos: 308:789.

³⁸⁵ Fallos: 308:789, Cons. 5.

*Cód. Penal), a los elementos del daño culposo (arts. 1.109 del Cód. Civil), o al Derecho a la Intimidad (art. 1.071 bis del Cód. Civil).*³⁸⁶

Este juez consideró que la reproducción que los demandados efectuaron de un comunicado policial exime de ilicitud en la información.

En el mismo sentido el juez Carlos Fayt sostuvo que

*La prensa, es decir, el periodista como medio y el periodista como comunicador no responde a las noticias falsas, cuando la calidad de la fuente los exoneran de indagar la veracidad de los hechos y la crónica se reduce a la simple reproducción imparcial y exacta de la noticia proporcionada para su difusión por la autoridad pública competente. La previa averiguación de la veracidad y la exactitud de la noticia limitarían el derecho de crónica y afectaría el derecho de información convirtiendo al periodista en censor de lo que la sociedad tiene derecho a conocer.*³⁸⁷

Si bien este caso es muy importante al momento de considerar el tratamiento de la Corte de la libertad de expresión, estrictamente está en juego el Derecho a la dignidad y al honor y no trata sobre el *Derecho a la Intimidad*. De hecho, sólo el voto del Dr. Severo Caballero lo nombra, pero a modo de ejemplo. Justamente, se trata de una imputación falsa, de ninguna manera trata a la persona y a su intimidad.

En el caso *Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros*³⁸⁸ del año 1987 se trata nuevamente el tema de la libertad de expresión y el Derecho al honor. Al *Derecho a la Intimidad* se lo menciona como notablemente vinculado con este último.³⁸⁹ Sin embargo, por tratarse de un fallo en que se analizan con mucha claridad los alcances de la libertad de expresión, se lo estudia detenidamente en este apartado.

En mayo de 1978, en las inmediateces de una dependencia municipal de la Capital Federal, un canal de televisión filmó la conversación ocasional de un funcionario judicial con un vendedor ambulante. Con posterioridad, el periodista entrevistó al funcionario (el actor en

³⁸⁶ Fallos: 308:789, voto del Dr. Severo Caballero, Cons. 5.

³⁸⁷ Fallos: 308:789, voto del Dr. Carlos Fayt, Cons. 5.

³⁸⁸ Fallos: 310:508.

³⁸⁹ Fallos: 310:508, Cons. 16.

este caso) como si hubiera cometido el delito de cohecho. La repercusión pública de la nota fue muy amplia.

El juez de Primera Instancia no hizo lugar a la demanda pero la Cámara de Apelación hizo responsable al órgano periodístico por la publicación de una noticia en la cual el actor aparecía involucrado en la comisión de un delito inexistente y ordenó publicar la sentencia condenatoria en los mismos medios de prensa involucrados en la demanda.

La Corte vuelve a sostener la doctrina de que la libertad de expresión de los medios de prensa no los exime de responsabilidad por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.

En el Considerando 10 del fallo se cita la jurisprudencia de la Corte de los Estados Unidos de Norteamérica cuando consagra la responsabilidad de los medios informativos por la difusión de noticias inexactas, distinguiendo entre el funcionario público y el ciudadano privado, que tiene una mayor protección. La Corte aclara aquí el significado preciso de la doctrina de la *real malicia*, sosteniendo que en los Estados Unidos,

*los funcionarios públicos deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de tal circunstancia (...) y que en cambio, basta la negligencia precipitada o la simple culpa en la propalación de una noticia de carácter difamatorio de un particular para general la condigna responsabilidad de los medios de comunicación pertinentes.*³⁹⁰

En el caso en cuestión, la Corte consideró que hubo un absoluto menosprecio por la realidad de los hechos, ya que de la filmación no surgía la comisión de un delito. Por lo que ratificó la obligación de reparar los daños causados y la publicación en medios de prensa como lo señala el art. 1.071 *bis* CC para el *Derecho a la Intimidad*, por la similitud de este derecho con el Derecho al honor, vulnerado en este caso.

En disidencia, el Dr. Fayt consideró que

³⁹⁰ Fallos: 310:508, Cons. 11.

*Cuando la prensa se limita a informar sobre hechos tal como ocurrieron, las dudas que pudieran generarse en la opinión pública sobre la conducta de sus protagonistas han de reputarse como consecuencias inmediatas y directas de lo ocurrido y no de la acción de informar, la que, por lo demás, ha de ser preservada al máximo a fin de garantizar el pleno ejercicio del derecho de información, que constituye el periodismo.*³⁹¹

De todos modos, la Corte por mayoría confirmó sentencia de la Cámara.

En Lozada, *Salvador María c/Editorial Amfin S.A. s/acción declarativa*³⁹² del año 1988 se invoca específicamente el art. 1.071 *bis* CC por cuanto se menciona el nombre del actor como relacionado con actividades terroristas. Se intentan dos acciones que fueron rechazadas tanto en Primera Instancia como en la Cámara de Apelación: la acción meramente declarativa del art. 322 del Código Penal y otra resarcitoria integral, dirigida a establecer la verdad en la opinión pública. La primera fue rechazada por cuestiones técnicas de dicha acción y la segunda lo fue por interpretar el juez que la petición se fundaba en considerar erróneamente el antecedente Campillay, ya que en aquél había una imputación falsa, en cambio en ésta la información era cierta por cuanto las autoridades militares de la época tenían la sospecha de la vinculación del actor con sectores de izquierda. La Corte remite al dictamen del procurador y rechaza la queja por considerar que se busca tratar cuestiones de hecho ajenas a esta instancia.

Un caso que trata particularmente sobre el *Derecho a la Intimidad* es *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros*³⁹³ del año 1992. Resulta un caso extenso y de difícil comprensión. Los hechos del caso refieren a dichos del señor Dalmiro Sáenz en un programa de Gerardo Sofovich donde expresó palabras ofensivas sobre Jesucristo y la Virgen María. El señor Miguel Ekmekdjian se sintió lesionado en sus sentimientos religiosos por dichas palabras e interpuso acción de amparo contra el conductor del programa de televisión solicitando que en ejercicio de su derecho a réplica se leyera una carta contestándole al señor Sáenz. Fundó su pretensión en el art. 33 CN y en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

³⁹¹ *Fallos*: 310:508, voto del Dr. Fayt, Cons. 24.

³⁹² *Fallos*: 311: 1950.

³⁹³ *Fallos*: 315:1492.

El juez de Primera Instancia rechazó acción de amparo interpuesta y la Cámara confirmó el fallo.

El fallo de la Corte se extiende largamente sobre la admisibilidad de la queja y sobre la operatividad del derecho a réplica en el sistema jurídico argentino de la época.

El núcleo de la cuestión del fallo trata sobre la tensión entre la protección del ámbito privado de la persona cuando se lesiona su dignidad, honor e intimidad y el derecho de expresar libremente las ideas ejercido en los medios de comunicación.

La Corte le da un estatus de derecho natural a la intimidad al considerar que

*se trata de asegurar el derecho natural, primario, elemental a la legítima defensa de la dignidad, la honra y la intimidad. A que la vida del común de los hombres no sea convertida en materia de escándalo por el periodista, el comentarista o el locutor de turno. A que su vida, su privacidad, su honra siga siendo suya; a seguir respetándose a sí mismo.*³⁹⁴

Y sostiene que ese derecho tiene una protección garantizada por el régimen interno e internacional argentino, por lo que revoca la sentencia de Primera Instancia, hace admisible el Recurso Extraordinario rechazado por la Cámara y dice que:

*Dalmiro Sáenz con sus expresiones vertidas en la audición de Gerardo Sofovich -quien posibilitó el uso del medio-, interfirió en el ámbito privado de Miguel A. Ekmekdjian, conmoviendo sus convicciones más profundas. Esta conducta -reconocida por el demandado a fs. 102/105- ha interferido arbitrariamente en la vida ajena, mortificando sus sentimientos, lo que implica un verdadero agravio a un Derecho Subjetivo tutelado por el legislador.*³⁹⁵

La Corte cita numerosa jurisprudencia y doctrina que condena los ataques contra la religión y las conductas blasfemas considerándolas ámbito de intimidad de las personas.

³⁹⁴ Fallos: 315:1492, Cons. 10.

³⁹⁵ Fallos: 315:1492, Cons. 25.

Resulta importante destacar la disidencia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor,³⁹⁶ quienes sostienen que “*el tipo de información que da origen al derecho de rectificación o respuesta es aquel que se refiere directamente al presunto afectado o, al menos, lo alude de modo tal que resulte fácil su individualización.*”³⁹⁷ Por lo que sin que sea posible individualizar al afectado es imposible que se vea afectado un derecho como es el honor y la intimidad que justamente residen en el núcleo de su personalidad.

El fallo *Servini de Cubría, María Romilda s/amparo*³⁹⁸ de 1992 es un caso fundamental al momento de tratar el *Derecho a la Intimidad* porque la Corte establece claramente que su protección no admite censura previa. La jueza nacional en lo Criminal y Correccional Federal Servini de Cubría promovió acción de amparo solicitando que se procediera al secuestro de un documento que se transmitiría en el popular programa de televisión de “Tato” Bores que se iba a difundir dos días más tarde y que se impidiese la proyección de las partes desdorasas hacia su persona. Al respecto la jueza dijo haber recibido un llamado telefónico donde se le informaba que ese documento, en el cual se la injuriaba y difamaba, se transmitiría la semana siguiente. La actora invocó, esencialmente, el art. 1.071 bis CC en el cual se faculta al juez a hacer cesar las acciones que atentan contra el *Derecho a la Intimidad*. El Tribunal de Primera Instancia denegó la medida cautelar ya que se trataba de restringir un derecho ajeno mediante una inconstitucional censura previa. La Cámara, en cambio, revocó la sentencia y dispuso como medida cautelar la abstención provisional de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, afirmando que el honor y la fama son derechos naturales y de jerarquía constitucional que hacen a la dignidad de la persona humana.

La Corte, en un fallo ejemplar, revocó la sentencia de Cámara sosteniendo que la protección del honor y la intimidad no puede estar sujeta a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley.

³⁹⁶ El desarrollo de este voto se presenta como un antecedente fundamental para la posterior reforma constitucional argentina por la distinción que hace entre tratados internacionales sobre Derechos Humanos de los tratados de otra especie. Fundamentando la necesidad de distinguirlos en que “*los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios.*” Fallos: 315:1492, voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor, Cons. 14.

³⁹⁷ Fallos: 315:1492, voto de los Dres. Petracchi y Moliné O'Connor, Cons. 19.

³⁹⁸ Fallos: 315: 1943.

Las disidencias de este fallo resultan muy interesantes. En primer lugar la del Dr. Boggiano, quien considera que

*El honor y la intimidad de las personas no admiten, como regla, protección judicial preventiva sino remedios reparatorios, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia -incertidumbre que el juez despeja una vez sustanciado el proceso-, y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Pero si ese margen de incertidumbre no se verifica, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud, no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión; máxime en los supuestos en que el daño al honor o a la intimidad pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios. Así, la publicación de informaciones secretas confiadas en circunstancias tales que imponen una obligación de no dar a conocer aquellas informaciones sin la autorización de la persona que las ha confiado, una vez divulgadas, no pueden ya ser confidenciales.*³⁹⁹

Destaca el Ministro que justamente cuando el secreto se divulga, la privacidad se viola y el daño que se ha causado es irremediable, por lo que la prohibición de la censura previa en la Constitución Nacional no llega al extremo de considerar al juez en un simple espectador de un daño inexorable.

Por el contrario, el voto del Ministro Petracchi considera que existe una terminante prohibición a la censura previa “*cuya justificación resultaría mucho más escandalosa que el propio delito que pudiere consumarse con la expresión que pretende prohibirse.*”⁴⁰⁰

En *Pérez Arriaga, Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.* del año⁴⁰¹ 1993 se trata sobre la responsabilidad derivada de la publicación completa de fallos sobre cuestiones de familia. El actor demandó por daños y perjuicios por lesionarse el *Derecho a la Intimidad* al publicarse una sentencia que involucraba a las partes. El juez de Primera Instancia hace

³⁹⁹ Fallos: 315: 1943, voto del Dr. Boggiano, Cons. 10.

⁴⁰⁰ Fallos: 315: 1943, voto del Dr. Petracchi, Cons. 15.

⁴⁰¹ Fallos: 316:1623.

lugar a la demanda y la Cámara confirma el fallo. La Corte revocó el fallo de Cámara por considerar que sólo compete a los jueces que dictan las sentencias evaluar si su difusión lesiona el decoro o la intimidad de las partes. Mantuvo la doctrina establecida que sostiene que el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio puede causar a terceros. En tal caso, comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento debe demostrar la culpa o negligencia del informador de acuerdo con el régimen de responsabilidad por el hecho propio (art. 1109 CC).

En la misma línea trata *Gaggero, Juan José s/recurso de queja*⁴⁰² del año 1997 en el cual el Tribunal de Primera Instancia autorizó la filmación de la audiencia del debate producido en un tribunal oral y su reproducción por un canal de televisión contra la voluntad del imputado. La Cámara confirmó el fallo pero hizo lugar al Recurso Extraordinario por haber sido arbitraria la sentencia del tribunal.

La sentencia fue unánime.

En *Locche, Nicolino c/Miguez, Daniel Aldo y otros*⁴⁰³ del año 1998 se vuelve a tratar sobre el *Derecho a la Intimidad* en relación con el Derecho al honor. El actor reclama indemnización de daños y perjuicios a un medio de prensa por publicar lo que considera que agravia su honor. En efecto, la nota del diario decía:

Como Ballas, muchos ex boxeadores enfrentaron problemas con la justicia (...) hasta el intocable Nicolino Locche le tocó conocer la decadencia (...) quizás uno de los mayores ídolos del boxeo argentino (...) quedó en la ruina y atrapado por la bebida. Dijo que uno de sus hermanos y otros a quienes consideraba amigos lo habían estafado y perdió una estación de servicio, una carpintería, una juguetería y un depósito de vinos. En la cúspide de su carrera, cuando fue campeón mundial de los Welters Juniors, tenía en el banco dinero suficiente para comprarse 84 autos último modelo. Ahora viaja en colectivo, pero está recuperado y trabaja en el club Gimnasia y Esgrima de Buenos Aires.

⁴⁰² Fallos: 320:179.

⁴⁰³ Fallos: 321:2250.

El Tribunal de Primera Instancia rechazó la demanda pero la Cámara revocó la sentencia y condenó a los demandados a pagar \$ 30.000 por daño moral causado por una publicación considerada lesiva al honor y reputación, como también a publicar parcialmente la sentencia en el periódico en que había aparecido.

La Corte confirmó la sentencia de Cámara y consideró que el Derecho al honor, por su vinculación con el *Derecho a la Intimidad*, tiene una protección adicional en el art. 1.071 bis CC que permite la publicación de la sentencia como forma de reparación.

También se relaciona al *Derecho a la Intimidad* con el Derecho al honor en el caso *Cancela, Omar Jesús c/Artear SAI y otros*⁴⁰⁴ del año 1998. Este caso resulta de especial interés para este trabajo ya que se trata de sobre el *Derecho a la Intimidad* en el ámbito del espectáculo: un *sketch* humorístico.

El titular de un juzgado de Familia -Dr. Omar Cancela- presenta demanda contra guionista, actor y licenciataria de un servicio de televisión por caricaturizar su juzgado. En efecto, en el programa de televisión llamado *Hagamos el humor* se representa un juzgado de familia en el que en la puerta se lee, “*Juzgado de Familia, Juez Dr. Cancela*”. Entran una

*madre de aspecto humilde y agobiado, acompañada por cinco niños de corta edad. De mala manera son atendidos por la secretaria privada (...) quien mientras comía de un modo grosero, respondía a la solicitud de la madre de ver al juez con un reclamo de alimentos: el juez está comiendo.*⁴⁰⁵

Continúan la representación caricaturesca del juzgado, del juez y de la administración de justicia.

El Tribunal de Primera Instancia consideró que correspondía hacer responsables civilmente a los codemandados por el menoscabo al honor del actor. La Cámara confirmó su fallo pero redujo el monto establecido de indemnización por daño moral. La Corte también confirmó la sentencia.

⁴⁰⁴ Fallos: 321:2637.

⁴⁰⁵ Fallos: 321:2637, Cons. 2.

Entre varios Considerandos, la Corte específicamente establece que los licenciarios de servicios de comunicación tienen deber de contralor con el fin de evitar que las emisiones difundidas por su frecuencia “*perturben la intimidad de las personas o comprometan su buen nombre y honor (art. 16, Ley 22.285).*”⁴⁰⁶

En su disidencia, el Ministro Petracchi sostiene, citando el dictamen del Procurador General en el caso *Moreno-Timerman* quien a su vez cita a la Corte norteamericana, que se espera que los jueces sean hombres con fortaleza de ánimo y que sean capaces de sobrevivir un clima hostil.⁴⁰⁷ A continuación refiere que desde “*Aristófanes la sátira social y política es un elemento sustantivo del universo cultural al que se suele denominar Occidente (...) y que es el producto más auténtico de la libertad de palabra democrática.*”⁴⁰⁸ Advierte el Ministro que el valor de esta manifestación artística en su rol como expresión de la libertad ideológica indisolublemente unida al pluralismo político exige máxima amplitud. Por lo que se puede inferir que no se protege el afán de espectáculo ni la mofa ni la intromisión en la intimidad de las personas sino la diversidad política. Pero esto fue la opinión minoritaria. La Corte por mayoría confirmó la sentencia e hizo responsable a los demandados por la difusión, *como espectáculo público* de la honra y la intimidad del juez.

El caso *S.V. c/M. D. A.s/ medidas cautelares*⁴⁰⁹ del año 2001 es importante porque considera que forma parte de la protección del interés superior de los menores la protección de su nombre como integrante de su *Derecho a la Intimidad*. El juez de Primera Instancia resuelve que cualquier medio de prensa debe abstenerse de difundir noticia y/o dato que involucre a un menor, bajo apercibimiento de multa y desobediencia. La Cámara limitó la prohibición a la difusión de cualquier noticia vinculada a la filiación de autos, sin perjuicio de la publicidad que pudiere darse de la sentencia, con las limitaciones del art. 164 del CPCC. La Corte sostuvo que el nombre del menor que reclama por el reconocimiento de su filiación está incluido dentro del marco de su intimidad y que la publicación del nombre del menor

⁴⁰⁶ Fallos: 321:2637, Cons. 16.

⁴⁰⁷ Fallos: 321:2637, voto del Dr. Petracchi, Cons. 1.

⁴⁰⁸ Fallos: 321:2637, voto del Dr. Petracchi, Cons. 2.

⁴⁰⁹ Fallos: 324:975.

representaría una debida intromisión en la esfera de su intimidad. Sin embargo, la difusión de “*cualquier otra noticia*” excede la tutela que requiere el menor.

En el caso *Bruno, Arnaldo Luis. c/Sociedad Anónima La Nación*⁴¹⁰ del año 2001 la Corte rechaza los argumentos del actor en cuanto a la violación de su *Derecho a la Intimidad* por las publicaciones del diario *La Nación* que lo vinculaban al atentado terrorista contra la Embajada de Israel. En efecto, la Corte sostiene que el diario procedió según los estándares de la doctrina *Campillay* y confirmó la sentencia de la Cámara que había revocado el fallo de Primera Instancia por considerar que el actor nunca había sido señalado como autor o partícipe en el ataque terrorista, ya que siempre se había utilizado un tiempo de verbo en potencial e indicado en forma reiterada que las fuentes de información consultadas se inclinaban a desvincularlo del hecho.

El fallo *Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil S.A.*⁴¹¹ del año 2001 resulta de vital importancia en este trabajo ya que aborda de lleno la temática en cuestión. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia de Primera Instancia e 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 en los términos del art. 1.071 *bis* CC.

Los demandados adujeron que se violaban principios constitucionales referidos a la libertad de prensa y de información, ya que la vida privada del actor hacen a su personalidad como hombre público por lo que son materia de interés general. También sostienen que la Cámara se apartó de la doctrina de la *real malicia* y otras cuestiones accesorias.

Lo primero que hace la Corte es aclarar que la veracidad o no de las noticias difundidas no hacen a la cuestión, ya que el reclamo no se funda en la inexactitud sino en el carácter íntimo de los hechos. En efecto, para hacerlo, refiere a la autoridad del Tribunal Constitucional Español:

⁴¹⁰ Fallos: 324:2419.

⁴¹¹ Fallos: 324:2895.

*Desde esta perspectiva, debe recordarse que cuando lo afectado es el Derecho a la Intimidad, la excepción de veracidad no resulta legitimadora, pues la responsabilidad proviene de la indebida publicación o divulgación de hechos de la vida íntima, veraces o no.*⁴¹²

Por lo que deviene irrelevante la referencia a la doctrina de la *real malicia* aplicable para el supuesto de publicaciones difamatorias o erróneas.

Agrega la Corte que la integridad de los derechos personalísimos están protegidos a través del régimen general de nuestra ley común, que tiene su fuente sea en la comisión de un delito penal o de un acto ilícito civil.⁴¹³ En particular para el caso del *Derecho a la Intimidad* exigen la arbitrariedad o el abuso de derecho para calificar la ilicitud del ataque o injerencia a la vida privada. Repite la Corte su doctrina de fundar el *Derecho a la Intimidad* en el art. 19 de la Constitución Nacional⁴¹⁴ y repite la doctrina establecida en *Ponzetti de Balbín*.

Del mismo modo repite la doctrina que considera que si bien los personajes célebres y los hombres públicos tienen un ámbito de intimidad restringida, de ningún modo se puede sostener que no tienen tal *Derecho a la Intimidad*.

La sentencia fue unánime.

A los efectos de este trabajo, el fallo Menen constituye un antecedente fundamental ya que presenta nítidamente todos los elementos del instituto.

También resulta importante analizar el caso *Maradona, Diego Armando s/lesiones leves, agresión, daño y amenazas*⁴¹⁵ del año 2002 de conocida repercusión mediática. Diego Armando Maradona reacciona contra los periodistas que interfirieron en su intimidad atacándolos y causándoles lesiones leves. El juez de Primera Instancia lo condenó como autor penalmente responsable a la pena de 2 años de prisión de cumplimiento condicional y costas. Asimismo, lo absolvió de los delitos de amenazas agravadas por el uso de armas y coacción

⁴¹² Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda, sentencia 191/91, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, n° 274 del 15 de noviembre de 1991, en *Fallos*: 324: 2895, Cons. 4.

⁴¹³ Cfr. art. 114 del Código Penal; arts. 1.071 *bis*, 1072, 1.089 y 1.109 del Código Civil; cfr. *Fallos*: 321:2637, 3170.

⁴¹⁴ *Fallos*: 324:2895, Cons. 12.

⁴¹⁵ *Fallos*: 325:2520.

simple. La Cámara confirmó la sentencia, rechazó el Recurso Extraordinario y la Corte desestimó la queja.

Sin embargo, resulta interesante el desarrollo que hace en disidencia el Ministro Adolfo Vázquez, quien considera que el *a quo* no consideró suficientemente la relevancia del *Derecho a la Intimidad* como atenuante de la sanción legal. En efecto, el Ministro considera que el Derecho al honor y a la intimidad excluye cualquier intromisión ilegítima, también de la prensa. Considera que existen tres esferas en las cuales las personas desarrollan su vida: una pública, otra privada y una tercera que es íntima.

*La primera y la segunda se interseccionan como un espacio común que puede ser mínimo o máximo según las circunstancias. En cambio la tercera respecto de la segunda tiene una relación de inclusión. Se encuentra dentro de lo privado y no admite la intromisión ilegítima de la prensa. La intimidad no es simple derecho a la soledad sino un conjunto de aspectos de la vida individual y familiar de las personas que no deben ser conocidos por los demás, pertenecen por entero a cada cual y a partir de ese segmento de vida liberada de la mirada y opinión de los demás todo ser humano tiene el dominio de su imagen, su identidad y personalidad.*⁴¹⁶

La opinión del Dr. Vázquez da un nuevo matiz al ámbito de intimidad, el que, excluido absolutamente de la intromisión de los demás, al ser violado podría funcionar como atenuante de eventuales conductas ilícitas. Pero este voto fue en soledad. La Corte rechazó la pretensión de Maradona y confirmó la sentencia condenatoria.

Se planteó una cuestión competencia en el caso *Comité de seguimiento y aplicación de los Derechos del Niño en la Argentina s/amparo*⁴¹⁷ del año 2003. Se demanda por la omisión de la *Comisión Nacional de Comunicaciones* y del COMFER al no arbitrar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos a la intimidad e integridad psico-física de los niños y adolescentes que declararon en la causa seguida contra Julio César Grassi. Hubiera resultado sumamente interesante contar con la opinión de la Corte sobre si el Estado tiene obligación

⁴¹⁶ Fallos: 325:2520, voto del Dr. Vázquez, Cons. 10.

⁴¹⁷ Fallos: 326: 118.

adicional de velar por intimidad de las personas, además de la prohibición de interferir positivamente en este ámbito.

También aporta un matiz interesante el caso *Baquero Lazcano, Silvia c/Editorial Río Negro S.A.*⁴¹⁸ del año 2003. En efecto, la actora reclama a la Editorial un resarcimiento por la información publicada sobre su persona originada de su renuncia a constituir el cuerpo de jueces que intervendría en el juicio de María Soledad Morales en Catamarca.

El artículo de referencia relata sobre los motivos que tuvo la magistrada para no aceptar integrar el Tribunal, los motivos que la llevaron a instalarse en la provincia de Río Negro, méritos de su carrera en el Poder Judicial, número de hijos y barrio en el que vivía. La Corte revoca la sentencia de Cámara sustentada en su doctrina respecto de que los funcionarios públicos están sujetos a un amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano. Puntualmente considera que “*no puede afirmarse que haya existido lesión al derecho de intimidad de la demandante al haberse limitado el diario a indicar genéricamente el número de hijos que tenía y al individualizarse el barrio en el que vivía*”.⁴¹⁹

Queda claro en este voto un requisito no explicitado hasta el momento: la necesidad de que la difusión de aspectos de la intimidad de las personas sea de modo específico y no meramente genérico.

*R.S.J. c/Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.*⁴²⁰ del año 2003 trata sobre la difusión de una noticia de violación de la actora cuando era menor. El Tribunal de Primera Instancia rechaza la demanda pero la Cámara revoca el fallo y condena a la demandada al pago de \$15.000 por daño moral causado por la publicación que, al permitir su identificación como víctima del delito de violación, afectó su *Derecho a la Intimidad*. La Corte revoca fallo de Cámara por considerar arbitraria la sentencia de alzada al no considerar elementos sustanciales introducidos en el expediente. Por lo que deja sin efecto la sentencia apelada y dispone que lo actuado vuelva al Tribunal de origen para que se dicte nuevo pronunciamiento.

⁴¹⁸ *Fallos*: 326:4136.

⁴¹⁹ *Fallos*: 326: 4136, Cons. 22.

⁴²⁰ *Fallos*: 326: 4165.

Nuevamente vuelve a ser relevante para este trabajo el voto del Ministro Vázquez, quien en disidencia sostiene que cuando se pueden afectar bienes constitucionales como el *Derecho a la Intimidad*, la libertad de expresión debe ejercerse de tal modo que

*lo informado sea de interés público, pues sólo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten, en aras, precisamente, del conocimiento general y la difusión de hechos y situación que interesan a la comunidad. Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una noticia.*⁴²¹

Sin embargo, aspectos de trámite procesal considerados por la mayoría de la Corte hicieron que este criterio no quedara formalmente establecido en su doctrina, ya que el voto de la mayoría fue en contra de la actora.

Un canal de televisión difundió la imagen de un menor en el caso Perelmuter, *Isaac y otro c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A*⁴²² del año 2003. El fallo de la Corte en este caso resulta importante porque aborda el tema de la situación particular de los menores de edad. En una investigación periodística sobre un hecho de interés general en aquel momento conocido como “la mafia del oro”, un jardín de infantes recibe una amenaza de bomba por asistir allí el hijo del Fiscal que intervenía en la investigación judicial. Los periodistas ingresan al jardín con autorización de la directora y difundieron la imagen del hijo del matrimonio Perelmuter, informando que era el hijo del Fiscal en cuestión, lo que motivó la acción del menor representado por sus padres. El juez de Primera Instancia condenó por daños y perjuicios a la demandada por difundir sin autorización la imagen de un menor. La Cámara confirmó el fallo y elevó el monto indemnizatorio. La Corte asimismo confirmó la sentencia de Cámara por considerar que el medio de comunicación debe indemnizar por la difusión de la imagen del menor sin el permiso de los padres. Descarta la argumentación de que tal difusión se hizo en el marco de una investigación de interés general.

⁴²¹ Fallos: 326: 4165, voto del Dr. Vázquez, Cons. 24.

⁴²² Fallos: 326:4638.

Resulta particularmente interesante el dictamen del Procurador General Becerra, quien en cierto modo expresa la justificación de este trabajo sobre el *Derecho a la Intimidad*. Dice el Procurador, citando a Julio C. Rivera, que “*resulta realmente difícil encontrar una fórmula gramatical que exprese con precisión los límites recíprocos entre intimidad y libertad de prensa; bienes jurídicos que, como suele también admitirse, no autorizan el establecimiento de una supremacía jurídica a priori.*”⁴²³ En este sentido opina que esta dificultad impone que el equilibrio sea buscado en cada caso particular, sin poder tener criterios abstractos.

De todos modos, la Corte sostiene que si bien existía interés en informar, el hecho de que se publicara por error la imagen de otro menor y no la del hijo del Fiscal, corresponde rechazar el argumento de la relevancia pública de la noticia. Parecería que el error se cometió para hacer de lo íntimo un *de espectáculo*, por causar el impacto en la opinión pública que es precisamente la hipótesis planteada en este trabajo. Si el medio hubiera privilegiado la calidad de la información, hubiera advertido que no se trataba del hijo del Fiscal y no hubiera publicado la imagen pero como privilegió el espectáculo de la noticia que legítimamente buscaba relatar, se comprueba el extremo de que se difundió lo íntimo como espectáculo, integrando la antijuridicidad y por lo tanto la obligación de reparar.

La sentencia fue unánime a favor de la protección del *Derecho a la Intimidad*.

En la misma línea argumental encontramos el caso *Roviralta, Huberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/Daños y perjuicios*⁴²⁴ del año 2004. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia del juez de grado que admitió la demanda interpuesta por el actor contra *Editorial Tres Puntos S. A.*, en la que perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios que le habría ocasionado la nota publicada en la revista *Tres Puntos* por injurias y violación de su *Derecho a la Intimidad*. Adhiriendo al dictamen del Procurador General, la Corte descalificó la sentencia por no pronunciarse sobre los agravios expuestos y por carecer de análisis de los problemas planteados y consecuentemente violar el principio de congruencia, ínsito en el debido proceso justiciable.⁴²⁵

⁴²³ Rivera, Julio C., *Derecho a la intimidad*, L.L. 1980-D, p. 918 en *Fallos*: 326:4638, Dictamen del Procurador General, III.

⁴²⁴ *Fallos*: 327:789.

⁴²⁵ Tratamiento similar tuvieron las demandas contra Editorial Sarmiento S. A. y Telearte S. A.

De todos modos, el voto en Dr. Fayt resulta importante para este trabajo. Rescata el Ministro que el accionar ilegítimo y abusivo de la editorial demandada no puede ampararse en el interés colectivo superior de informar, ya que el interés del público era de mera curiosidad y no de una información de interés público. Agregando criterios que constituyen elementos fundamentales para la tipificación del caso: 1) Que nadie puede violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas (prohibición que no alcanza no sólo a los poderes públicos sino también a los particulares).⁴²⁶ 2) Que el carácter de personaje con notoriedad pública resulta indiferente en la medida en que los datos relevados carecen de relevancia pública.⁴²⁷ 3) Que es inexistente el derecho a satisfacer la curiosidad ajena.⁴²⁸ 4) Que la supuesta veracidad de lo revelado no exonera al medio de comunicación de la responsabilidad por la intromisión en la vida privada.⁴²⁹ y 5) Que “*todo lo relativo a la concreta vida privada aun de personajes ampliamente conocidos por el público sólo es susceptible de ser divulgado mediando el consentimiento del sujeto en cuestión.*”⁴³⁰

El caso siguiente trata específicamente sobre la relación y el tratamiento conjunto del *Derecho a la Intimidad* y el Derecho al honor. En *González, Adriana Ruth c/Gorbato, Viviana*⁴³¹ del año 2004 la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia de grado para hacer lugar a la demanda por la cual la actora persiguió una equitativa indemnización y la publicación de la sentencia en el diario *Clarín*, por sus expresiones en un programa de televisión en la que le imputaba una relación incestuosa. Dichos que calificó de falsos e injuriosos. Adicionalmente, la Cámara condenó a la demandada al pago de \$10.000 por daño moral causado por afirmaciones lesivas del honor de la actora.

El dictamen del Procurador destaca el planteo de una de las partes que sostiene que el *Derecho a la Intimidad* se diferencia del Derecho al Honor en que en éste la violación de la intimidad supone la difusión de hechos verdaderos, mientras que la afectación del honor supone una imputación falsa. Extremo que no es confirmado por la doctrina del Máximo

⁴²⁶ Fallos: 327:789, voto del Dr. Fayt, Cons. 7.

⁴²⁷ Fallos: 327:789, voto del Dr. Fayt, Cons. 8.

⁴²⁸ Fallos: 327:789, voto del Dr. Fayt, Cons. 8.

⁴²⁹ Fallos: 327:789, voto del Dr. Fayt, Cons. 9.

⁴³⁰ Fallos: 327:789, voto del Dr. Fayt, Cons. 9.

⁴³¹ Fallos: 327:3560.

Tribunal. Por el contrario, la Corte parece más bien partidaria de un tratamiento poco diferenciado de estos derechos. En efecto, luego de dar algunas precisiones sobre la doctrina *Campillay*, la Corte sostiene, como lo hizo en el caso *Costa*, que “*no existe obstáculo alguno de orden interpretativo para que, frente a la notable vinculación existente entre el Derecho a la Intimidad y el derecho al honor, este último encuentre una protección adicional en el art. 1071 bis del Código Civil.*”⁴³² A continuación condena a la demandada a pagar una suma simbólica de \$ 1 en concepto de indemnización del daño moral.

La sentencia fue unánime.

Resulta particularmente interesante notar que la demanda fue por violación a la intimidad y la Corte condena por violación al honor, poniendo en evidencia el tratamiento indiscriminado e indistinto que tienen estos dos derechos para la jurisprudencia de la Corte.

La Corte vuelve a dar otro paso para aclarar el alcance del *Derecho a la Intimidad* en *Keylián, Luis Alberto y otro c/Santillán, María Laura y otros*⁴³³ del año 2004. Sostiene la Corte que el *Derecho a la Intimidad* de un menor es un derecho personalísimo indisponible por terceros. El caso trata de la difusión televisiva en el programa *Justicia para todos* de Canal 13 de la imagen de un menor junto con la del departamento donde habitaba con sus progenitores al tiempo del fallecimiento de su madre, con la precisa mención de su calle, número y piso. La Primera Instancia no hizo lugar a la demanda pero la Cámara revocó el fallo y condenó por daños y perjuicios a la demandada. Señaló la Cámara que la inclusión de la imagen del menor resulta arbitraria ya que “*sólo puede tener una única explicación posible, esto es, darle mayor dramaticidad al programa televisivo que es propio de la actividad crematística llevada a cabo por las demandadas.*”⁴³⁴

El Dictamen del Procurador General -al que adhirió la Corte- destaca que se trata de “*la intimidad de un menor de edad, amparada por normas de jerarquía constitucional que protegen los derechos del niño más allá de una eventual autorización de su progenitor para su exposición o exhibición, toda vez que, dado su carácter personalísimo, estos derechos*

⁴³² Fallos: 327:3560, Cons. 19.

⁴³³ Fallos: 327: 3536.

⁴³⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, *Keylan Luis Alberto y otro c/Santillán, María Laura y otros s/daños y perjuicios*.

resultan indisponibles por terceros.”⁴³⁵ Destaca asimismo que carece de importancia que el menor no comprenda o perciba de manera actual el daño que se le ha causado ya que el menoscabo se produce a su Derecho Subjetivo extrapatrimonial independientemente de su comprensión por parte del menor.

La sentencia fue por mayoría (la minoría consideró que no era admisible el Recurso Extraordinario Federal).

En el caso *Oyarbide, Norberto Mario c/Tauro, Marcela y otro*⁴³⁶ del año 2007 se plantea el reclamo de daños y perjuicios por declaraciones en un programa televisivo. La Cámara revocó el fallo de Primera Instancia y la Corte consideró que el Recurso Extraordinario es inadmisibile en virtud del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De todos modos, resulta interesante el argumento de la Procuraduría General, quien reconoce que lo dicho por la prensa versa sobre materia de interés público o sobre la gestión de quienes desempeñan funciones públicas. La tensión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, a la dignidad y a la intimidad de las personas debe resolverse en el sentido de un mayor sacrificio de quienes tienen en sus manos el manejo de la cosa pública. Sin embargo, en el caso de referencia consideró que se trata simplemente del comentario de la periodista en el que la acotación de la demandada vulgarizó consideraciones personales, que carecen de todo interés público. Así sostuvo:

*en el caso de personajes cuya vida tiene carácter público, 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 (v. doctrina de Fallos 306:1892) pues de tratarse de hechos privados aún admitiendo los ribetes más débiles de su protección, dada, precisamente, la índole notoria de sus titulares, ellos deben poseer relevancia comunitaria para que se justifique su difusión; relevancia cuya demostración concierne a la invocante.*⁴³⁷

⁴³⁵ Fallos: 327:3536, dictamen del Procurador General, Dr. Felipe Daniel Obarrio, Cons. V.

⁴³⁶ Fallos: 330:2168.

⁴³⁷ Fallos: 330:2168, Dictamen de la Procuradora General subrogante Dra. Marta A. Beiro de Gonçalves, Cons. 5.

A esta opinión adhirieron los Ministros Lorenzetti, Fayt y Zaffaroni.

Una vez más surge la discusión sobre publicación de imágenes de un fallecido, esta vez en la vía pública, en el caso *Franco, Julio César c/Diario La Mañana y/u otros s/daños y perjuicios*⁴³⁸ del año 2007. El Tribunal de Primera Instancia hizo lugar a la demanda y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia por considerar que la obtención de la fotografía fue de manera furtiva, sin autorización, lo cual lesionó el *Derecho a la Intimidad* del actor. La Suprema Corte de la Provincia de Formosa rechazó el recurso interpuesto por ambas partes. La Corte Suprema de la Nación compartió los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante y confirmó la sentencia apelada.

Justamente, el dictamen de la Procuradora funda su opinión en la doctrina *Ponzetti de Balbín* argumentando que no resultaba necesario publicar la fotografía del cadáver para informar sobre la muerte de una persona, ya que no puede invocarse la existencia de interés público en la publicación de la fotografía del cadáver.⁴³⁹

La disidencia de la Ministra Carmen Argibay Molina trae nueva luz sobre la temática. Centra su mirada la magistrada en si es o no relevante que la fotografía hubiera sido tomada en el interior de la vivienda o en la acera de enfrente. Así, destaca que el precedente *Ponzetti de Balbín* es ambiguo respecto de si fue ilegítima la publicación de la fotografía del líder político por la intrusión del fotógrafo en la habitación del enfermo, si lo fue por la afectación de los sentimientos de los deudos o por ambos motivos a la vez. Considera la Dra. Argibay Molina que el lugar en que se obtiene la fotografía es fundamental para establecer el alcance de los derechos en juego ya que “*es prácticamente imposible el ejercicio de la prensa y la comunicación sin afectar en mayor o menor medida los sentimientos de las personas relacionadas con el mensaje, sea éste un texto o una imagen.*”⁴⁴⁰ Y remite a la Ley 11.723 que dispone, expresamente, en su último párrafo que “*es libre la publicación del retrato cuando se relaciona con (...) hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.*”⁴⁴¹

⁴³⁸ Fallos: 330:4615.

⁴³⁹ Fallos: 330:4615, Dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. Marta A. Beiró de Gonçalves, Cons. 3.

⁴⁴⁰ Fallos: 330:4615, Disidencia de la Dra. Argibay Molina, Cons. 7.

⁴⁴¹ Ley 11.723, art. 11.

De este modo establece el estándar de ilicitud para la publicación de imágenes a las obtenidas en espacios privados ya sea accediendo directamente o a través de medios tecnológicos, sin ser éste un parámetro absoluto para la magistrada sino una presunción a favor del *Derecho a la Intimidad*. Pero agrega otro estándar a favor de la libertad de prensa: cualquiera fuese el lugar en que se tomara la foto, la actora debió demostrar que la publicación estuvo dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o en la de su familia.⁴⁴²

La Ministra, entonces, centra su atención en el lugar de la injerencia y en si los motivos son la *simple interferencia con la intimidad*. Este criterio no llega a verificar la hipótesis de este trabajo pero concuerda con la necesidad de establecer el criterio de arbitrariedad requerido para la configuración del ilícito en la violación de la intimidad de las personas. Los matices son diferentes y tienen ciertamente consecuencias diferentes pero ratifican la necesidad de establecer un parámetro que permita distinguir la injerencia lícita de la ilícita en la intimidad de las personas.

En *Sciammaro, Liliana c/Diario El Sol s/daños y perjuicios*⁴⁴³ del año 2007 la difusión en un diario de situaciones relativas a la vida familiar, sexual y afectiva de un menor fue considerada en todas las instancias y se consideró que no se lesiona el derecho a la libertad de expresión sin censura previa toda vez que en el *sub lite* la información fuese lesiva del *Derecho a la Intimidad* y el honor de un menor de edad.

La sentencia fue unánime.

Finalmente, en *Patitó, José Ángel c/Diario La Nación* del año 2008⁴⁴⁴ la Corte concluyó que el principio de la *real malicia* no es aplicable a este caso, por considerar que sólo debe aplicarse a expresiones que consisten en juicios de hecho o informaciones falsas. En el caso, el diario vierte opiniones o valoraciones. Para la Corte, en el régimen jurídico de la responsabilidad civil cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión y, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia de

⁴⁴² Fallos: 330:4615, Disidencia de la Dra. Argibay Molina, Cons. 10.

⁴⁴³ Fallos: 330:3685.

⁴⁴⁴ P. 2297 XL.

daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo de la responsabilidad profesional del periodista o del periódico.

La Corte revoca la sentencia apelada y rechaza la demanda.

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia norteamericana que tratan la temática *Derecho a la Intimidación* y libertad de expresión (1972-2008).

La metodología utilizada arroja que en el período en estudio solamente un caso trata sobre la relación del *Derecho a la Intimidación* y la libertad de expresión. Se trata de *Smith Judge, et al. vs. Daily Mail Publishing Co.*⁴⁴⁵ del año 1979.

Sin, embargo, utilizando otras fuentes se advierte que hay tres casos más en los que la Corte Suprema de los Estados Unidos trata esta temática y dada su importancia y haciendo la salvedad metodológica, se hace una referencia a ellos.

El primer caso, fuera de la serie diacrónica estudiada, es *Time, Inc. vs. Hill*⁴⁴⁶ del año 1967. La Corte trata aquí sobre el conflicto entre libertad de prensa de la Primera Enmienda y el *Derecho a la Intimidación*, en la versión del *common law* llamada *false light*.⁴⁴⁷

El caso trata sobre un artículo de la revista *Life* de febrero de 1955 en que se identifica a la familia Hill como inspiradora de una novela de Joseph Hayes. La novela en cuestión trata sobre una familia que es tomada como rehén en su casa, como efectivamente lo fue la familia Hill en su día. El Tribunal de Primera Instancia consideró que la revista había creado una nota ficticia utilizando el nombre del actor y de su familia con fines comerciales y publicitarios. Hill obtuvo US\$ 30.000 por daños compensatorios. La Cámara de apelación confirmó la decisión.⁴⁴⁸

En el fallo de la Corte Suprema el juez Brennan distingue entre el *Derecho a la Intimidación* propio del *common law* (respecto de agentes privados) y el *Derecho a la Intimidación* constitucional gestado por el caso *Griswold* (respecto del gobierno). El juez consideró que se

⁴⁴⁵ 443 US 97.

⁴⁴⁶ 385 US. 374.

⁴⁴⁷ Cfr. Flores, O., *op. cit.*, p. 205.

⁴⁴⁸ Cfr. Flores, O., *op. cit.*, p. 207.

trataba del primer caso. El estándar requerido por la Corte fue el requerido para publicaciones falsas sobre asuntos de interés público o sea el de *real malicia*. La Corte revocó la sentencia y ordenó sustanciar un nuevo juicio según su criterio.⁴⁴⁹

Para el propósito de este trabajo y de su hipótesis resulta interesante la disidencia del juez Fortas, quien destaca que el Estado puede proveer un remedio cuando se invade la intimidad de una tranquila familia sin otro propósito del interés dramático y el atractivo comercial.

En *Cox Broadcasting Corp. vs. Cohn*⁴⁵⁰ del año 1975 se discute sobre si el Estado puede imponer daños por invasión a la intimidad “*causada por la publicación del nombre de la víctima de una violación, fallecida, revelado públicamente por la prensa en conexión con el proceso judicial iniciado a raíz del delito.*”⁴⁵¹

La decisión de la Corte fue que no se puede hacer responsable a la prensa por publicar información exacta obtenida de archivos públicos. Este fallo distingue, de un modo no establecido hasta el momento, entre difamación e intimidad.

En *Oklahoma Publishing Co. vs. District Court*⁴⁵² del año 1977 se trata el caso planteado por *Oklahoma Publishing Co.* que consideraba la prohibición del juez de menores de difundir el nombre y la imagen de un menor de edad acusado de un delito ya que atentaba contra la Primera y Décimo cuarta Enmienda. Resulta importante advertir que en el caso la prensa tuvo acceso al nombre y a la imagen del menor con anterioridad a la prohibición de difundirlos dada por el juez de menores.

La Corte consideró que era inconstitucional prohibir la publicación de información ampliamente diseminada, obtenida por procedimientos judiciales abiertos al público. Aclaró que no había evidencia de que se hubiera obtenido la información ilegalmente o sin la aprobación implícita del Estado.⁴⁵³

⁴⁴⁹ *Ídem.*

⁴⁵⁰ 420 US 469.

⁴⁵¹ Cfr. Flores, O., *op. cit.*, p. 217.

⁴⁵² 430 U.S. 308.

⁴⁵³ Cfr., Flores, O., *op. cit.*, p. 224.

En *Smith Judge, et al. vs. Daily Mail Publishing Co.*⁴⁵⁴ del año 1979 se analiza el caso de la publicación del nombre de un menor arrestado por matar a otro. Los periodistas averiguaron el nombre de esta persona escuchando la frecuencia de radio policial y entrevistando a testigos del caso. Los demandados fueron acusados de violar la ley del West Virginia que prohíbe la publicación del nombre un menor acusado de un crimen, sin la autorización de una Corte juvenil. La Suprema Corte del Estado consideró que la ley en cuestión viola la Primera y la Décimo cuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos por ser insuficiente para proteger la identidad del menor ya que la prohibición alcanza sólo a los medios gráficos.

El diario sostuvo que el requisito de la autorización previa prevista en la ley en su operación y efectos funciona como censura previa. Concluye que hay una presunción de inconstitucionalidad y que el interés del Estado en proteger el anonimato del menor no es suficiente para desvirtuar esa presunción.

En este sentido vale la pena advertir que el requisito de autorización judicial previa tiene un efecto menos opresivo que la prohibición lisa y llana de publicar el nombre de un menor.

La Corte Suprema se refirió a opiniones anteriores donde ya había sostenido que los Estados no pueden imponer sanciones a las publicaciones de información verídica obtenida legítimamente de registros públicos. Puntualmente en este caso consideró que el interés del Estado en proteger la identidad del menor debe ceder ante el requisito establecido en la Primera Enmienda de la Constitución.⁴⁵⁵

Sin embargo, consideró que la ley del Estado de West Virginia no alcanzaba a cumplir los estándares constitucionales por requerir la autorización judicial sólo a los medios gráficos, excluyendo a otros medios de comunicación. De hecho, en el caso en cuestión, varias radios

⁴⁵⁴ 443 US 97.

⁴⁵⁵ “*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.*” (El Congreso no podrá dictar leyes estableciendo una religión, ni prohibiendo su libre ejercicio, ni limitar la libertad de expresión, ni de la prensa, ni limitar el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente, ni de peticionar ante las autoridades la reparación de agravios. Primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.) (Traducción del autor).

también dieron a conocer el nombre del menor. En su voto el juez Rehnquist consideró que la ley del Estado de West Virginia era inconstitucional por ser insuficiente para lograr el interés del Estado en preservar el nombre del menor y agregó que:

*In my view, a State's interest in preserving the anonymity of its juvenile offenders-an interest that I consider to be , in the words of the Court, of the highest order- far outweighs any minimal interference with freedom of the press that a ban on publication of the youths names entails.*⁴⁵⁶

Agrega que no tendría dudas en sostener que si la ley estableciera una prohibición general de publicación para todos los medios de comunicación, tal prohibición sería constitucional.

El fallo de la Suprema Corte de West Virginia fue confirmado.

En el fallo *The Florida Star vs. B.J.F.*⁴⁵⁷ del año 1989 la Corte volvió a sostener su criterio respecto del conflicto de intereses entre la libertad de expresión y el *Derecho a la Intimidación*: resolver caso por caso, sin ofrecer una solución exhaustiva, pero finalmente siempre inclinándose por los derechos de la Primera Enmienda.⁴⁵⁸ Puntualmente en este caso volvió a sostener que no se podía hacer responsable a la prensa por la difusión de información obtenida legalmente, aunque esa información fuera la identidad de una mujer violada, si el gobierno no demuestra la necesidad de promover un interés estatal del más alto orden.

Finalmente, *Bartnicki, Gloria et al. vs. Frederick W. Vopper*⁴⁵⁹ del año 2001 trata sobre la difusión de conversaciones sabiendo que las mismas fueron obtenidas ilegalmente, en tanto y en cuanto quien las disemina no haya participado en absoluto en su adquisición. En el caso, la dirigente sindical Gloria Bartnicki llamó por teléfono al presidente del sindicato desde su celular. La conversación trataba en términos muy duros a los integrantes del Consejo del

⁴⁵⁶ 443 US 97, voto del juez Rehnquist. (En mi opinión, el interés del Estado en preservar el anonimato de sus delincuentes juveniles -un interés que considero, en palabras de la Corte, del más alto orden- compensa cualquier interferencia mínima con la libertad de prensa que significa la prohibición del nombre de los menores.) (Traducción del autor).

⁴⁵⁷ 491 U. S. 524.

⁴⁵⁸ Cfr. Flores, O., *op. cit.*, p. 232.

⁴⁵⁹ 532 US 2001.

establecimiento educativo con quienes se mantenían las discusiones sindicales. Una persona no identificada grabó la conversación telefónica y depositó una copia en el buzón del Consejo y en el de otras personas interesadas en las negociaciones. El Consejo solicitó una investigación criminal. Otras copias llegaron a manos de medios de comunicación. La Primera Instancia, la Apelación y la Corte fallaron concordantemente. En su fallo, la Corte, en palabras del juez Stevens, sostuvo que los intereses de privacidad ceden cuando son balanceados con el interés de la prensa en publicar asuntos de importancia pública. Sostuvo el juez:

*As a general matter, “state action to punish the publication of truthful information seldom can satisfy constitutional standards.” Smith v. Daily Mail Publishing Co., 443 U. S. 97, 102 (1979). More specifically, this Court has repeatedly held that “if a newspaper lawfully obtains truthful information about a matter of public significance then state officials may not constitutionally punish publication of the information, absent a need ... of the highest order.”*⁴⁶⁰

Como se puede advertir fácilmente en el dilema planteado, la Corte norteamericana optó siempre por la supremacía de la libertad de expresión. De todos modos, este criterio lo tomó advirtiendo que lo hacía para el caso particular, esperando que algún caso planteara mejor la problemática y permitiera dar un criterio general. Este criterio ha determinado que el *Derecho a la Intimidación* permanezca en un estado de incertidumbre que requiere mayor consideración.

⁴⁶⁰ 532 US 2001cons. VI. Como criterio general, “la acción estatal que castiga la publicación de información verdadera rara vez puede alcanzar los estándares constitucionales”, *Smith v. Daily Mail Publishing Co.* 443 U. S. 97, 102 (1979). Más específicamente, esta Corte ha sostenido repetidamente que “si un diario obtiene información veraz legalmente, sobre asuntos de importancia pública, los oficiales del Estado no pueden castigar constitucionalmente la publicación de esa información, sin que haya una necesidad del más alto grado.” (Traducción del autor).

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia Argentina que tratan la temática *Derecho a la Intimidad* y la difusión de imágenes (1972-2008).

El primer caso del período en estudio es *Mieres, Roberto Casimiro y otra c/ SAFRAR*⁴⁶¹ del año 1977. Se trata de una demanda por daños y perjuicios por la violación del *Derecho de Intimidad* al utilizar la demanda parte del frente de la vivienda del actor para realizar publicidad comercial sin autorización. Resulta significativo advertir que tanto la Primera Instancia como la Apelación consideraron que no correspondía hacer lugar al reclamo. Sin embargo, la Corte, anticipándose al criterio jurisprudencial que vendría después, consideró que la sentencia debía revocarse por no precisar el alcance del *Derecho a la Intimidad*, aclarando que éste comprende también el ámbito doméstico y el recinto donde vive la persona.⁴⁶² Concuera con la opinión del apelante de que el juez de la sentencia no tuvo una real comprensión del problema sometido a su consideración: la intimidad de una persona herida por una intromisión no autorizada. Adicionalmente estableció que la sentencia carece de sustento por hacer depender el derecho del actor a la mayor o menor importancia y características de la casa.⁴⁶³

En su Considerando 7, la Corte agrega que el fallo de Primera Instancia debe revisarse, ya que la problemática planteada fue analizada a la luz de una normativa inexistente al momento de la realización del hecho. Este dato aporta a la justificación metodológica de este trabajo que marcó el período 1972-2008 como relevante dada la modificación del art. 1.071 *bis* del Código Civil argentino, que incorpora el concepto de intimidad. Justamente este fallo evidencia el cambio de actitud jurisprudencial que se produjo a partir de la modificación normativa.

Otro caso que relaciona el *Derecho a la Intimidad* con la imagen de las personas es *Lambrechi, Norma Beatriz y otra c/Wilton Palace Hotel*⁴⁶⁴ del año 1988. La Cámara de Apelaciones revocó el fallo de Primera Instancia que concedía indemnización por daños y perjuicios por una indebida utilización de la imagen las actoras. La Corte consideró que la

⁴⁶¹ *Fallos*: 298:723.

⁴⁶² *Fallos*: 298:723, Cons. 5.

⁴⁶³ *Fallos*: 298:723, Cons. 6.

⁴⁶⁴ *Fallos*: 311:1171.

opinión de la Cámara no parece una decisión derivada razonada del Derecho. Funda esta opinión en su exégesis de la Ley 11.723 que prohíbe la reproducción de la imagen de las personas bajo ciertas circunstancias. Prohibición que cede sólo ante el interés general extremo que no considera cumplido en el caso, ya que se trata de una filmación eminentemente comercial. Si bien funda su decisión en la interpretación de la ley, la Corte se refiere a la arbitrariedad que tal utilización de la imagen implica y la violación de la protección que la ley confiere a las personas (nótese que se trata de una violación de la intimidad de la persona y no de la imagen), según los arts. 17 y 18 CN.

Sin hacer referencia al *Derecho a la Intimidad*, la Corte volvió a incorporar la temática que sería desarrollada más extensamente en fallos futuros. También resulta interesante advertir la fundamentación de la Corte centrando el derecho en los arts. 17 y 18 CN y no en el art. 19, como lo establecería después.

En *Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo José s/avocación*⁴⁶⁵ del año 1990, la Corte intervino por avocación a pedido de los jueces nacionales Aon y Cárdenas. Al respecto, se había solicitado autorización para la instalación de una cámara Gesell en el juzgado con el fin de que fuera utilizada por todos los juzgados dedicados a asuntos de familia. Autorización que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil denegó. El argumento utilizado por la Cámara fue que lesionaría el *Derecho a la Intimidad* de las familias que fueran sometidas a ese procedimiento. En el caso se presenta simplemente un criterio diferente respecto del modo en que se protege el *Derecho a la Intimidad*, ya que la Corte consideró que en el esquema solicitado por los jueces se toman medidas suficientes para proteger justamente la intimidad de los miembros de las familias. La Corte consideró que no se afecta el *Derecho a la Intimidad* dadas las siguientes condiciones: a) si media conformidad expresa de la familia y abogados; b) se explica a las partes previamente a la realización de la audiencia que la reunión será grabada o presenciada; c) se hace saber el propósito del procedimiento; d) no se dan a conocer los nombres de los miembros de la familia; e) el material fílmico se archiva sin darse a conocer a terceros y f) no se es utilizado cuando algún miembro de la familia se niega a su empleo. Con el peso de su autoridad, se avocó en la cuestión, autorizó la instalación de la

⁴⁶⁵ Fallos: 313:626.

cámara Gesell, declaró de interés para el Tribunal la capacitación de los magistrados en la materia y dispuso que la Cámara de Apelaciones elaborara un informe sobre los resultados y conclusiones del programa.

En *Gaggero, Juan José s/recurso de queja en causa N° 558*⁴⁶⁶ del año 1997 se vuelve a tratar el tema de filmaciones producidas en dependencias de los juzgados. El Tribunal Oral en lo Criminal N° 8 autorizó la filmación de una audiencia de debate y su reproducción por un canal de televisión contra la voluntad del imputado. Decisión que quedó firme por la denegación de la Cámara Nacional de Casación Penal del Recurso de Casación. Por lo que la defensa de Juan José Gaggero interpuso Recurso Extraordinario cuya denegación dio origen a la queja que consideró la Corte. No se trata de una discusión sobre lo que eventualmente podrían o no difundir los medios de comunicación, ya que dada la autorización judicial, resultaría incuestionable la habilitación para la difusión de las imágenes. Lo que se discutió en este caso fue el ámbito de protección de la intimidad que, según el tribunal penal, debía plantearse en sede civil. La Corte en voto unánime consideró que los

*agravios relativos a la afectación de los derechos a la intimidad, dignidad y difusión de la imagen no son susceptibles de oportuna reparación ulterior, lo que determina que la resolución impugnada sea equiparable a definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48.*⁴⁶⁷

con lo que estableció la urgencia de actuar en defensa de este derecho, sin dar lugar a disquisiciones procesales. La Corte revocó la sentencia, poniendo otro hito en el proceso de validación del *Derecho a la Intimidad*.

Conclusiones

El análisis realizado permite concluir que en los Estados Unidos de América la protección de la intimidad tiene dos vertientes, una originada en el *common law* que busca

⁴⁶⁶ Fallos: 320:179.

⁴⁶⁷ Fallos: 320:179, Cons. 6.

impedir la difusión de la vida privada de los individuos por medio de la prensa, y otra, de fuente constitucional, vinculada a la autonomía de las personas al momento de tomar decisiones fundamentales. Sin embargo, también debe notarse que en los últimos años se ha dado mayor protección constitucional a la difusión de información y datos de la persona.

Así, la Corte norteamericana ha privilegiado sistemáticamente la libertad de expresión y la libertad de prensa, por encima del *Derecho a la Intimidad* y ha considerado que la privacidad del *common law* es un respetable interés de los particulares dotado de tutela por la legislación común de los estados locales, pero ajeno a la Constitución Federal de los Estados Unidos.

Resulta fundamental advertir que si bien la Corte norteamericana claramente privilegia la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda, no ha establecido explícitamente que la prensa goce de protección constitucional para difundir la intimidad de las personas sin restricciones. Por lo que la puerta ha quedado abierta para su protección, en circunstancias adecuadas.

La Corte argentina por su parte y como ya se ha señalado, tiene una concepción amplia del *Derecho a la Intimidad*, incluyendo acciones autorreferentes y el control de la publicidad de aspectos de la persona que están sujetas a su exclusiva disponibilidad. Ambos aspectos son, para la Corte argentina, oponibles tanto frente la autoridad de los funcionarios como ante terceros.

Respecto de la libertad de expresión, la Corte Argentina en muchas ocasiones ha seguido el criterio de la Corte de los Estados Unidos, pero no siempre. Esta Corte prioriza el *Derecho a la Intimidad*, por sobre el de libertad de expresión, por ejemplo en el caso de los funcionarios públicos.

Cuando se consideró que se difundió la intimidad con fines sensacionalistas (Ponzetti), que no hubo interés por la realidad de los hechos sino una representación (Costa), o que la reproducción de la imagen fue con fines comerciales (Lambrechi) se realizaba una difusión de la intimidad prohibida. Del mismo modo consideraron que cuando se difunde algo que no fue hecho para ser visto en público, se hace una parodia de una persona (Cancela) o se difundían aspectos de la persona no relacionados con lo que legítimamente interesa al público (Menen)

se viola su intimidad. También que cuando reiteradamente se expone una persona (S.V.) o se le da indebida exposición pública (Perelmuter) se viola el Derecho a la Intimidad.

Finalmente del mismo modo consideró que cuando se hace de una persona foco de una atención periodística desagradable y de mal gusto, se difunde la intimidad buscando dar mayor dramaticidad a un programa televisivo (Keylián) o la información en sí misma no requiere la exposición de la imagen e intimidad de una persona, (Sciammaro y Franco) quien lo hace es responsable por daño causado por violación de la intimidad.

Se advierte que estos elementos forman parte de la sociedad de la espectacularidad: actores, escenarios, representaciones, agitación de la adicción del público por tópicos sensacionalistas, risas y llantos de los espectadores.

Por lo señalado se considera que en la Argentina, el *Derecho a la Intimidad* ostenta el carácter de una libertad preferida y que hay elementos que la hacen incompatible con su espectacularización sin la debida autorización del interesado.

Capítulo V

El Derecho a la Intimidación y la libertad de asociación

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina que tratan la temática *Derecho a la Intimidación* y libertad de asociación (1972-2008).

La libertad de asociación es un derecho relacionado con sectores minoritarios. El primer texto normativo que lo consagra es la Constitución de Pennsylvania de 1776.⁴⁶⁸ Históricamente se lo relaciona con la condena que tuvo William Penn en Londres por predicar en la calle a un grupo de cuáqueros. Son generalmente sectores políticos, religiosos y de otro tipo que están en formación quienes se muestran inicialmente involucrados en la lucha por este derecho. Estos grupos sienten una necesidad de encontrarse, de juntarse para compartir ideas y creencias comunes. La asociación con otras personas posibilita y alienta su acción y la trascendencia de sus visiones a sectores más amplios de la sociedad. Por otro lado, también es un derecho relacionado con el sistema democrático, el acceso libre y transparente a los cargos electivos de gobierno y a la libertad de expresión. Recientemente ha sido un derecho al que se lo vinculó con el *Derecho a la Intimidación*. La Corte Suprema de Justicia argentina lo consideró en 6 renombrados casos:

El primero de ellos fue *Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas*⁴⁶⁹ del año 1991. Este caso trata sobre la denegación de la Inspección General de Justicia de la personería jurídica como asociación civil solicitada por la Comunidad Homosexual Argentina (C.H.A), confirmada a su vez por la Cámara de Apelaciones, la que fundó su decisión basada en autorizadas opiniones que, según el fallo, concuerdan en considerar a la homosexualidad como un trastorno de la conducta sexual.

⁴⁶⁸ *The citizens have a right in a peaceable manner to assemble together for their common good, and to apply to those invested with the powers of government for redress of grievances or other proper purposes by petition, address or remonstrance. Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania, Right of Petition, Section 20.* Los ciudadanos tienen derecho a reunirse de modo pacífico, para el logro de su propio bienestar y de dirigirse a aquellos investidos con poder de gobierno, resolución de conflictos u otros propósitos para solicitar, requerir ser atendidos y reconocidos. (Traducción del autor).

⁴⁶⁹ *Fallos*: 314:1531.

Adicionalmente sostuvo que los principios de la moral cristiana rechazan esta conducta por ser contraria a los objetivos mismos de la sexualidad (la reproducción de la especie); que en la Constitución está presente un mandato de protección integral a la familia y en que los objetivos de la pretendida asociación no se compadecen con los objetivos de bien común que exige la norma vigente en la materia.⁴⁷⁰ La Corte confirmó la sentencia de Cámara en líneas generales coincidiendo con sus argumentos a los que agregó que no se ve restringido el derecho a la libre expresión porque el grupo de personas en cuestión puede seguir expresándose, como lo viene haciendo hasta el momento, como simple asociación civil según el art. 46 CC.⁴⁷¹ No dice nada el voto de la mayoría respecto al *Derecho a la Intimidad*.

Sí lo hacen, en cambio, los votos en disidencia de los Ministros Fayt y Petracchi.

El Dr. Carlos Fayt -en una cuidada elección de palabras- sostiene que protección de la dignidad humana requiere “*un ámbito íntimo e infranqueable de libertad.*”⁴⁷² Cita el Ministro un fallo inglés (*Dudgeon vs. U.K.*) del año 1981 en el que si bien se consideró que las leyes que prohíben la homosexualidad eran valiosas, no lo eran tanto como para significar un interés público trascendente como para limitar el campo de íntima libertad de la persona.⁴⁷³

En similar sintonía, el Ministro Petracchi sostiene que el fallo apelado, so pretexto de proteger a la familia,

*ha tenido como resultado el de desconocer el Derecho a la Intimidad consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional, el cual protege un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos, costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, etc. de tal forma que permita a los individuos elaborar libremente sus planes de vida, en tanto éstos no afecten concretamente algún interés legítimo de terceros.*⁴⁷⁴

⁴⁷⁰ Fallos: 314:1531, Cons. 2.

⁴⁷¹ Fallos: 314:1531, Cons. 11.

⁴⁷² Fallos: 314:1531, voto del Dr. Fayt, Cons. 10.

⁴⁷³ Fallos: 314:1531, voto del Dr. Fayt, Cons. 10.

⁴⁷⁴ Fallos: 314:1531, voto del Dr. Petracchi, Cons. 22.

Y agrega: “*el fallo apelado, al hacer hincapié en que la homosexualidad, vista en sí misma, entraña una intrínseca negación de los valores de la familia, configura una intromisión ilegítima en el ámbito de autonomía individual mencionado supra*”⁴⁷⁵, -el referido *Derecho a la Intimidad* del art. 19 de la Constitución Nacional.

Sin embargo, la Corte en voto de la mayoría confirmó la sentencia de la Cámara y denegó la personería jurídica solicitada.

En *Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad*⁴⁷⁶ del año 2005 se plantea la imputación que se hizo a dos integrantes de dicha asociación -alumnas del Instituto de Formación Docente de la localidad de Cutral-Co, provincia del Neuquén-, de haber violado una resolución del Consejo Provincial de Educación de la Provincia del Neuquén y a quienes se les intimó a realizar descargo por escrito por su actitud de no jurar la bandera ni participar activamente en actos que honren a signos patrios. El Superior Tribunal de la provincia declaró la inadmisibilidad de la acción por considerar que la normativa en cuestión “*todavía no ha cobrado vigencia por su falta de publicidad (art. 90 y 92 de la ley 1.284)*.”⁴⁷⁷

La Corte coincidió con el dictamen del Procurador y consideró que del examen de las diversas argumentaciones que sostienen la pretensión planteada es posible señalar que no se verifica la presencia de una controversia actual y concreta,⁴⁷⁸ por lo que desestima el Recurso Extraordinario, con costas.

En disidencia, la Ministra Highton de Nolasco consideró que sí merecía tratamiento, ya que más allá de la falta de publicación, la resolución estaba vigente por cuanto había tenido consecuencias tanto en el personal docente como en los estudiantes de las escuelas provinciales. Argumenta la Ministra que el respeto puede ser activo o pasivo y que el agravio de la actora se funda en la exigencia de una participación activa en la honra a los símbolos patrios. Se pregunta si la exigencia de respeto activo es compatible con la objeción de conciencia, entendida como el derecho a no cumplir una norma u orden de la autoridad que

⁴⁷⁵ Fallos: 314:1531, voto del Dr. Petrachi, Cons. 23.

⁴⁷⁶ Fallos: 328:2966.

⁴⁷⁷ Fallos: 328:2966, Dictamen del Procurador General, Cons. II.

⁴⁷⁸ Fallos: 328:2966, Cons. 3.

violente las convicciones íntimas de una persona. Agrega que el *Derecho a la Intimidad* del art. 19 de la Constitución Nacional es otro fundamento a la objeción de conciencia, ya que los comportamientos de una persona, “*incluso los públicos pertenecen a su privacidad.*”⁴⁷⁹ Consideró la jueza que la exigencia de una participación activa como la requerida por la resolución de referencia vulnera la libertad de conciencia, de religión y de culto, el derecho a la privacidad y a trabajar de los docentes que integran el culto Testigos de Jehová.⁴⁸⁰ Pero su opinión no fue suficiente, ya que la Corte por amplia mayoría desestimó el recurso.

Se plantea nuevamente la cuestión de la libertad de asociación y la intimidad en el caso *Partido de la Revolución Democrática (P.R.D.) s/solicita reconocimiento*⁴⁸¹ del año 2006. La actora plantea la inconstitucionalidad del requisito de presentación de un mínimo de fichas de afiliación para el reconocimiento y para su funcionamiento. El Tribunal de Primera Instancia y el de Apelación denegaron la reforma estatutaria presentada en la que autorizaban a participar en las elecciones partidarias a adherentes, además de los afiliados. La lógica de la reforma estatutaria presentaba una objeción al requisito de afiliación en la protección de datos personales, que por el acceso que tienen las autoridades a dicha información vulnera la intimidad de los afiliados. Consideró el Procurador General, en opinión que adhirió la Corte, que los partidos políticos suponen una asociación de personas de carácter permanente, por lo que no puede equipararse el afiliado al adherente.⁴⁸² Del mismo modo, opinó que la exigencia de contar con un mínimo de afiliaciones no puede ser considerada como un requisito discriminatorio y que la recopilación de información, incluso sobre ideas políticas, se realiza en ejercicio de una función asignada por la ley, por lo que no puede ser considerada como una injerencia desmesurada en la privacidad de los integrantes del partido.⁴⁸³

En sentencia unánime, la Corte adhirió a la opinión del Procurador General y desestimó el Recurso Extraordinario.

⁴⁷⁹ *Fallos*: 328:2966, voto de la Dra. Highton de Nolasco, Cons. 14.

⁴⁸⁰ *Fallos*: 328:2966, voto de la Dra. Highton de Nolasco, Cons. 16.

⁴⁸¹ *Fallos*: 329:187.

⁴⁸² *Fallos*: 329:187, Dictamen del Procurador General, Cons. V.

⁴⁸³ *Fallos*: 329:187, Dictamen del Procurador General, Cons. V.

En *Mujeres por la Vida Asociación Civil sin Fines de Lucro Filial Cba. c/EN Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/Amparo*⁴⁸⁴ del año 2006 se plantea la legitimación de una asociación para accionar cuando se vulnera un derecho de incidencia colectiva en general. La Primera Instancia y la Apelación desestimaron la acción por considerar que la asociación carecía de legitimación, pero la Corte revocó la sentencia y dispuso la habilitación procesal de la actora.

En voto disidente, el Ministro Lorenzetti se refiere extensamente a la doctrina sobre derechos colectivos y derechos individuales homogéneos para sostener que el “*art. 19 [de la Constitución Nacional] consagra una esfera de la individualidad personal, que comprende tanto derechos patrimoniales como extrapatrimoniales, que presupone la disposición voluntaria y sin restricciones que la desnaturalicen.*”⁴⁸⁵ De este modo sostiene que la asociación en cuestión no puede demostrar que los ciudadanos de este país hayan delegado en ella la definición de sus estilos de vida en la materia que se trata.⁴⁸⁶ Adicionalmente, consideró que el reconocimiento de legitimación a la asociación *Mujeres por la Vida* conllevaría la vulneración del derecho de defensa en juicio de quienes no han participado en el proceso y serían afectados por una decisión sin que se haya escuchado su opinión.⁴⁸⁷

En suma, este fallo, que revoca la sentencia y otorga legitimación activa a la asociación *Mujeres por la Vida*, resulta difícil de catalogar como a favor o en contra del *Derecho a la Intimidad*, ya que desde el punto de vista de la libertad de asociación y la intimidad del grupo en cuestión, sus íntimas convicciones estarían siendo respetadas pero desde el punto de vista de quienes no forman parte de esta asociación, su intimidad estaría siendo vulnerada por una representación que no han concedido.

Finalmente, en *Asociación Lucha por la identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia*⁴⁸⁸ del año 2006 la Cámara de Apelaciones confirmó la resolución de la Inspección General de Justicia que denegó a la Asociación la autorización para funcionar como persona jurídica, en el marco del art. 33, segunda parte, ap. 1°, del Código Civil. A este

⁴⁸⁴ Fallos: 329:4593.

⁴⁸⁵ Fallos: 329:4593, voto del Dr. Lorenzetti, Cons. 9.

⁴⁸⁶ Fallos: 329:4593, voto del Dr. Lorenzetti, Cons. 12.

⁴⁸⁷ Fallos: 329:4593, voto del Dr. Lorenzetti, Cons. 12.

⁴⁸⁸ Fallos: 329:5266.

respecto consideró que sus objetivos no se vinculan con el bien común -requisito indispensable para este tipo de persona jurídica- sino que representan sólo una utilidad particular para los componentes de la Asociación. Asimismo, sostuvo que la negatoria por parte de la IGJ se encuadra dentro de sus facultades discrecionales. La Corte revocó el fallo por considerar que la decisión de la Cámara restringe el derecho de asociación consagrado por el art. 14 de la Constitución Nacional y por tratados internacionales de igual jerarquía reconocidos por el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.⁴⁸⁹

Del mismo modo, desautorizó la opinión de la IGJ y de la Cámara en cuanto a la denegación del objeto de la asociación como orientado al bien común sosteniendo:

*resulta prácticamente imposible negar propósitos de bien común a una asociación que procura rescatar de la marginalidad social a un grupo de personas y fomentar la elevación de su calidad de vida, de sus niveles de salud física y mental, evitar la difusión de dolencias infecciosas, prolongarles la vida, abrir proyectos para que la única opción de vida deje de hallarse en los bordes de la legalidad o en el campo de arbitrariedad controladora y, en definitiva, evitar muertes, violencia y enfermedad.*⁴⁹⁰

Puntualmente, respecto del *Derecho a la Intimidad* consideró que

*el art. 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona y por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores, y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta nuestra Norma Fundamental.*⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Fallos: 329:5266, Cons. 5.

⁴⁹⁰ Fallos: 329:5266, Cons. 18.

⁴⁹¹ Fallos: 329:5266, Cons. 19.

Y agregó que considerar la condición de los integrantes de la asociación como disvalioso, incluso para ellos mismos, “*importa un juicio que irrumpe en el ámbito de reserva del art. 19 ya citado.*”⁴⁹²

Destaca la Corte que esta decisión conlleva el abandono de la doctrina que sentó la mayoría en *Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia*. La sentencia fue unánime, revocando el fallo de la Cámara de Apelaciones. .

Análisis de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos que tratan la temática *Derecho a la Intimidad* y libertad de asociación (1972-2008).

El primer fallo del período en estudio que la Corte Suprema de los Estados Unidos eligió para tratar sobre *Derecho a la Intimidad* y libertad de asociación es *Runyon et ux, DBA Bobbe`s School vs. McCrary et al.*⁴⁹³ del año 1976. En este caso, dos colegios del Estado de Virginia (cuyas acciones se consolidaron) negaron la admisión a dos niños negros sosteniendo que no eran escuelas integradas y que su política era no admitir niños de color. La Corte de distrito consideró que se les había negado la admisión por razones raciales y ordenó a las escuelas privadas no discriminar. La Corte de Apelación confirmó la sentencia en lo principal y sostuvo que las limitaciones a la discriminación privada no constituyen ninguna violación al derecho de libertad de asociación. Particularmente negó la pretensión de las escuelas de que sus políticas discriminatorias estuvieran protegidas por el Derecho constitucional a la intimidad de los demandados, los estudiantes, sus representantes o benefactores. La Corte Suprema consideró el caso con el fin de determinar si la ley federal prohíbe a las escuelas excluir niños cualificados exclusivamente por ser negros. Explícitamente la Corte estableció que su fallo no se refiere a la cuestión de admisiones de escuelas cuyos estudiantes son exclusivamente niños o niñas, miembros de una religión determinada y ni siquiera a casos de escuelas que tienen políticas raciales por motivos religiosos.

⁴⁹² *Fallos*: 329:5266, Cons. 22.

⁴⁹³ 427 US 160.

En voto preparado por el juez Stewart, la Corte consideró que el Acta de Derechos Civiles de 1866 y otras leyes prohíben la discriminación racial en la realización y cumplimiento de contratos privados. Sostuvo que los padres de los niños respondieron a una oferta de las escuelas hecha al público en general y se disponían a entrar en una relación contractual con ellas.⁴⁹⁴ Respecto del derecho a la libertad de asociación aclaró que mientras los padres tienen derecho a enviar a sus hijos a escuelas que promueven la creencia de que la segregación racial es deseable y que sus hijos también tienen el derecho de asistir a dichas escuelas, “*la Constitución no otorga ningún valor a la discriminación.*”⁴⁹⁵ Adicionalmente sostuvo que no se advierte que la prohibición de la práctica discriminatoria en la admisión inhiba de ningún modo la enseñanza de las ideas y el dogma de las escuelas. Respecto del *Derecho a la Intimidación* involucrado en el caso, sostuvo que si bien la Corte Suprema ha reconocido que la Constitución reconoce el *Derecho a la Intimidación*, las disposiciones que prohíben las políticas de admisiones discriminatorias no constituyen una intromisión gubernamental en la intimidad.⁴⁹⁶

*While parents have a constitutional right to send their children to private schools and a constitutional right to select private schools that offer specialized instruction, they have no constitutional right to provide their children with private school education unfettered by reasonable government regulation.*⁴⁹⁷

En disidencia, los jueces White y Rehnquist sostuvieron que, respecto de la libertad de contratar, la Constitución solamente da a todas las personas los mismos derechos y por lo tanto la ley no confiere a los negros derechos de firmar un contrato con una persona que no quiere contratar con ellos.⁴⁹⁸

⁴⁹⁴ 427 US 160, Cons. II, A.

⁴⁹⁵ 427 US 160, Cons. II, B. 1.

⁴⁹⁶ 427 US 160, cons. II, B. 3.

⁴⁹⁷ 427 US 160, cons. II, B. 3. *Aun cuando los padres tiene un derecho constitucional a enviar a sus hijos a escuelas privadas y un derecho constitucional a elegir escuelas que ofrecen una educación especializada, no tienen un derecho constitucional a darle a sus hijos una educación completamente exenta de una razonable regulación del gubernamental.* (Traducción del autor).

⁴⁹⁸ 427 US 160, voto del juez White, I.

Sin embargo, en una sentencia con voto de la mayoría, la Corte confirmó la sentencia considerando que el *Derecho a la Intimidación* no protege prácticas discriminatorias en la admisión de las escuelas.

El caso *Bowers, Attorney general of Georgia v. Hardwick*⁴⁹⁹ del año 1986 trata sobre libertad de asociación en situaciones de intimidación y *Derecho a la Intimidación* por lo que ha sido incluido en esta sección.

El caso trata sobre una persona es acusada de violar la ley del Estado de Georgia que penaliza la sodomía consentida entre dos adultos de sexo masculino en la habitación de su casa. El acusado presentó una demanda para impugnar la constitucionalidad de la ley. El Tribunal de Primera Instancia no hizo lugar a la demanda pero la Cámara de Apelación revocó el fallo por considerar que la ley de Georgia viola derechos fundamentales de los acusados.

La Corte, en un fallo dividido, aclaró los alcances de fallos anteriores sobre el *Derecho a la Intimidación*. En primer lugar, desautorizó a la Cámara de Apelación en su interpretación de que los fallos *Griswold vs. Connecticut* del año 1965; *Eisenstadt vs. Baird* del año 1972; *Stanley vs. Georgia* del año 1969 y *Roe vs. Wade* del año 1973 consagran un *Derecho a la Intimidación* que se expanda hasta incluir la sodomía homosexual. Por el contrario, consideró que sí hay una línea argumental en *Pierce vs. Society of Sisters* del año 1925 y *Meyer vs. Nebraska* del año 1923 en los que se trata sobre la crianza y la educación de los hijos; en *Prince vs. Massachussets* del año 1944 en el que se analizan las relaciones familiares; en *Skinner vs. Oklahoma* del año 1942 que considera la temática de la procreación; *Loving vs. Virginia* de 1967 que trata sobre el matrimonio; *Griswold vs. Connecticut* y *Eisenstadt vs. Baird* sobre contracepción y *Roe vs. Wade* en 1973 sobre aborto. Pero que ninguno tiene similitud alguna con el pretendido derecho a la sodomía homosexual y que se ha demostrado una relación entre familia, matrimonio y procreación con la actividad homosexual.⁵⁰⁰

La Corte rechaza la idea de que el *Derecho a la Intimidación*, construido como protegido por la cláusula del debido proceso en los casos citados, incluya un derecho fundamental para practicar la sodomía homosexual.

⁴⁹⁹ 478 US 186.

⁵⁰⁰ 478 US 186, Cons. párrafos 6 y 7.

Aclara la Corte que la construcción hecha sobre el *Derecho a la Intimidad* surge de la cláusula de debido proceso que incluye derechos implícitos en el concepto de libertad ordenada y en el de libertades profundamente enraizadas en la historia y la tradición del país.⁵⁰¹ Concluye que es obvio que este criterio no incluye el derecho a la práctica de sodomía homosexual cuya prohibición, por el contrario, tiene una larga trayectoria tanto en el *common law* como en las leyes de la mayoría de los Estados de la Unión.

Adicionalmente descarta el hecho de que el acto prohibido haya sido realizado en la privacidad del hogar, ya que hay muchos otros crímenes como la posesión de drogas ilegales, armas de fuego, bienes robados, que aún cuando no tengan víctimas, son castigados, aunque se realicen en la privacidad del hogar.⁵⁰²

En voto disidente se unieron los jueces Blackmun, Brennan, Marshall y Stevens, quienes consideraron que el caso trataba sobre “*el más amplio de los derechos y sobre el derecho más valioso de los hombres civilizados, concretamente sobre el derecho a ser dejado a solas.*”⁵⁰³ Argumentan que, a diferencia de lo que cree la mayoría de los integrantes de la Corte en su voto, este caso se refiere a una ley que trata exclusivamente sobre la conducta de los homosexuales sino que incluye a la de los heterosexuales. En efecto, la ley del Estado de Georgia condena la sodomía en general, no solamente la homosexual.⁵⁰⁴ Continúa considerando que en la jurisprudencia de la Corte norteamericana pueden encontrarse dos líneas conceptuales en relación con el *Derecho a la Intimidad*, que en su opinión son diferentes, pero complementarias. Por un lado, ha reconocido los intereses de intimidad para la toma de ciertas decisiones que son propias del individuo; por otro, el interés de intimidad para ciertos lugares, independientemente de las actividades que se realizan. A continuación, da un giro sumamente interesante a la interpretación del voto de la mayoría ya que aclara que “*el concepto de intimidad constituye el hecho moral por el cual una persona se pertenece a sí misma y no a otros ni a la sociedad en su conjunto.*”⁵⁰⁵ Y es por eso que se protege la decisión

⁵⁰¹ 478 US 186, Cons. párrafo 9.

⁵⁰² 478 US 186, cons. párrafo 13.

⁵⁰³ 478 US 186, voto del juez Blackmun, párrafo introductorio, citando a *Olmstead vs. United States* del año 1928, 277 US 438 voto en disidencia del juez Brandeis.

⁵⁰⁴ 478 US 186, voto del juez Blackmun, Cons. I.

⁵⁰⁵ 478 US 186, voto del juez Blackmun, Cons. II, A.

de casarse o no -porque el matrimonio es una asociación que promueve una forma de vida: la decisión de tener o no un hijo- porque la paternidad altera dramáticamente la condición individual, no por motivos demográficos o por el mandato bíblico y que se protege a la familia porque contribuye poderosamente a la felicidad del individuo, no por una preferencia estereotipada de unidad social.⁵⁰⁶ Finalmente, aborda el tema del lugar en donde se realizan las actividades íntimas, para concluir que *“el derecho de un individuo a tener relaciones íntimas en su propia casa es el corazón de la protección constitucional de intimidad.”*⁵⁰⁷

Sin embargo, en *Lawrence vs. Texas*⁵⁰⁸ del año 2003 la Corte cambió su postura. En este fallo se criticó el criterio demasiado estrecho de libertad que se tuvo en *Bowers*. En voto de la mayoría redactado por el juez Stevens se consideró que la conducta sexual íntima consentida es parte sustancial del debido proceso protegido por la Cuarta Enmienda. Consideró la Corte que la exposición pública de que eran objeto las personas bajo la ley texana las estigmatizaba, violando así el libre ejercicio de su sexualidad:

*The stigma the Texas criminal statute imposes, moreover, is not trivial. Although the offense is but a minor misdemeanor, it remains a criminal offense with all that imports for the dignity of the persons charged, including notation of convictions on their records and on job application forms, and registration as sex offenders under state law.*⁵⁰⁹

La jueza Sandra Day O'Connor por su voto consideró que también se violaba la garantía de igualdad. Con este fallo cayeron todas las leyes que criminalizaban la sodomía entre adultos mayores del mismo sexo. También cayeron las leyes de sodomía heterosexual.

⁵⁰⁶ 478 US 186, voto del juez Blackmun, Cons. II, A.

⁵⁰⁷ 478 US 186, voto del juez Blackmun, Cons. II, B.

⁵⁰⁸ 539 U.S. 558.

⁵⁰⁹ 539 U.S. 558 (c). *El estigma que la ley criminal de Texas impone, no es trivial. A pesar de que la falta es una simple ofensa, es una ofensa criminal con todas las implicancias que trae aparejadas para la dignidad de las personas, incluyendo el registro de su prontuario su anotación en sus antecedentes laborales y el registro como transgresor sexual según la ley estatal.* (Traducción del autor).

Concretamente, la Corte sostuvo que *“the Texas statute furthers no legitimate state interest which can justify its intrusion into the personal and private life of the individual.”*⁵¹⁰

Aptitud nupcial, matrimonio, relaciones conyugales y *Derecho a la Intimidad* en la Corte argentina (1972-2008)

Un fallo difícil de sistematizar, ya que cada ministro de la Corte hizo su voto, es *Sejean, Juan Bautista c/Ana María Zaks de Sesean*⁵¹¹ del 1986. Aquí la Corte vuelve a plantear el *Derecho a la Intimidad* al tratar sobre el restablecimiento de la aptitud nupcial. El Tribunal de Primera Instancia no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2.393⁵¹² y la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia. El dictamen del Procurador General consideró que se debía confirmar el pronunciamiento apelado.⁵¹³ La Corte revocó la sentencia en un fallo por ajustado margen de tres a dos. La construcción de los argumentos del Ministro Fayt centra su atención en el Derecho a la Dignidad Humana en articulación con el art. 19 CN para considerar que sostener que *“la indisolubilidad del vínculo matrimonial en vida de los esposos afecta derechos esenciales del ser humano.”*⁵¹⁴

Por su parte, el Ministro Petracchi encuentra una línea argumental en los fallos de la Corte argentina *Bazterrica y Ponzetti de Balbín* para sostener que el *Derecho a la Intimidad* incluye el derecho de ser dejado a solas *“para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formulación de su plan de vida”*⁵¹⁵ y la *“realización material del ámbito privado”* para la formulación de dichas decisiones. También encuentra una línea argumental en la jurisprudencia de la Corte norteamericana en los fallos *Griswold, Zablocki y Bowers*, aunque en este último caso en el voto de la minoría. De modo semejante a lo que hace el Dr. Fayt entre dignidad y privacidad, articula el concepto

⁵¹⁰ 539 U.S. 558. *La ley de Texas no contiene ningún interés legítimo del Estado que justifique la intromisión en la vida personal e íntima del individuo.* (Traducción del autor).

⁵¹¹ Fallos: 308:2268.

⁵¹² *“El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial.”* Ley 2.393, Cap. IX, Del divorcio, art. 64.

⁵¹³ Fallos: 308:2268, dictamen del Procurador General, José O. Casas.

⁵¹⁴ Fallos: 308:2268, voto del Dr. Fayt, Cons. 12.

⁵¹⁵ Fallos: 308:2268, voto del Dr. Petracchi, Cons. 14.

de libertad personal con las condiciones previstas en el art. 19 de la Constitución Nacional.⁵¹⁶ Todo lo cual lo lleva a sostener que el art. 64 de la Ley 2.393 debe ser invalidado junto con las disposiciones concordantes, pues conculca el sistema de libertades consagrado en la Constitución argentina.

En conclusión, la Corte considera que se han producido transformaciones en la sensibilidad y en la organización de la sociedad que permiten sostener que situaciones que anteriormente se interpretaron como que no requerían amparo de la Constitución ahora sí lo tengan por lo que modifica su doctrina jurisprudencial anterior que sostenía que *“el establecer el carácter indisoluble o no del vínculo era una cuestión sujeta a la discrecionalidad legislativa”*.⁵¹⁷ Así revoca la sentencia y declara el restablecimiento de la aptitud nupcial de los divorciados.

En *Herrera, Héctor c/Herrera Villegas de Marini, Milna. A.*⁵¹⁸ del año 1988 la Corte acepta la eficacia del instrumento privado como causa tanto de la compraventa, como del usufructo.⁵¹⁹ Se trata de un caso en que las partes dejaron expresamente establecido que la vendedora se reservaba el usufructo parcial del inmueble y asentaba la obligación de los compradores de permitir la habitación permanente en la vivienda de la vendedora y la vida en común de los tres signatarios del contrato. El Tribunal de Primera Instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por la vendedora, se ordenó la escrituración y, conjuntamente, el desalojo de los adquirentes, quienes alegaban razones de intimidad. La Cámara de Apelación confirmó el fallo pero la Corte lo revocó considerando que

Si las partes dejaron expresamente establecido que la vendedora se reservaba el "usufructo parcial", pero inequívocamente asentada también la obligación de los compradores de permitir la habitación permanente en la vivienda de la vendedora y la vida en común de los tres signatarios del

⁵¹⁶ Fallos: 308:2268, voto del Dr. Petracchi, Cons. 15.

⁵¹⁷“*La suspensión de los derechos subjetivos de índole familiar conferidos por leyes anteriores -y no por la constitución- aunque se prolongue en el tiempo, no excede de las facultades del Congreso, cuya atribución de concederlos, negarlos o suspenderlos no es revisable por los magistrados judiciales.*” (Fallos: 306:928) en Santiago, Alfonso, *La jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina sobre libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado, Religión y Política*, Ad Hoc, Buenos Aires 2008, p. 24.

⁵¹⁸ Fallos: 311:945.

⁵¹⁹ Moisset de Espanés, Luis, *Usufructo. Forma: instrumento privado*, Zeus, T. 80, D-59, p. 6.

*contrato, la referencia al "usufructo parcial" no puede ser interpretada con un alcance que deje inoperante la estipulación respectiva, ni procede aceptar la existencia del derecho real en términos que impliquen la ocupación total de la vivienda.*⁵²⁰

Así la Corte consideró que el argumento de que la vida en común de los tres signatarios de la compraventa de un inmueble violaría el *Derecho a la Intimidad* no puede ser invocado para desconocer los términos del contrato.

En *Berlari, Norma Esther c/Omega Cooperativa de Seguros Limitada y otros*⁵²¹ del año 1994 se trata la relación entre el *Derecho a la Intimidad*, los contratos y la relación nupcial. Concretamente, la Cámara de Apelaciones excluyó de la condena dictada contra una aseguradora en un juicio de daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito a la concubina del titular del seguro, asimilándola a la esposa, extremo no contemplado en la cláusula de exclusión del riesgo, que establecía que la aseguradora no indemnizaba los daños sufridos por el cónyuge y los parientes del asegurado o del conductor.

En voto por mayoría y dos abstenciones, la Corte consideró que carece de trascendencia jurídica no denunciar el concubinato entre la tercera damnificada y el asegurado, ya que las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden al orden y a la moral pública ni perjudican a un tercero y están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados según el art. 19 de la Constitución Nacional.⁵²²

En *Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/información sumaria-sumarísimo*⁵²³ del año 1998 dos personas plantearon su objeción de conciencia al régimen matrimonial regulado por el Código Civil en el que está prohibido denunciar al derecho a pedir el divorcio vincular. El Tribunal de Primera Instancia rechazó la demanda al considerar que la indisolubilidad del vínculo matrimonial no está expresamente prevista en la Constitución Nacional y en que la creación del modelo matrimonial impugnado se encuentra dentro de la órbita propia de la actividad del legislador. La Cámara confirmó el fallo y agregó

⁵²⁰ Fallos: 311:945.

⁵²¹ Fallos: 317:1684.

⁵²² Fallos: 317:1684, Cons. 7.

⁵²³ Fallos: 321:92.

que la intención del legislador no había sido impedir matrimonios indisolubles sino delimitar el ámbito privativo del matrimonio civil, amén de que el nuevo ordenamiento había facultado a los contrayentes a mantener su vínculo mediante la figura de la separación personal. La Corte también rechaza el planteo con la única disidencia del Dr. Boggiano, declarando que el art. 230 CC, que declara nula toda renuncia de cualesquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular no lesiona la libertad religiosa y de conciencia. La voluntad irrevocable de los demandantes queda dentro del marco de la libertad del fuero interno, sin validez para el ámbito de lo jurídico (art. 19 CN) porque sería inadmisibles que esa creencia individual se proyectara a la normativa general.⁵²⁴

De este modo, la Corte estableció que el art. 19 CN mantiene en el ámbito privado las convicciones íntimas de las personas sin que puedan éstas solicitar o exigir la recepción positiva de sus convicciones.

Aptitud nupcial, matrimonio, relaciones conyugales y *Derecho a la Intimidad* en la Corte de los EE. UU.

En el período en estudio, la Corte norteamericana no trató ningún caso relacionando la vida marital y el *Derecho a la Intimidad*. Sin embargo, hay un fallo del año 1967 que aborda directamente esa problemática, por lo que se incluye en este estudio, haciendo esta salvedad metodológica. Ese caso es *Loving vs. Virginia*.⁵²⁵

Richard Loving y Mildred Meter fueron condenados por violar la ley estatal que prohíbe matrimonios inter-raciales. El jurado los encontró culpables y el juez del Estado de Virginia los condenó a un año de cárcel, en suspenso, bajo la condición de que no regresaran al Estado (juntos) por 25 años. El argumento del juez fue el siguiente:

*Almighty God created the races white, black, yellow, malay and red,
and he placed them on separate continents. And but for the interference with*

⁵²⁴ *Fallos*: 321:92, Cons. 29.

⁵²⁵ 388 U.S. 1.

*his arrangement there would be no cause for such marriages. The fact that he separated the races shows that he did not intend for the races to mix.*⁵²⁶

La Corte consideró que este criterio atentaba contra las garantías de igualdad previstas en la Constitución y que la libertad de casarse o no casarse con una persona de otra raza está reservada al individuo y no puede ser frustrada por el Estado.

La selección de palabras no incluye expresamente el *Derecho a la Intimidad* pero su sentido claramente remite a su concepto. Este fallo integra la línea argumental sentada por la Corte norteamericana en el sentido de que hay ciertas decisiones que están exentas de la jurisdicción Estatal.

Análisis de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia argentina

En *Gutheim, Federico c/Alemann, Juan*⁵²⁷ del año 1993 el Tribunal de Primera Instancia procesó a los imputados por secuestro extorsivo pero la Cámara de Apelaciones revocó la sentencia y excarceló a los imputados. La Corte revocó la sentencia por considerar que el *Derecho a la Intimidad* comprende a la esfera doméstica, al círculo familiar, de amistad y a otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas como la integridad corporal o la imagen. Adicionalmente sostuvo que “*nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona sin su consentimiento o el de su familia autorizada para ello.*”⁵²⁸ Agrega este fallo un elemento a favor de la tesis que sostiene la necesidad del consentimiento para dar a conocer la intimidad de las personas.

El caso *Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus*⁵²⁹ del año 1995 trata sobre la correspondencia de los reclusos en cárceles estatales. En efecto, el señor João Gustavo Gastón Dessy interpuso *hábeas corpus* por considerar que el Servicio Penitenciario Federal había

⁵²⁶ Dios Todopoderoso creó a las razas blanca, negra, amarilla, malaya y roja, y las ubicó en continentes separados. Y, si no fuera por la interferencia en sus arreglos, no habría causas para este tipo de matrimonios. El hecho de que él separara las razas muestra que no tenía intención de que se mezclaran. 388 U.S. 1. (Traducción del autor).

⁵²⁷ Fallos: 316:703.

⁵²⁸ Fallos: 316:703.

⁵²⁹ Fallos: 318:1894.

agravado ilegalmente sus condiciones de detención al violar su correspondencia y afectar sus derechos a la intimidad, privacidad y a una pena con fin resocializador. Sostuvo que la obligación de entregar abiertas las cartas que se propone despachar, para permitir a las autoridades del penal ejercer la censura de su contenido contraviene la Ley Penitenciaria Nacional que sólo prescribe la supervisión de las cartas recibidas pero no las remitidas. El Tribunal de Primera instancia rechazó el *hábeas corpus* interpuesto por considerar legítima la apertura de correspondencia en el penal por parte de los agentes. La Cámara de Apelación confirmó el fallo. Sin embargo, la Corte revocó la sentencia por considerar que el *Derecho a la Intimidad* se verá afectado cuando se viole la garantía de inviolabilidad de correspondencia. Fundamentó su opinión, entre otros argumentos, por considerar que “*el derecho a la privacidad es el derecho del individuo para decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal.*”⁵³⁰ Citando a Joaquín V. González, sostuvo que junto con el domicilio, la Constitución

*asegura el secreto de la correspondencia y de los papeles privados de cada uno, porque ambos atributos constituyen la esfera inviolable de la vida privada, que da mayor sentido á la libertad personal. Es un sentimiento universal de respeto el que hace de la correspondencia particular un objeto cuya violación constituye una grave falta moral. El derecho de guardar el secreto implica el de comunicarlo á aquellos que inspiran confianza, á quienes beneficia ó perjudica, ó con quienes se mantienen relaciones de negocios, de afectos, ó de algunos de los propósitos comprendidos dentro de la absoluta libertad de la conciencia individual.*⁵³¹

Finalmente sostiene que la intromisión en la correspondencia traduce una de las fracturas más graves del ámbito de libertad y privacidad de los hombres.⁵³² En consecuencia, invalida la sentencia ya que “*las reglas examinadas sufren de una insalvable invalidez por*

⁵³⁰ Fallos: 318:1894, Cons. 7.

⁵³¹ González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, en Fallos: 318:1894, Cons. 5.

⁵³² Fallos: 318:1894, Cons. 5.

limitar el derecho constitucional de que se trata, sin apoyatura en un interés substancial atribuible al Estado.”⁵³³

La sentencia fue por mayoría.

En el caso *Paino, Marisol c/ATC*⁵³⁴ del año 2000 la actora solicitó diversas medidas cautelares, invocando la aplicación del art. 1071 *bis* CC, tendientes a hacer cesar la actividad de algunos medios de comunicación que involucraban a su hijo menor de edad y lesionarían gravemente la intimidad del mismo. La problemática no encuadra propiamente en el *Derecho a la Intimidad* sino el interés superior del menor. El problema tratado en el caso es la competencia en la materia, ya que se declararon incompetentes tanto el juez provincial como el de Capital Federal. El conflicto lo resolvió la Corte adhiriendo a los argumentos del Procurador General, quien sostuvo que “*corresponde al juez de la causa discernir sobre las medidas que se requieran para proteger la intimidad del menor ya que es aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa en la situación de los incapaces.*”⁵³⁵

La decisión fue unánime.

En un caso semejante, *Comité de seguimiento y aplicación de los Derechos del Niño en la Argentina s/amparo*⁵³⁶ del año 2003 por conflicto de competencia se demanda por omisión a la *Comisión Nacional de Comunicaciones* y al COMFER por no arbitrar las medidas necesarias para salvaguardar los derechos a la intimidad e integridad psico-física de los niños y adolescentes que declararon en la causa seguida contra Julio César Grassi. La Corte consideró que corresponde a la justicia federal en lo Contencioso Administrativo entender en la causa relacionada con el incumplimiento del contralor que debe ejercer la *Comisión Nacional de Comunicaciones*.

En *Naredo, Margarita Esther s/sucesión*⁵³⁷ del año 2006 se plantea el caso de la apertura de correspondencia privada por parte del juez de la sucesión. En voto mayoritario la Corte consideró que

⁵³³ *Fallos*: 318:1894, Cons. 14.

⁵³⁴ *Fallos*: 323:2021.

⁵³⁵ *Fallos*: 323:2021, dictamen del Procurador General, Cons. II.

⁵³⁶ *Fallos*: 326: 3118.

⁵³⁷ *Fallos*: 329: 1522.

*Si bien la apertura en forma privada por el magistrado del sucesorio de la carta misiva dirigida a uno de los coherederos no se encuentra contemplada por ningún dispositivo legal, al haberse realizado -no obstante la singularidad de la decisión- respetando una adecuada reserva, la cuestión no constituyó un peligro real o potencial de perturbación de intimidades, sentimientos, relaciones, secretos personales, de familia o religiosos, para adentrarse en contenidos patrimoniales que exceden del interés individual de una de las partes, dada la naturaleza universal del trámite sucesorio.*⁵³⁸

En disidencia opinaron los Ministros Fayt y Maqueda considerando que

*la recta interpretación del derecho constitucional a la privacidad de la correspondencia no autoriza la apertura por parte del juez de la sucesión de la misiva dirigida por la causante a uno de los coherederos, pues el juez es ni más ni menos que un funcionario del Estado a quien le está vedado interferir en la comunicación epistolar, aun para juzgar sobre el carácter confidencial de su contenido.*⁵³⁹

En el caso *Spinosa Melo, Oscar Federico c/EN-Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto s/empleo público*⁵⁴⁰ del año 2006 se analiza la relación entre la conducta privada de un embajador y el *Derecho a la Intimidad*. El Tribunal de Primera Instancia confirmó la resolución por la cual el Ministro de Relaciones Exteriores aplicó la sanción de exoneración al embajador argentino en Chile por haber violado los deberes de conducirse en forma honorable pública y privadamente. En efecto, se lo acusó de haber incurrido en conductas prohibidas por los arts. 11, inc. c), y 21, inc. q) de la Ley 20.957, justificativas de la sanción apelada. Al respecto, expresó que el mucamo personal de la embajada, al ser expresamente interrogado sobre el punto, había declarado que algunas veces, al entrar al dormitorio del embajador para llevarle el desayuno, había notado que éste dormía acompañado de tres personas del sexo femenino. También agregó que el chofer, único testigo

⁵³⁸ Fallos: 329: 1522, dictamen de la Procuradora Fiscal.

⁵³⁹ Fallos: 329:1522, disidencia de los Dres. Fayt y Maqueda, Cons. 6.

⁵⁴⁰ Fallos: 329:3617.

del episodio, declaró haber conducido al funcionario a establecimientos nocturnos de mala reputación. Consideró que tales comportamientos no estaban protegidos por las garantías del art. 19 de la Constitución Nacional. La Cámara de Apelación confirmó el fallo. La Corte, por su parte, revocó el fallo por considerar que la conducta observada en privado por un embajador constituye una parte de los hábitos íntimos reservada a la conciencia del individuo, protegida por el art. 19 CN y por lo tanto, exenta de la vigilancia y el castigo por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Agregó que

*lo dispuesto por el art. 11 de la Ley 20.957 en el sentido de que el personal del servicio exterior está obligado a comportarse con honorabilidad, tanto en público como en privado, en modo alguno puede ser interpretado en el sentido de que, por el mero hecho de serlo, sus funcionarios están privados de la parte central de sus derechos individuales, entres ellos, el derecho de involucrarse en las particulares conductas privadas, incluso físicas, que sean de su elección.*⁵⁴¹

La sentencia fue por mayoría y la minoría consideró que no era admisible el Recurso Extraordinario Federal.

En el caso *Clementi, Edgar Omar y otro c/Embajada de Rusia y otros s/ Incumplimiento de convenio de honorarios*⁵⁴² del año 2007 los abogados Clementi realizaron un reclamo de incumplimiento de convenio de honorarios, con pretensión de competencia originaria de la Corte. Adicionalmente, se ventilaron supuestos hechos ilícitos de los que habrían tomado conocimiento por obra de sus propios poderdantes, en razón de su vínculo profesional y en los que éstos, funcionarios de la Embajada de la Federación de Rusia, serían partícipes. El Procurador General dictaminó que la conducta de los abogados Clementi implicó una violación no sólo al principio amplio de la defensa en juicio sino de los derechos a la privacidad e intimidad de sus clientes, garantías derivadas del art. 19 de la Constitución Nacional. La Corte adhirió a la opinión del Procurador General y resolvió desestimar la

⁵⁴¹ Fallos: 329:3617, Cons. 8.

⁵⁴² Fallos: 330:2927.

denuncia realizada por Edgar Omar Clementi y Edgar Gustavo Clementi contra las autoridades de la Embajada de la Federación de Rusia.

La sentencia fue unánime.

Análisis de otros fallos de la Corte Suprema de Justicia de los EE.UU.

El caso *United State v. 12 200-FT. Reels of super 8 mm Film et al. (Paladini, Claimant)*⁵⁴³ del año 1973 trata sobre la prohibición del Congreso de importar material obsceno a pesar de que dicho material es personal de quien lo importa. El § 305(a) de la Ley de Tarifas de 1930, 46 Stat. 688, modificada por 19 U.S.C. § 1305(a) establece que

*All persons are prohibited from importing into the United States from any foreign country (...) any obscene book, pamphlet, paper, writing, advertisement, circular, print, picture, drawing, or other representation, figure, or image on or of paper or other material, or any cast, instrument, or other article which is obscene or immoral.*⁵⁴⁴

En abril de 1970, una persona de nombre Paladini intentó transportar películas, fotografías y otros materiales impresos desde México. Las autoridades del aeropuerto de Los Ángeles retuvieron el material y luego una Corte local desestimó el reclamo del Estado. La Corte Suprema consideró el caso con el objeto de establecer si el Congreso puede constitucionalmente prohibir la importación de material obsceno cuando quien lo hace manifiesta que es con fines de posesión privada y personal.

⁵⁴³ 413 US 123.

⁵⁴⁴ “Está prohibido para todas las personas la importación a los Estados Unidos desde cualquier país (...) todo libro obsceno, panfleto, documento, escrito, publicidad, circular, impreso, pintura, dibujo, o cualquier otra representación de figura, o imagen de o sobre papel o cualquier otro material, o yeso, instrumento o cualquier otro artículo que sea obsceno o inmoral.” Ley de Tarifas de 1930, 46 Stat. 688, modificada por 19 U.S.C. § 1305(a). (Traducción del autor).

El acusado basó su defensa en el antecedente del caso *Stanley*⁵⁴⁵ donde la Corte estableció el derecho de posesión de material obsceno, fundado en el Derecho de Intimidad del hogar. Sin embargo, en este caso, sostuvo que el derecho delineado en *Stanley* era muy preciso y no admitía la proyección hacia un derecho a adquirir o importar de otro país material obsceno afirmando que “*un puerto de aduana no es el hogar del viajero*”.⁵⁴⁶

La Corte revocó la sentencia estableciendo, como ya lo había hecho en numerosas oportunidades, que el Congreso tiene amplios poderes para regular el comercio con otras naciones. De hecho, consideró que hasta podría establecer excepciones para casos de usos personales pero no lo ha hecho.⁵⁴⁷

Un caso similar es *Smith vs. United States*⁵⁴⁸ del año 1977, sólo que en este fallo se trata de envío de material obsceno por correspondencia. El Tribunal de Primera Instancia condenó al responsable a 3 años de prisión. El Tribunal de Apelación confirmó el fallo. La Corte consideró que “*si bien poseer material obsceno es un derecho protegido por un ámbito de privacidad, no puede extenderse este derecho al transporte o distribución de dicho material*”⁵⁴⁹ por lo que confirmó la sentencia.

En *Press-Enterprise Co. vs. Superior Court of California, Riverside County*⁵⁵⁰ del año 1984 se solicitó que el procedimiento de elección de jurados para un caso de asesinato fuera público. El Tribunal de Primera Instancia permitió que las audiencias de la elección en general fueran públicas pero no así en la elección individual de cada jurado, por considerar que se lesionaba su privacidad al hacer pública ciertas cuestiones personales.

La Corte, en opinión preparada por el juez Burger, repasó la historia de los juicios por jurados remontándose hasta la conquista normanda, cuando los jurados estaban integrados por todos los hombres libres (quienes tenían obligación de asistir). Relata que a partir del siglo XVI los jurados ya eran elegidos públicamente. Considera que ante la aparente oposición

⁵⁴⁵ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 89 S.Ct. 1243, 22 L.Ed.2d 542 (1969).

⁵⁴⁶ 413 US 123, Cons. 7.

⁵⁴⁷ 413 US 123, Cons. 8.

⁵⁴⁸ 431 US 291.

⁵⁴⁹ 431 US 291.

⁵⁵⁰ 464 US 501.

entre el derecho a un juicio abierto y el *Derecho a la Intimidación* de los jurados, ningún derecho parece superior al derecho a un juicio justo,⁵⁵¹ por lo que revoca la sentencia.

Finalmente, en *Hudson v. Palmer*⁵⁵² del año 1984 se trata sobre el *Derecho a la Intimidación* en la celda de un preso. El prisionero alegó que era perseguido por el guarda. El Tribunal de Primera Instancia aceptó las alegaciones del demandado pero sostuvo que la presunta destrucción de bienes del demandado por el guardia, aunque haya sido intencional, no viola la Constitución, ya que el presunto acoso no está a la altura de una privación constitucional. El Tribunal de Apelación sostuvo que los prisioneros tienen limitados sus derechos de intimidad en las celdas pero que las requisas a las mismas deben tener un fundamento, a fin de mantener la seguridad de los prisioneros en general y para evitar delitos dentro de la cárcel. Serán ilegales cuando el fin de las mismas sea el acoso o la humillación al prisionero. La Corte Suprema confirmó parte de la sentencia y revocó otras con ciertos fundamentos. Consideró que “*mientras que los presos gozan de muchas protecciones de la Constitución, también es evidente que la prisión lleva consigo la circunscripción o la pérdida de muchos derechos.*”⁵⁵³ El *Derecho a la Intimidación* es fundamentalmente incompatible con la estrecha y continua vigilancia de los reclusos y sus celdas. Sostiene que la Cuarta Enmienda no se aplica dentro de una celda.

Conclusiones

La relación entre el *Derecho a la Intimidación* y la libertad de asociación se da en un contexto de un notable incremento del interés de la sociedad por el Derecho de los grupos etnoculturales existentes en las democracias occidentales. Ello lleva a considerar que, además del Derecho a la libertad de asociación, también está el derecho que posee un grupo en su condición de tal y no meramente por la calidad solidaria de sus integrantes. Esta última categoría parece ser la que estaba latente en los casos analizados.

⁵⁵¹ 464 US 501, II.

⁵⁵² 468 US 517.

⁵⁵³ 468 US 517, cons. II.

Se podría interpretar el Derecho a la libre asociación como una mera agregación de los derechos individuales de la libre determinación de los que componen el grupo. Sin embargo, el derecho de un grupo para determinar el carácter, condición y el destino de su vida colectiva no puede ser simplemente un conjunto resumen de los derechos individuales a la libre determinación. Desde luego, puede apelar a los derechos individuales de libre asociación, y los valores que las sustentan pero eso no implica que el derecho del colectivo sea sólo el conjunto de los derechos individuales.

En los casos de la Corte Suprema argentina analizados parece tratarse de derechos que con frecuencia se identifica como derechos de un grupo *cultural* cuya particular manifestación debe ser respetada y tal vez, hasta protegida públicamente. En cada uno de estos casos, el Derecho, en la medida en que es un derecho de grupo, no se limita al Derecho de sus miembros considerados solidariamente.

De todos modos, el tratamiento que les ha dado la Corte Argentina es el de derechos que las personas poseen y que se manifiestan en virtud de ser miembros de ciertos grupos, pero se ha considerado como un interés colectivo la protección de la pluralidad que estas instituciones representan.

Resulta particularmente interesante la opinión de Joseph Raz para quien un grupo de personas tiene un derecho colectivo, si su interés común es suficiente para fundamentar una obligación en los demás, y si los intereses de un solo miembro del grupo no son suficientes por sí mismos para exigir ese deber. Cuando se cumplen estas condiciones, el grupo de individuos posee un derecho diferente al de cada uno por separado.⁵⁵⁴

Los fallos de las Cortes analizados permiten afirmar que ambas Cortes sostienen que el individuo, y no el grupo, es la fuente última de reivindicación moral, por lo que la justificación de los Derechos de un grupo debe servir a los intereses de los individuos y de la sociedad toda y se justifica por referencia a esos intereses. Del mismo modo, se puede colacionar que los Derechos individuales fundamentales tienen prioridad sobre los intereses del grupo.

⁵⁵⁴ Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 245.

Al igual que en el análisis cuantitativo se observa con clara evidencia complicaciones en ambas Cortes para la obtención de consensos. El comportamiento de los jueces con votos muy personales, con proliferación de disidencias y de votos según cada Ministro da como resultado sentencias en las que el concepto de intimidad resulta ambiguo⁵⁵⁵ no ayudando a la interpretación y definición del contenido del *Derecho a la Intimidad*. Sin embargo, se nota una tendencia que permite sostener una lenta pero constante marcha hacia el esclarecimiento del alcance de la intimidad protegida por el Derecho. En el capítulo siguiente se analiza un aspecto puntual de su contenido.

⁵⁵⁵ En el mismo sentido, Bercholz, Jorge, y Sancari, Sebastián, *La Corte Suprema en el Sistema Político*, Ediar, Buenos Aires 2006, p. 110.

Capítulo VI

Validación *Derecho a la Intimidad* en los fallos de las Cortes Argentina y de los Estados Unidos

Este capítulo expresa comparativamente las conclusiones arribadas luego del análisis de los fallos de las respectivas Cortes Supremas y sistematiza los extremos protegidos por el *Derecho a la Intimidad* en los casos planteados.

La falta de precisión respecto del contenido del *Derecho a la Intimidad* presente en las normas vigentes en la Argentina y en los Estados Unidos no tiene su origen en una mala técnica jurídica; por el contrario, se debe a que los textos apelan “*a conceptos morales y no se lo podría precisar más por mucho que se los detallara.*”⁵⁵⁶ Ambas tradiciones jurídicas comparten presupuestos del sistema jurídico liberal occidental que incorpora en su paradigma estándares morales como criterios de validez, por lo que el aparato axiológico de la sociedad forma parte de estos dos sistemas normativos, verificando consecuentemente que la conexión existente entre Derecho y moral es fáctica y no necesaria y conceptual.

Ronald Dworkin explica el alcance de la técnica jurídica utilizada por los constituyentes y sostiene que es indudable que quienes formularon las garantías tuvieron en sus mentes ejemplos claros de su significado pero de ninguna manera quisieron que todo se limitara a ellos. Encuentra dos razones que justifican su postura. Por un lado, sostiene que los constituyentes no quisieron limitar la aplicación de las garantías exclusivamente a situaciones que ellos hubieran pensado, ni que se pudieran aplicar (o no) a casos particulares sobre los que fuera posible, con el tiempo, cambiar de opinión sin comprometer la norma de fondo.⁵⁵⁷ Por el contrario, quisieron dejar abierta la posibilidad de adaptación a nuevas situaciones y nuevas realidades. La distinción es crucial y explica la vigencia de dicha técnica constitucional y las diferentes significaciones que ha tenido a lo largo de los años.

El lenguaje utilizado por quienes redactaron estas cláusulas generó diversas interpretaciones sobre su contenido en cada uno de los sistemas, ya que “*hombres razonables*

⁵⁵⁶ Dworkin, Ronald, *Los Derecho en serio*, Ariel, Barcelona 2002, p. 216.

⁵⁵⁷ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 214.

de buena voluntad”⁵⁵⁸ difieren cuando intentan aplicar las normas a casos concretos. Es posible agrupar estas diversas interpretaciones en dos grupos diferenciados: aquellos que tienden hacia una interpretación *estricta* y aquellos que tienden hacia una interpretación *extensiva*. Estas categorías, aplicables al conjunto de los sistemas jurídicos en estudio, se complican particularmente cuando se analiza el *Derecho a la Intimidad*, ya que las Constituciones de los dos países instituyen (sólo) “*en las penumbras*” el *Derecho a la Intimidad*, sin incluir instrucciones precisas sobre su contenido y alcance. Por lo que el debate entre interpretaciones *estrictas* o *extensivas* está particularmente presente en el proceso de validación del *Derecho a la Intimidad* en cada una de las tradiciones en estudio.

Además del debate entre estos tipos de interpretaciones señaladas se encuentran en los fallos analizados de cada Corte tanto programas de *activismo* como de *restricción* judicial. La práctica del *activismo* judicial se sustenta en la concepción de que es función de la Corte elaborar principios jurídicos, revisarlos periódicamente a la luz de criterios históricos y aplicarlos en sus decisiones. El programa de *restricción* judicial considera, en cambio, que los tribunales deben limitar su actuación y permitir la acción de las demás ramas del gobierno para establecer los criterios que les competen.

El análisis de los fallos de las Cortes argentina y norteamericana se realiza dentro del marco teórico planteado según el cual el significado de una palabra se relaciona con su práctica. En este sentido, se entiende que no es posible ni conveniente intentar establecer *a priori* el contenido o el alcance del *Derecho a la Intimidad* sino estudiar las variaciones de significado sobre cómo éste llega a ser un concepto determinado.

En este trabajo la validez del *Derecho a la Intimidad* se concibe como variable dependiente del proceso por el que llega a tener significado y por lo tanto, para conocer la esencia de esa parte del Derecho no se recurre a interpretaciones doctrinales sino que se inquiere sobre cuál ha sido la interpretación judicial de este Derecho.

Al fallar, los jueces han labrado el alcance del *Derecho a la Intimidad* sin retorcerlo ni doblarlo ya que no podrían hacerlo. En su práctica, han dado significado al término, han

⁵⁵⁸ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 212.

establecido su contenido intentando interpretar la racionalidad de la normativa vigente y buscando solucionar los problemas de la vida contemporánea.

El análisis crítico de las sentencias permite establecer las categorías que integran el *Derecho a la Intimidación* para las Cortes Supremas estudiadas, al mismo tiempo que su sistematización permite aportar consideraciones conceptuales para que el tratamiento normativo resulte un acercamiento entre el orden jurídico y la realidad social.

El conjunto de casos sometidos a las decisiones de los tribunales explicitan las inseguridades de nuestra cultura y las respuestas de los jueces que procuraron darle solución brindando un nuevo paradigma que permita responder a las expectativas de la sociedad. En este sentido, las líneas argumentativas teóricas de los jueces argentinos y norteamericanos presentan coincidencias pero también algunas divergencias.

Es posible sostener que la Corte argentina ha mantenido un programa de interpretación *extensiva* y de *activismo* judicial constante, con 39 fallos que reconocen y tutelan el *Derecho a la Intimidación*.⁵⁵⁹ Por el contrario, la Corte Suprema de los Estados Unidos mantuvo un criterio de interpretación *estricta* y de práctica *restrictiva* en lo referido al *Derecho a la Intimidación*.

El análisis de los fallos de la Corte norteamericana sobre la problemática en cuestión arroja un resultado muy elocuente: sólo en 6 de los 20 casos estudiados⁵⁶⁰ fundó su sentencia en el *Derecho a la Intimidación* de los actores. Esta Corte ha sido más reacia para aceptar la operatividad jurídica de valores morales y, por el contrario, ha considerado sostenidamente que el sistema debe responder por la existencia de derechos estrictamente presentes en una clara línea de precedentes. A lo sumo se podría decir que en algunos casos ha seguido, en cuestiones vinculadas al *Derecho a la Intimidación*, un criterio de deferencia judicial -los ciudadanos tienen derechos morales pero corresponde fijar su alcance a instituciones políticas diferentes a los tribunales.

Por su parte, la Corte argentina ha demostrado una preferencia por argumentos que suponen cierta objetividad de los principios morales y consecuentemente ha considerado que

⁵⁵⁹ Ver Anexo III.

⁵⁶⁰ Ver Anexo III.

los ciudadanos tienen derechos morales en contra del Estado que pueden hacer efectivos en los tribunales.

El Cuadro 2 detalla la cantidad de casos sometidos a la consideración de cada Corte y la cantidad que recibieron un despacho favorable o en contra a la tutela del *Derecho a la Intimidad*.

Cuadro 2

| | Total de Fallos | Porcentaje |
|------------------------|-----------------|------------|
| Total Fallos Argentina | 84 | 100% |
| En contra | 34 | 40% |
| A favor | 39 | 46% |
| N/C | 9 | 11% |
| | | |
| Total Fallos EEUU | 21 | 100% |
| En contra | 14 | 66% |
| A favor | 7 | 33% |
| N/C | 0 | 0% |

La Corte Suprema de la Nación Argentina ha elaborado una doctrina que trata de modo autóctono e indistinto a la intimidad identificándola con la privacidad, basada en el art. 19 CN y en el Pacto de San José de Costa Rica.⁵⁶¹ De modo también original, la vincula a la existencia de una sociedad libre, a un esquema de ordenada libertad y hasta llegó a otorgarle el carácter de libertad preferida.⁵⁶²

Entre 1972 y 2008 la Corte trató 84 casos en los que las partes plateaban cuestiones relacionadas con la privacidad y la intimidad. Diecisiete de ellos se refieren a la tenencia y/o consumo de estupefacientes, 15 son causas contra medios de comunicación, 8 tratan sobre la cuestión de la extracción compulsiva de sangre en diferentes situaciones y los demás tratan temas tan variados como la aptitud nupcial, el reconocimiento de asociaciones sin fines de lucro y la privacidad de la correspondencia; la disponibilidad de información en bases de datos oficiales y privadas y el comportamiento de los ciudadanos tanto en la órbita privada como la pública.

⁵⁶¹ Fallos:306:1892

⁵⁶² Fallos: 306:1892 con voto de los jueces Caballero y Belluscio, Cons. 8.

Los extremos considerados protegidos por el Derecho argentino en el marco del *Derecho a la Intimidad* por la Corte Suprema Argentina son los siguientes:

1. Derecho a la Intimidad y autonomía personal

- a. Disposición del propio cuerpo
 - i. Extracción compulsiva de sangre
 1. De un menor de edad ajeno al hecho de la causa (*Muller, Jorge s/ Denuncia*).
 2. De un mayor, para averiguación de su filiación biológica (*Noble Herrera, Marcela y Noble Herrera, Felipe s/Recurso de Casación*).
 3. De un mayor que podría involucrar a sus padres en un crimen (*Vázquez Ferrá, Evelin, s/incidente de apelación*).
 - ii. Análisis de HIV de Agentes de Policía (*Bre c/Policía Federal Argentina s/Amparo*).
- b. Derecho a la Información y datos personales
 - i. Datos financieros (*González, Juan Carlos c/BCRA y Organización*
 - ii. *Antecedentes financieros VERAZ S.A. c/EN – PEN s/Amparo y Magoia, Elda Teresa c/Tarjeta; Magoia, Elda, c/Provencard y/o Citibank NA s/Hábeas Data.*
 - iii. Información falsa o incompleta (*Martínez, Matilde S. c/Organización VERAZ S.A.; Di Nunzio, Daniel F. c/The First Nacional Bank of Boston s/hábeas data, González, Juan Carlos c/BCRA, Martínez, Matilde Susana c/Organización Veraz*).
 - iv. Datos sobre familiar desaparecido (*Arteaga, Facundo c/Estado Nacional*).
 - v. Inteligencia estatal (*Ganora, Mario Fernando, s/ hábeas data*)

vi. Aspectos procesales (*Barcat, Aldo, c/Registro Nacional de Reincidencia*).

c. Tenencia de estupefacientes

i. Simple tenencia (*Bazterrica, Gustavo – Alejandro C. Capalbo y Rossi, Emilio*).

ii. Tenencia no ostensible (*Noguera, María Marta y otra*).

iii. Penar la tenencia sobre la base de potenciales daños es inconstitucional (*Jiménez, Nancy*).

2. Derecho a la Intimidad y libertad de expresión

a. Difusión de información

i. Imputaciones falsas (*Campillay, Julio C. c/La Razón S.A.*).

ii. Sentencias Judiciales (*Pérez Arriaga, Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.*).

iii. Noticias falsas (*Costa, Héctor c/MCBA y otros*).

iv. Información sobre funcionarios:

1. Judiciales (*Cancela, Omar Jesús c/Artear SAI*).

2. Otros funcionarios (*Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil*).

3. De ciudadanos particulares (*Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y González, Adriana c/Gorbato, Viviana*).

v. Identidad de menores (*S. V. c/M.D.A. s medidas cautelares*).

vi. Situación familiar de menores y censura previa (*Sciammaro, Liliana c/Diario El Sol*).

b. Difusión de imágenes

i. Del ámbito doméstico (*Mieres, Roberto c/SAFRAR*).

ii. Del círculo de amistad y familiar (*Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida S.A.*).

- iii. De una persona para uso comercial (*Lambrechi, Norma B. c/Wilton Palace Hotel*).
- iv. De menores (*Perelmutter, Isaac c/Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., Keylan, Luis Alberto*).

3. **Derecho a la Intimidad y libertad de asociación**

- a. Personería jurídica (*Asociación de lucha por la identidad travesti-transexual c/ Inspección General de Justicia*).
- b. Aptitud nupcial, matrimonio y vida conyugal
 - i. Divorcio y nuevo casamiento (*Sesean, Juan Bautista c/Ana María Zaks de Sesean*).
 - ii. Seguros (*Berlari, Norma c/ Omega*).

4. **Otros casos**

- a. Comportamiento privado
 - i. De Embajadores (*Spinoza Melo, Oscar c/EN Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto s/Empleo Público*).
 - ii. De ciudadanos particulares (*Gutheim, Federico c/Aleman, Juan*).
- b. Correspondencia de reclusos (*Dessy, Gustavo s/hábeas corpus*).
- c. Secreto profesional (*Clementi, Edgar y otro c/Embajada de Rusia s/ Incumplimiento de convenio de honorarios*).
- d. Difusión de audiencias judiciales a través de cámaras Gesell en los tribunales de Familia (*Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo J. s/Avocación*).

Por lo que se puede concluir que en el Derecho argentino el *Derecho a la Intimidad* protege un ámbito de autonomía personal que incluye la integridad corporal respecto de la extracción compulsiva de sangre por convicciones de conciencia, de menores de edad y para averiguación de filiación biológica y estado de salud. Asimismo, protege la integridad de datos financieros, el acceso a la información contenida en registros estatales y la protección contra inteligencia estatal. Del mismo modo protege la simple tenencia de estupefacientes no

ostensible en personas mayores de edad sin que pueda pensarse el daño potencial que pudiera causar. Protege contra imputaciones falsas, sentencias judiciales reservadas y la difusión de aspectos de los sentimientos, la vida personal e imágenes, ámbito personal, familiar y de amistad de particulares y funcionarios públicos. Por su parte, la identidad e imágenes de menores no pueden difundirse aún mediando autorización de sus padres o tutores, sin importar esto censura previa. El *Derecho a la Intimidad* protege la libertad de asociación y la aptitud nupcial de personas cuyo vínculo matrimonial haya sido disuelto y también de los concubinos. Además, ni el Estado ni los empleadores pueden tomar medidas disciplinarias violando la intimidad de sus empleados ni violar su correspondencia (aun de reclusos) ni los profesionales pueden difundir la intimidad de sus clientes. La publicidad de ámbitos de intimidad para hacer de ellos un espectáculo también ha sido condenada por la Corte argentina.

En el sistema argentino se advierte -respecto del *Derecho a la Intimidad*- *activismo* judicial tanto en los votos concurrentes como en los disidentes de los Ministros de la Corte que apelan al concepto de dignidad humana como fundamento de sus decisiones. Los votos de los jueces argentinos muchas veces parecen reflexiones filosóficas y apelan a conceptos morales pero no han logrado desarrollar un programa de legalidad que permita establecer un criterio claro sobre su alcance.

Los extremos considerados protegidos por la Corte Suprema norteamericana son los siguientes:

5. *Derecho a la Intimidad* y autonomía personal

- a. Disposición del propio cuerpo
 - i. Aborto (*Roe v. Wade*; *Hodgon v. Minnesota*).
 - ii. Extracción de sangre y análisis sin autorización (*Crystal M. Ferguson vs. City of Charleston*).
 - iii. Conducta sexual entre adultos (*Lawrence vs. Texas*).
- b. Derecho a la Información y datos personales

- i. Información en bases de datos estatales (*United States Department o Justice vs. Reporters Committee for Freedom of the Press y National Archives and Records Administration vs. Allan J. Favish*).
- c. Tenencia de estupefacientes (*United States vs. Chadwik*).

6. Derecho a la Intimidad y libertad de expresión

- a. Ninguno

7. Derecho a la Intimidad y liberta de asociación

- a. Ninguno

8. Otros casos

- a. Ninguno

En consecuencia es posible afirmar que en el sistema norteamericano se protege el *Derecho a la Intimidad* de varias maneras: en la autonomía y disposición del propio cuerpo, en la protección de datos personales y en la seguridad de los ciudadanos en sus personas, casas, efectos y papeles; protege la intimidad en materia de conciencia. La Corte de los Estados Unidos ha explicado extensamente que la libertad protegida por la Constitución de ese país no se limita a la exclusión de la restricción física sino que incluye aspectos de la autonomía personal. Asimismo sostiene que dicha libertad en sentido amplio es protegida tanto en las garantías procesales que brinda la Constitución como en las cláusulas de contenido sustantivo. Hay ciertos aspectos de la privacidad que están protegidos como parte de la libertad bajo la cláusula del debido proceso previsto en la Constitución

En el análisis de los fallos de la Corte norteamericana se pueden encontrar bloques de casos (*Roe vs. Wade; Hodgon vs. Minnesota; Crystal Ferguson vs. City of Charleston* sobre autonomía personal y *United States Department o Justice vs. Reporters Comité for Freedom of the Press y National Archives and Records Administration vs. Allan J. Favish* sobre datos personales) que responden a líneas de argumentos sobre derechos jurídicos y no derechos morales sujetos a presiones políticas. Aquí se advierte el modo diferenciado que tiene el proceso de validación normativa en el sistema norteamericano y el de la vida política, ya ésta

no responde a ningún principio sino que “*va formando instituciones y compromisos a la manera de un río, que forma su lecho mientras se desliza hacia el mar.*”⁵⁶³ Del mismo modo resulta contundente la negativa de la Corte de reconocer protección al *Derecho a la Intimidad* cuando está en pugna con la libertad de expresión.

Hacia la verificación de la hipótesis

Los fallos jurisprudenciales estudiados establecen que los gobiernos deben tratar a sus ciudadanos con igual respeto y consideración bajo esa premisa se garantizan ciertas libertades. La medida del espacio dado al individuo para que expanda su ser o ejercite su libertad sin la interferencia de otras personas es la intimidad.⁵⁶⁴

Invocando nuevamente la idea de Dworkin, se puede sostener que las Cortes argentina y estadounidense entienden que así como no existe un pretendido derecho general a la libertad como tal⁵⁶⁵ sino a libertades importantes,⁵⁶⁶ tampoco existe un *Derecho a la Intimidad*: existe un Derecho a ciertas intimidades cuya protección es fundamental para garantizar el Derecho a la Igualdad.

En ciertos fallos analizados (ver Anexo IV) la contradicción lógica entre *intimidad* y *espectáculo* queda claramente establecida.

En el caso *Mieres c/SAFRAR* se consideró que se violentaba la intimidad porque se hace “*aparecer al propietario como facilitando la casa para publicidad.*”⁵⁶⁷

En *Ponzetti de Balbín c/Editorial Atlántida* se le niega a la Editorial su argumentación de que publicó la fotografía “*sin fines sensacionalistas, crueles o morboso*”⁵⁶⁸ y se agrega que la fotografía fue tomada “*con la finalidad de ser nota de tapa en la revista 'Gente y la*

⁵⁶³ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 227.

⁵⁶⁴ Cfr. Berlin, Isaías, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid 2005, p. 50.

⁵⁶⁵ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 384.

⁵⁶⁶ Dworkin, R., *op. cit.*, p. 385.

⁵⁶⁷ *Fallos*: 298:723.

⁵⁶⁸ *Fallos*: 306:1892.

actualidad”⁵⁶⁹, o sea, con intenciones de difusión de un *espectáculo*, no de información al público sobre el estado de salud del dirigente político.

En *Costa, Héctor c/MCBA* se destaca que el lenguaje utilizado en la noticia tiene un claro sentido sensacionalista (“*con las manos en la masa*”, “*por primera vez se filmó una coima*”) cuando todo había sido armado como *espectáculo* televisivo “*con absoluto menosprecio de la realidad de los hechos.*”⁵⁷⁰

En *Lambrechi, Norma B. c/Wilton Palace Hotel* se señala que “*no puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de las imágenes sin el consentimiento de las interesadas.*”⁵⁷¹

En *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press* se sostiene que la información recolectada por el Ministerio tiene carácter restrictivo: “*the principal use of the information is to assist in the detection and prosecution of offenders; it is also used by courts and corrections officials in connection with sentencing and parole decisions.*”⁵⁷² También se sostiene que “*We have also recognized the privacy interest in keeping personal facts away from the public eye*”⁵⁷³ Recuérdese que, por el contrario, lo propio del *espectáculo* es que se organiza para que el público lo *vea*.

En *Lucas Aon y Cárdenas s/Avocación* se sostiene que para que la filmación de audiencias de familia en cámaras Gesell no violente la intimidad el “*material filmico producido se guarde en el archivo del curso de capacitación y no se entregue a terceros*”.⁵⁷⁴

En *Cancela, Omar J. c/Artear SAI* se consideró que hubo violación a la intimidad en el *sketch* cuyo “*tema era una parodia al funcionamiento de la administración de justicia en asuntos de familia*”, “*en donde por la exhibición de su nombre a cargo de un juzgado*” fue

⁵⁶⁹ Fallos: 306:1892, *in fine*.

⁵⁷⁰ Fallos: 310:508.

⁵⁷¹ Fallos: 311:1171.

⁵⁷² 489 US 749. “*El objetivo principal de la información es asistir en la identificación y el procesamiento de delincuentes; y también es utilizado por los tribunales y oficiales de justicia en relación con sus decisiones de sentencia y de libertad condicional.*” (Traducción del autor).

⁵⁷³ 489 US 749. “*Hemos reconocido el interés de la intimidad en mantener hechos personales fuera del alcance del ojo del público.*” (Traducción del autor).

⁵⁷⁴ Fallos: 313:626.

utilizado ya que “*le había parecido paradójico el apellido a los fines de la sátira.*” Adicionalmente se aclara que “*la intención de la parodia no era censurar el desempeño del juez Cancela*”⁵⁷⁵ sino ofrecer un *espectáculo* con su nombre.

En *Menem, Carlos S. c/Editorial Perfil* se sostiene que la difusión de la intimidad de un personaje célebre puede “*divulgarse en lo que se relaciones con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad siempre que lo justifique el interés general*” y que “*la limitación de la intimidad de un funcionario público está marcada por el interés en el debate vigoroso de ideas sobre asuntos de interés público*”.⁵⁷⁶

En *S.V. c/M.D.A. s/medidas cautelares* se sostiene que es legítima la prohibición de difundir el nombre de un menor en un trámite de filiación de su presunto padre porque “*representa una indebida intromisión en su intimidad*”, “*aun cuando la noticia haya alcanzado el dominio público, pues su reiteración, obviamente agravaría la violación de bien protegido.*”⁵⁷⁷ La reiteración referida en este caso trae implícita la noción de *espectáculo* y no el simple interés informativo.

En *Perelmuter, Isaac c/Arte Radiotelevisivo Argentino*, en el que un programa de televisión publicó la imagen de un menor mientras estaba en un jardín de infantes, identificándolo erróneamente como el hijo de un fiscal que llevaba adelante una “*resonante investigación.*” La necesidad de *espectáculo* llevó al medio periodístico a obrar sin la debida “*prudencia con que debió hacerlo, máxime tratándose de un menor de edad.*”⁵⁷⁸

En *National Archives and Records Administration v. Allan J. Favish* se reconoció que al entregar las fotografías propiedad del Archivo, “*once again the family would be the focus of conceivably unsavory and distasteful media coverage.*”⁵⁷⁹

En *Keylián, Luis A. c/Santillán, María Laura s/Sumario* se sostiene que la inclusión de la imagen del menor en el programa periodístico “*sólo puede tener una única explicación*

⁵⁷⁵ Fallos: 321: 2637.

⁵⁷⁶ Fallos: 324:2895.

⁵⁷⁷ Fallos: 324:975.

⁵⁷⁸ Fallos: 326:4638.

⁵⁷⁹ US 02-954. “*Una vez más mi familia sería el foco de una desagradable y de mal gusto atención periodística.*” (Traducción del autor).

posible, esto es, darle mayor dramaticidad al programa televisivo que es propia de la actividad crematística llevada a cabo por las demandadas.»⁵⁸⁰

En *Franco, Julio Cesar c/Diario La Mañana* se sostiene que

*mal puede predicarse que resultaba necesario a los fines de informar sobre la muerte de una persona como se hizo en la publicación cuestionada, exhibir la imagen fotográfica de un cadáver tendido sobre el piso, ni puede invocarse la existencia de interés público en este último aspecto que no se viera ya satisfecho con la publicación de la noticia.*⁵⁸¹

En este sentido resulta clara, en opinión de la Corte, la intención de espectacularidad que tuvo dicha publicación.

Finalmente en *Sciammaro, Liliana c/Diario El Sol* se reitera la postura respecto de la difusión de imágenes de menores, con similares argumentos.

Se entiende, entonces que tanto la jurisprudencia argentina como la norteamericana han establecido que el régimen jurídico de la intimidad tiene un estándar de ilicitud restringido a lo arbitrario.

Ahora bien, ¿qué es lo arbitrario? El término arbitrario deviene de la palabra arbitrariedad que es aquello dictado solo por la voluntad o el capricho⁵⁸². En el ámbito jurídico, Olsen Ghirardi sostiene que

*la arbitrariedad deviene tal, por la inobservancia del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente. En consecuencia, esta inobservancia es la causa de la arbitrariedad -como se ha dicho- y no al revés. La arbitrariedad es el efecto. La violación del principio lógico es la causa.*⁵⁸³

⁵⁸⁰ Fallos: 327:3536.

⁵⁸¹ Fallos: 330:4615, Dictamen del Procurador.

⁵⁸² Real Academia Española, *op. cit.*

⁵⁸³ Ghirardi, Olsen A., *Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos>, 22/10/2009.

Llevado estos principios a la práctica, al momento de considerar qué es lo opuesto a la intimidad surge el concepto de *espectáculo* ya que *intimidad* y *espectáculo* son conceptos que se excluyen entre sí. El término espectáculo se entiende como “*función o diversión pública celebrada en un teatro, en un circo o en cualquier otro edificio o lugar en que se congrega la gente para presenciarla.*”⁵⁸⁴ Al ser concebido para su exhibición, supone la presencia de público. La intimidad, en cambio, es una “*zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia.*”⁵⁸⁵ Evidentemente, los campos semánticos se contraponen.

Este binomio (*intimidad-espectáculo*) sirve para descifrar un estándar de la arbitrariedad en tres elementos que lo componen: el *ámbito*, la *difusión* y el *consentimiento*.

Como se ve, la *arbitrariedad* es el efecto de la violación del principio lógico de no contradicción⁵⁸⁶ presente en el binomio *intimidad-espectáculo*. El requisito del principio es válido para discernir si se ha violentado la intimidad tanto en lo que respecta al *ámbito*, la *difusión* y el *consentimiento*.

No se trata de una contradicción metafísica entre intimidad y espectáculo, cuyo análisis es ajeno al marco teórico de este trabajo, sino de una contradicción lógica. En efecto, lo que es considerado como una arbitrariedad por las Cortes es decir o tratar algo íntimo como un espectáculo, difundándolo, dramatizándolo y reiterándolo para causar extrañeza y asombro. La contradicción lógica es la causa de la arbitrariedad, que las Cortes no pueden tolerar y consecuentemente sancionan la conducta que espectaculariza lo íntimo.

⁵⁸⁴ Real Academia Española, *op. cit.*

⁵⁸⁵ Real Academia Española, *op. cit.*

⁵⁸⁶ “Recordemos que el principio, ontológicamente, se enuncia afirmando que “*nada puede ser y no ser juntamente*”. En su versión lógica tiene esta forma: “*No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto*”. En lugar del vocablo *juntamente* se podrían emplear, de igual manera, las expresiones “*al mismo tiempo*” y/o “*bajo el mismo aspecto*”. Pareciera haber un matiz temporal en la enunciación, aunque ello no es necesariamente así. También podría ser espacial o contener alguna otra particularidad o ser la consecuencia de un determinado punto de vista. Es obvio, por ende, que en estas situaciones, estamos refiriéndonos a determinaciones particulares, singulares o próximas a la singularidad o, en todo caso, puntuales.” Ghirardi, Olsen A., *Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos>, 27/10/2009. El mismo autor señala que el principio es inmovible tanto para las lógicas de fuente ontológica como la Aristotélica como para las lógicas no metafísicas como las de A. Meinong, Carlos Alchourrón y Antonio Martino. Asimismo, el principio tiene una versión doxástica: nadie puede creer al mismo tiempo y en el mismo sentido una proposición y su negación.

Capítulo VII

Una teoría general sobre la validez del *Derecho a la Intimidad* en el Derecho argentino y estadounidense

De la intimidad como valor al *Derecho a la Intimidad*

Del análisis de los argumentos presentes en los fallos de las Cortes Supremas bajo estudio es posible deducir que las intimidades protegidas se derivan a su vez de las libertades garantizadas en cada sistema jurídico para garantizar la igualdad ante la ley. Al tiempo que mediante la protección de un ámbito de exclusión (libertad en sentido *negativo*) se protegen otras libertades en sentido *positivo*, por lo que la intimidad reviste el doble carácter de supuesto y condición del régimen jurídico general del Estado democrático.

Por lo que es posible sostener que el *Derecho a la Intimidad* -o más precisamente la protección de ciertas intimidades- conforma un derecho personalísimo derivado del Derecho a la dignidad de la persona del que derivan otros derechos.

Así, si se encuentra comprometida la libertad de contratación o la libertad de propiedad - libertades básicas del Derecho Civil- se derivan protecciones para intimidades relacionadas con la elección de co-contratantes y asociados, con la toma de decisiones para disponer de bienes e intereses jurídicos.

Por otra parte, si se ve comprometida la autonomía del ciudadano en el libre desenvolvimiento de su personalidad, el Derecho Constitucional de los dos sistemas estudiados a la luz de la jurisprudencia de su Cortes Supremas excluye toda intromisión, tanto del Estado como de particulares. Si lo que se afecta es la legalidad general del sistema, el Derecho libera al individuo de la coacción ilegal y de las vías de hecho.

Tal como fuera afirmado anteriormente, los regímenes jurídicos en estudio suponen elementos morales como integrantes del sistema.⁵⁸⁷ Así, el concepto de libertad -y por tanto el de intimidad- tiene su fundamento en valores éticos, pero no por ello inmediatamente se transforma en un derecho. Su validez como derecho se funda en su “funcionalidad” respecto de una forma de vida.⁵⁸⁸ Se transforma en relevante para dar solución a un conjunto de situaciones que resultan valiosas, circularmente.

Aunque se advierta esta circularidad, de todos modos se presentan ciertas dificultades al momento de establecer la validez del *Derecho a la Intimidad*.

La línea argumental de Kart Larenz en su obra *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*⁵⁸⁹ puede resultar de utilidad para incorporar el concepto ético de persona al Derecho.

Sostiene este autor que el primer principio respecto de la persona es la defensa de su dignidad. De la relación de recíproca consideración de este principio ético surgen los principios jurídicos de *autodeterminación, autovinculación y respeto de la confianza* que los propios actos pueden crear y en el ámbito colectivo, los principios de *igualdad y participación*. De este modo, los individuos regulan sus relaciones recíprocas “*mediante la posibilidad ofrecida y asegurada por el orden jurídico*”.⁵⁹⁰

Sin embargo, a propósito del estudio sobre el *Derecho a la Intimidad* realizado en estas páginas se ha podido advertir que los sistemas jurídicos argentino y norteamericano difieren en el modo en que esas libertades cuya fuente es la ética se transforman como válidas en la dogmática de sus respectivos Derechos. En el Derecho argentino se percibe la convicción de una “ley natural” que puede ser conocida *a priori* por la razón, sin que haya o deba referirse necesariamente a una legislación positiva específica. Se advierte así una fundamentación *iusracional* o *iusnatural* en la validez de *Derecho a la Intimidad*, validez inmersa en consideraciones de Filosofía del Derecho y de Filosofía Moral.

⁵⁸⁷ Ver Capítulo 7.

⁵⁸⁸ Cfr. Vattimo Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa Editorial, México 2000, p. 84.

⁵⁸⁹ Larenz, Karl, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas Ediciones, Madrid 2001.

⁵⁹⁰ Schapp, Jan, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 1998, p. 15.

En cambio, en los votos de los jueces norteamericanos se advierte que la validez del *Derecho a la Intimidación* depende de cuestiones empíricas: los principios presentes en la práctica de las Cortes, el principio del precedente⁵⁹¹ y el principio del *stare decisis*.⁵⁹²

Para llegar a una teoría general de la validez del *Derecho a la Intimidación* en ambos sistemas resulta conveniente retomar a la diferenciación kantiana desarrollada por Isaiah Berlin de los conceptos de libertad *positiva* y *negativa*. La libertad en sentido *positivo* es la libertad de acción, mientras que libertad en sentido *negativo* se refiere al espacio en el que la persona puede actuar sin ser obstaculizada por otros (ya sean particulares o el Estado). La libertad *positiva* supone finalidades racionales o en su defecto orientación en instituciones ético-culturales⁵⁹³ y sólo dentro de alguno de estos marcos se justifica este tipo de libertad. El concepto de libertad *negativa*, en cambio, no refiere a la posibilidad de elección sino que señala un espacio libre de la intervención del otro, aspecto de la libertad que refiere directamente al concepto de intimidad, que es absoluto en relación con los demás.⁵⁹⁴ El concepto de intimidad como libertad *negativa* establece una relación de dos personas delimitando jurídicamente la esfera de cada una de ellas, poniendo límites recíprocos, estableciendo derechos de defensa del titular contra quienes sobrepasan los límites violando el espacio de exclusividad. Esto comporta la facultad de exclusión, semejante a la que tienen los Derechos Reales.

Algunos autores sostienen que esto podría significar que sólo surge la relación jurídica en el momento de la violación. Así sostiene Schapp cuando dice que

es evidente que una relación jurídica entre los participantes sólo se admite en el caso de perturbación del espacio de libertad y que la recíproca

⁵⁹¹ “Esencialmente, la doctrina del precedente reclama al juez, en el momento que decide el caso particular, seguir la decisión del caso previo, cuando la situación de hecho de los dos casos sea similar. Claro que dos casos particulares no son nunca absolutamente idénticos. El juez puede evadir las ataduras teóricas impuestas por la doctrina del precedente, utilizando el proceso denominado de ‘distinción o distinguiendo’. Esto le permite tener cierta flexibilidad y, tal vez, hasta cierta creatividad.” Gall, Gerald, *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica en Argentina y Canadá*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, 2010, p. 58.

⁵⁹² El sintagma *stare decisis* es la abreviatura de la frase latina *stare decisis et non quieta movere*, que se traduce como “atenerse a las decisiones y no agitar asuntos ya tratados”, .Gall, G., *op. cit.*, p. 59.

⁵⁹³ Cfr. Schapp, J., *op. cit.*, p. 24.

⁵⁹⁴ Esto resulta semejante al concepto de propiedad.

*demarcación en el modelo limitativo, únicamente ha de contemplarse como una etapa previa a esas relaciones jurídicas (...). En la medida en que se logra (...) realizar una delimitación jurídica entre dos personas, o cuando menos prepararla, es posible designar como jurídico este concepto de libertad.*⁵⁹⁵

Sin embargo, como ya se ha afirmado en este trabajo, debe distinguirse el Derecho Subjetivo creditorio de fuente obligacional que surge de la violación del ámbito de intimidad con el Derecho Personalísimo subjetivo extrapatrimonial anterior a la violación. Este camino lleva a la negación de la integridad ética de la persona y en definitiva a la negación de la validez del *Derecho a la Intimidad*.⁵⁹⁶

El concepto de libertad *negativa* y, por lo tanto, el de intimidad conlleva el Derecho Subjetivo referido, cuya estructura limitativa respecto del accionar de los demás incorpora ciertas excepciones referidas a derechos de terceros, que limita la facultad de exclusión.

Al derivar del concepto de libertad *negativa*, el de intimidad genera relaciones jurídicas del interesado con todos los demás individuos, por la que tiene pretensiones contra todos y no inicia sólo a partir de la perturbación de la intimidad. La libertad implícita en el concepto de intimidad claramente se dirige hacia el Estado y hacia los particulares, convirtiéndose así en una esfera tanto del Derecho Civil como del Derecho Público.

Ahora bien, las normas refieren a expectativas de comportamientos interpersonales supuestas en valores que reflejan preferencias socioculturales también compartidas intersubjetivamente, por lo que es necesario establecer la relación entre valores y normas.

La intimidad como valor y como Derecho

La relación entre valores y normas supone una definición previa respecto de la posibilidad de adquirir y justificar su conocimiento objetivo. En este sentido es conocido el debate entre quienes sostienen que es posible afirmar su objetividad y quienes lo niegan.

⁵⁹⁵ Schapp, J., *op. cit.*, p. 29.

⁵⁹⁶ En el mismo sentido Bueres, A. J. en Bergoglio, *op. cit.*, p. XXVI.

Entre aquellos, se puede encontrar un amplio espectro de explicaciones que incluyen desde los metafísicos hasta posturas como las de Hilary Putman y Jüergen Habermas, quienes piensan que (valores y normas) no resultan independientes del lenguaje y remiten a condiciones intersubjetivas de un entendimiento al interior de una comunidad.

Por otro lado están quienes, como Richard Rorty, sostienen que se debe descartar dicho debate por completo.⁵⁹⁷ Conviene recordar que el marco teórico de este trabajo es pragmatista, por lo que, las conclusiones de este trabajo se limitan a la evidencia empírica recolectada sin pretender dar razones ni conclusiones universales.

Así, es posible sostener que en los sistemas estudiados la validez de las normas deriva de los valores que encarnan, por lo que ahora resulta necesario establecer el estatus deóntico de los valores presentes en las libertades que implican el *Derecho a la Intimidad*.

El pensamiento occidental ha transitado un proceso suficientemente documentado de construcción o de invención de un individuo dotado de una intimidad que

*de ninguna manera contempla al género humano en su conjunto, ni en términos históricos ni geográficos (...). La interioridad forma parte de una subjetivización históricamente localizable, que en los últimos tres siglos ha regido de manera hegemónica en el mundo occidental.*⁵⁹⁸

Los autores disputan sobre cuál es el origen de esta “idea occidental.” Algunos la ubican en Séneca, Epicteto y Marco Aurelio y otros la llevan más atrás, hasta Sócrates, Platón y Aristóteles. Aporte incuestionable de esta tradición son las *Confesiones* de San Agustín, quien encontró a Dios y a la verdad en el interior de cada persona. Sin embargo, es sin duda en la modernidad cuando se forjó la idea de un hombre afirmado en su individualidad. Todos los modernos hicieron su aporte en esta configuración. Emmanuel Kant llevó esta idea hasta sus extremos más ambiciosos y claros.

Se llegó a la conformación de una idea según la cual “*lo más valioso de cada sujeto es aquello que lo torna único, precisamente todo lo que no comparte con los demás miembros de*

⁵⁹⁷ Vega Encabo, Jesús, y Gil Martín, Francisco J., *Hilary Putman-Jürgien Habermas. Normas y Valores*, Trotta, Madrid 2008, p. 25.

⁵⁹⁸ Sibila, Paula, *La intimidad como espectáculo*, FCE, Buenos Aires 2009, p. 106.

la especie porque concierne apenas a su propio yo: el carácter original de su personalidad.”⁵⁹⁹

Por lo que es entonces lógico el surgimiento de la protección jurídica de dicho intangible.

Pero el concepto de intimidad no se ha mantenido inalterable. Desde la idea inicial de San Agustín hasta la idea contemporánea han pasado muchos modelos y todo hace suponer que surgirán nuevas versiones de personalidad y del valor de la existencia.⁶⁰⁰

Paula Sibila sostiene que

*en esta cultura de las apariencias, del espectáculo y de la visibilidad, ya no parece haber motivos para zambullirse en busca de los sentidos abismales perdidos dentro de sí mismo. Por el contrario, tendencias exhibicionistas y performativas alimentan la persecución de un efecto: el reconocimiento en los ojos ajenos y, sobre todo, el codiciado trofeo de ser visto.*⁶⁰¹

Así, se advierte que el concepto de intimidad e intimidades que deben ser protegidas varía con el tiempo y de lugar en lugar. En nuestra época sus elementos exteriores no presentan aspectos en nada diferentes a los realizados para que los conozca el público. Sin embargo, tienen una pequeña diferencia que queda claramente expuesta en la carta que le envió Hannah Arendt a su amiga Renate Rubinstein, quien quería publicar una conversación que mantuvieron.

Querida señorita Rubinstein:

No, no es necesario que me envíe una copia mecanografiada de su artículo porque confío totalmente en usted.

Sin embargo, me pregunto si no sería mejor no escribirlo. Pienso simplemente que un encuentro tan distendido, franco y privado como la velada que pasé en su casa con sus amigos no se hubiera llevado a cabo si

⁵⁹⁹ Sibila, P., *op. cit.*, p. 125.

⁶⁰⁰ Simen, George, en Sibila, P., *op. cit.*, p. 128.

⁶⁰¹ Sibila, P., *op. cit.*, p. 130.

*no hubiera tenido un carácter "no oficial". Por lo que recuerdo, no dije nada en aquella reunión que no quisiera decir en público. Y sin embargo, hay una diferencia y por esa misma diferencia (Vive la petite différence!) apreciaría que pudiéramos dejar todo el asunto "en privado". Esto es, dentro del círculo de amigos.*⁶⁰²

Esta nota aclara que la intimidad es un aspecto de la personalidad sutil, que puede pasar desapercibido fácilmente, pero que se constituye como fundamental en la construcción de lo que cada persona es. Al mismo tiempo deja claro que su disponibilidad pertenece a la persona y no puede, sin su consentimiento, ser dado a conocer o ser expuesto y mucho menos ser espectacularizado.

El Derecho es una consecuencia de hechos sociales y no le viene dado al hombre. Su aparición y evolución resultan de su acción moral que va desplegando su contenido.⁶⁰³ Inicialmente unido al grupo de pertenencia, la universalización de las relaciones sociales propias de nuestro tiempo le da al Derecho un contenido cada vez más válido para toda la humanidad. Ya no resulta posible identificar un Derecho estrictamente grupal. De allí la evolución semejante que ha tenido el *Derecho a la Intimidad* en los diferentes países estudiados.

En este trabajo se ha sostenido como hipótesis principal la existencia de una tensión en el par de conceptos intimidad/espectáculo.

Se ha verificado la hipótesis del trabajo ya que se han presentado evidencias empíricas de las Cortes protegiendo la intimidad cuando es presentada como espectáculo. Pero el devenir de los acontecimientos puede traer nuevos procesos que supongan la exhibición de aspectos de la personalidad que actualmente se consideran como íntimos o la espectacularización de lo privado como fenómenos nuevos, lo que significará un cambio en la protección eventual que les dará el Derecho.

⁶⁰² *The Hannah Arendt Papers at the Library of Congress*, cortesía de Ricardo Montiel en *El Sofista*, <http://elsofista.blogspot.com> 14/04/2010.

⁶⁰³ Cfr. Negri, Héctor, *Sobre el Derecho y los Derechos del Hombre*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008, p. 35.

Puede sostenerse entonces que existe un *Derecho a la Intimidad* y que en los sistemas jurídicos estudiados hay una protección de ciertas intimidades. Esta protección deriva de elementos que devienen integrantes del sistema jurídico por decisión de los agentes del Derecho, reflejando los valores de las sociedades que regulan y que tienden a ampliarse

Se ha podido demostrar que el concepto de intimidad y su Derecho correspondiente resultan de difícil establecimiento. Los factores que complican su definición son tanto sociales y culturales como jurídicos. Extrañamente podrá el Derecho dar certezas donde el objeto que se pretende proteger es en sí mismo escurridizo, cuando la sociedad no logra consensuar su contenido. De todos modos, atendiendo a que la extensión inconmensurable de lo imprevisible hace expirar las posibilidades del derecho positivo provocando la debilidad de su autoridad es conveniente hacer el esfuerzo por dar certezas allí donde faltan. En efecto, se considera que la extensión de la imprevisibilidad de la que se ha hablado corresponde al desarrollo teórico que ha tenido el *Derecho a la Intimidad*. Por el contrario, se propone su protección específica en el marco del Derecho Civil.

De lege ferenda

El análisis comparativo efectuado ha permitido atemperar el efecto de las incertidumbres, por cuanto ahora se cuenta con un análisis completo del tratamiento dado al *Derecho a la Intimidad* en la jurisprudencia de las Cortes Supremas de Justicia de la República Argentina y de los Estados Unidos de América.

La tendencia jurisprudencial analizada permite sostener el creciente interés social en definir con mayor precisión la protección de la intimidad.

De todos modos, como sostuvo el Dr. Marcos Córdoba junto con los más serios doctrinarios “*es necesario saber que las decisiones judiciales sólo obligan a las partes del juicio, creando así una norma individualizada, y no una norma general.*”⁶⁰⁴ Por lo que los

⁶⁰⁴ Córdoba, Marcos, *Última y próxima evolución del Derecho de Familia*, conferencia pronunciada con motivo de la ceremonia de entrega del Premio Academia, con fecha 16 de septiembre de 2008.

jueces no crean derecho, ya que sus fallos a diferencia del *common law*, no vinculan para el futuro.⁶⁰⁵

En el sistema jurídico argentino, quienes tienen la facultad de crear normas son el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo (por sus facultades de iniciativa, veto y promulgación). Corresponde al Poder Judicial el conocimiento y decisión sobre causas que versen sobre puntos regidos por las leyes. En el cumplimiento de su función, los jueces interpretan la ley. Obviamente, en su interpretación no crean leyes sino que desentrañan el significado de la norma preexistente.

Siguiendo el pensamiento clásico de Ripert y Boulanger es posible sostener que “*el juez no tiene la pretensión de hacer la ley. Él entiende y declara aplicar la ley. No se trata de poner frente al legislador un poder concurrente. El juez sigue siendo el servidor de las leyes; no se arroga el poder de crear normas jurídicas.*”⁶⁰⁶

En consecuencia, los fallos analizados en esta investigación son el resultado de la interpretación de la ley y no la ley misma. En ellos se puede encontrar implícita y explícitamente la elaboración doctrinaria que juega en la ciencia del Derecho un rol similar al que la opinión pública tiene en la ciencia política: “*prepara con anticipación los cambios de la legislación por la influencia de su enseñanza e influye en la interpretación judicial, en la medida de su fuerza de convicción por el vigor de sus fundamentos.*”⁶⁰⁷

Del mismo modo como los jueces no crean derecho, los requisitos de certeza del sistema jurídico requieren que el legislador no demore la sanción y creación de normas que regulen los aspectos cruciales de la vida en sociedad. Resulta tan ilusorio “*pretender comprimir la expansión del Derecho como (...) comprimir la libertad del intérprete.*”⁶⁰⁸

El análisis realizado también permite sostener que la dificultad que los jueces tienen no es tanto la aplicación de la ley sino su interpretación cuando sus textos son muy generales, oscuros o demasiado indeterminados.

⁶⁰⁵ Ello a pesar de lo dispuesto en el art. 303 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación que considera vinculante la interpretación de la ley establecida en una sentencia plenaria.

⁶⁰⁶ Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires 1963, p. 191.

⁶⁰⁷ Córdoba, M., *op. cit.*, p. 2.

⁶⁰⁸ Alpa, Guido, *La certeza del Derecho en la edad de la incertidumbre*, La Ley, 2006-B, 815.

Por todo lo analizado, conviene incluir de modo más adecuado en el Derecho privado las previsiones constitucionales sobre el *Derecho a la Intimidad* para dotar de mayor certeza su tratamiento. Así, sería conveniente tener una fórmula que trate la difusión de *la intimidad como espectáculo* y que lo prohíba explícitamente cuando no medie autorización del interesado. Irónicamente, el peligro de vivir en una casa de cristal, requiere al decir, de Alpa, la visibilidad de los límites.⁶⁰⁹ Un límite de la intimidad debe ser su difusión involuntaria como *espectáculo* y dicho límite debe ser establecido por la legislación civil de modo que quedara claro el carácter de Derecho Subjetivo personalísimo del *Derecho a la Intimidad*, cuya afectación constituiría un acto ilícito que, como todo acto jurídico, requiere factor de atribución subjetiva, ya que si no hay voluntad no habrá acto -ni lícito ni ilícito- porque ambos son, por definición, voluntarios.⁶¹⁰

De este modo se superarían las principales dificultades señaladas por la doctrina para el art. 1.071 *bis* vigente y se incorporaría el aporte original de esta tesis.

La violación del *Derecho a la Intimidad* así garantizado funcionaría concordado según el criterio genérico del art. 1.078 del Código Civil que establece que

La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima.

La acción por indemnización del daño moral sólo competirá al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos.

Considerando que no es posible requerir la prueba imposible de la lesión subjetiva sufrida por su conciencia moral en presencia de la violación de la intimidad por su difusión como espectáculo se considera que habrá una presunción a favor de la existencia del agravio moral. Por supuesto, esta presunción será *iuris tantum* para evitar injusticias graves, admitiéndose la prueba en contra.

⁶⁰⁹ Alpa, G., *op. cit.* p. 6.

⁶¹⁰ Moisset de Espanés, Luis, *La culpa*, Revista Notarial de Córdoba, N° 23, p. 145, en comentario al libro de Orgaz.

Síntesis y conclusiones finales

El desarrollo de esta investigación ha pretendido alumbrar sobre un aspecto particular de la intromisión en la intimidad, y en ello se ha concluido, entre otras cuestiones, que la temática requiere una determinación legal que aporte solución certera a una cuestión aun no resuelta por el Derecho. Si bien el *Derecho a la Intimidad* no debe aspirar a ser considerado como absoluto, esta investigación deja claro que el primer peligro que acecha a la intimidad es su consideración como *espectáculo* y por lo tanto es el primer aspecto que debe ser considerado.

A su vez, el recorrido intelectual de este trabajo parte de una hipótesis principal que permitió la verificación tanto cuantitativa como cualitativa de aspectos de la intimidad nunca antes elaborados o verificados.

Los avances tecnológicos, la preocupación por la seguridad y el afán de espectáculo de la sociedad contemporánea han generado tales cambios en el estilo de vida de sus habitantes que ha surgido un creciente interés por la tensión que generan con la intimidad. Tanto el imaginario colectivo⁶¹¹ de la sociedad argentina, de la europea y de los Estados Unidos, como su producción legislativa y la actividad de sus tribunales evidencian la necesidad de una normativa civil que regule adecuadamente el *Derecho a la Intimidad*.

Para comprender el tratamiento de la protección de la intimidad se analizó preliminarmente la doctrina argentina y europea sobre el *Derecho a la Intimidad*, su protección en la tradición del *common law* en los Estados Unidos de América y en la jurisprudencia argentina, luego de lo cual se concluyó que su tratamiento es equivalente, con una escalada conceptual en su alcance y contenido

Así, al considerar sus elementos, se advierte que la antijuridicidad del sistema argentino y el estándar de cuidado del sistema anglosajón resultan semejantes: se ha demostrado que el primero ha derivado de una antijuridicidad legal estricta a un daño “injusto” de consecuencias similares al requisito del *common law*. De todos modos, los jueces

⁶¹¹ Imaginario colectivo es una expresión utilizada por las ciencias sociales para referir el conjunto de imágenes de los individuos a través de las cuales ordenan su entorno y que regulan fuertemente su vida.

de ambos sistemas tienen dificultades semejantes al momento de valorar los requisitos de la responsabilidad por el daño a la intimidad.

Por otra parte, se ha comprobado que ambos sistemas consideran que los elementos “*relación causal*” y “*factores de atribución*” no pueden definirse en sí mismos sino que requieren un tratamiento relacional en cada caso particular.

El *Derecho a la Intimidad* protege el ámbito de reserva personal, espiritual y de amistad cuyo límite solo puede ser flanqueado con la autorización expresa del interesado. Dicho ámbito, sus artefactos y representaciones están amparados por los valores que integran el aparato conceptual de las sociedades occidentales. El Derecho lo protege ampliamente en muchas de sus manifestaciones.

Contrariamente a lo que se esperaba al comienzo de este trabajo, el análisis de la jurisprudencia del *common law* y de la jurisprudencia civil argentina no permite afirmar que dichas tradiciones establezcan la responsabilidad de reparar el daño sufrido por hacer de lo privado un espectáculo con estos alcances. Pero sí en cambio que las Cortes Supremas de ambos países entienden que existe cierto estándar jurídico de arbitrariedad que se integra en el binomio *intimidad/espectáculo* que el sistema jurídico debe reconocer y hacer efectivo en sus decisiones. Dicho estándar se refiere no sólo a lo que el sistema efectivamente reconoce sino también a lo que debe reconocer. De este modo, las Cortes de ambos países elaboraron, en el devenir de los años analizados, su propia teoría sobre este Derecho que es reclamado cada vez con más fuerza en la sociedad contemporánea. En dicho proceso ha resultado muchas veces difícil tratarlo de modo diferenciado de otros Derechos que se encuentran tanto fáctica como teóricamente adyacentes al concepto de intimidad. Por lo que se advirtió que muchas veces las Cortes tratan por igual el *Derecho a la Intimidad*, el Derecho a la Identidad o el Derecho a la Integridad; el Derecho a la Información, el Derecho a la verdad o el Derecho a no ser discriminado, etcétera.

A pesar de las dificultades teóricas observadas en el proceso de validación del *Derecho a la Intimidad*, luego del análisis cuantitativo y cualitativo es posible sostener que tanto la jurisprudencia de la Corte argentina como la de los Estados Unidos protege situaciones derivadas de las libertades garantizadas en cada sistema jurídico; que establece tanto la

protección de un ámbito de exclusión (libertad en sentido *negativo*) como libertades en sentido *positivo*, haciendo de la intimidad, supuesto y condición del régimen jurídico general del Estado.

Asimismo, es posible sostener que el *Derecho a la Intimidad* es un Derecho Subjetivo personalísimo extrapatrimonial que, cuando se ve afectado ilícitamente, genera la obligación de reparar el daño causado. Dicha ilicitud se verifica específicamente en la arbitrariedad que implica la difusión de la intimidad *como espectáculo*, que como se dijo, es consecuencia de la inobservancia del principio de no contradicción o del principio de razón suficiente. Por lo que tanto la Corte Suprema argentina como la de los Estados Unidos declaran crecientemente la protección de la intimidad cuando es tratada *como espectáculo*. El análisis realizado permite sostener que la presencia de dicha protección se verifica en todos los períodos estudiados de ambas Cortes.

La tensión entre intimidad y espectáculo se registra principalmente en temas relacionados con la libertad de expresión pero no solamente allí. También se advierte en todos aquellos temas donde está en juego la autonomía personal y la protección de datos personales.

Este estudio adquiere significación luego de observar que el *Derecho a la Intimidad* se presenta como categoría diferenciada de otros Derechos en el tratamiento de las Cortes.

Si bien es complejo establecer claramente los criterios utilizados por los tribunales para marcar el ámbito de la intimidad y el alcance de la protección que están dispuestos a darle, la evidencia empírica analizada permite afirmar que es posible obtener un registro cada vez más preciso del contenido y el alcance del *Derecho a la Intimidad* en ambos sistemas estudiados.

Al analizar la eficacia del *Derecho a la Intimidad* se ha podido realizar un seguimiento de su proceso de validación y, por lo tanto, de las condiciones de su validez y de su protección real en la Argentina y en los Estados Unidos.

El fundamento más utilizado por la Corte argentina se desprende del art. 19 de la Constitución Nacional y el centro de su preocupación es el ámbito de autonomía. Para la Corte argentina, el *Derecho a la Intimidad* refiere a todo lo que el individuo quiere sustraer del conocimiento público (la integridad de su persona física, el ámbito familiar, sus ideas y

creencias) y la información que se pone a disposición de terceros. Por su parte, la Corte norteamericana protege el *Derecho a la Intimidad* a través de la Primera Enmienda y la Cuarta Enmienda constitucional, considerando que la intimidad personal es un componente de la libertad protegida por la cláusula del debido proceso pero no limita su protección sólo en el procedimiento sino también como materia sustancial. Para esta Corte la Constitución protege un ámbito de autonomía de los individuos que les permite diseñar su propio proyecto de vida al momento de tomar cierto tipo de decisiones.

Ambos sistemas jurídicos coinciden en que, para lograr la protección de este Derecho, es necesario dotarlo de un significado lo más unívoco posible, por lo que ambas Cortes consideran que se debe establecer un estándar que permita conocer los alcances de lo que debe considerarse como violación *injustificada* o *arbitraria* del deseo de mantener aspectos e informaciones privados, fuera del ámbito público. En este sentido, ambas Cortes censuran la “*explotación pública*” de lo que naturalmente es privado, del mismo modo que sostienen que la angustia y el sufrimiento causado por la difusión de lo que debía permanecer íntimo es la medida de la responsabilidad en la que incurre el difusor, ya sea el Estado o un particular. Razonamiento que también aplican para el daño potencial, ya que la potencialidad de que la intimidad pueda ser difundida también causa daño a la víctima.

Finalmente, ambos sistemas consideran que las convicciones íntimas de las personas deben mantenerse en el ámbito privado sin que puedan éstas solicitar o exigir la recepción positiva de sus convicciones.

La intimidad no tiene nada que ver con lo secreto ni con lo oculto. No está relacionada con lo clandestino, lo furtivo, lo restrictivo ni lo subrepticio. Tampoco se refiere a lo que se realiza detrás de puertas, cerrojos, cerraduras ni cercas. De hecho, no alude a cuestiones de confianza o desconfianza en el otro. Sin embargo, constituye un estado irrepetible de la persona que es su tesoro. Es manifestación de la delicadeza y grandeza de la condición humana. La medida y alcance de su protección es el patrón del valor y la estimación que un sistema jurídico tiene por la dignidad del individuo. Refiere a aspectos, estados y cosas que no serían tales si no tuvieran un carácter específico.

El *Derecho a la Intimidad* protege el ámbito superlativo de la amistad, que es naturalmente desinteresado y que permite que la persona surja y se fortalezca. La intimidad en las relaciones humanas requiere transparencia, diálogo, vulnerabilidad y reciprocidad. Su exposición, explotación o intromisión desautorizada la daña irremediablemente y por lo tanto el Derecho debe protegerla y sancionar la ofensa que la afecta.

Los conceptos intimidad, persona, derecho y espectáculo han recorrido una trayectoria intelectual que necesariamente los vincula. Como se vio en este trabajo, ya los antiguos griegos advirtieron la tensión entre lo público y lo privado, lo que debía permanecer en reserva y lo que podía ser expuesto. Concibieron la comedia y la tragedia como modos de representar en público lo que de otro modo no podía ser presentado. Resulta ciertamente paradójico que el auge de la preocupación por el *Derecho a la Intimidad* se dé en una época en que se registra una amplia tendencia a la exposición de lo íntimo.

El marco teórico de este trabajo integra el Derecho Civil con la filosofía jurídica y la búsqueda de evidencias empíricas procurando evitar los aislamientos conceptuales y analíticos del Derecho. Se ha hecho hincapié en la idea que considera estéril el tratamiento puramente conceptual de las categorías jurídicas y que entiende al Derecho como un hecho social necesariamente contestado e interpretativo.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina civilista y del *common law* han procurado responder a los requerimientos de las personas que reclaman la comprensión del fenómeno moderno de la intimidad. Las marchas y contramarchas de la legislación y la jurisprudencia son constantes. Se analizan y regulan aspectos de la intimidad, se la considera el eje de la sociedad y los estándares de su protección constituyen la pauta del estatus democrático de una nación. En la tradición civilista se reclama la inclusión en la legislación de preceptos que regulen las consecuencias civiles de los principios constitucionales que protegen la intimidad. En la tradición del *common law* se esfuerzan por encontrar los casos que puedan servir como antecedentes para una protección adecuada.

En la República Argentina se cuenta con un artículo en el Código Civil, que si bien ha significado una protección para la intimidad, su redacción adolece de defectos sobradamente señalados por la doctrina. De *lege ferenda* este trabajo propone la modificación del artículo de

modo que quede claro por un lado, el carácter de Derecho subjetivo personalísimo de la intimidad y por otro que su violación implique un ilícito. Que, como todo acto jurídico, requiere elemento subjetivo para su integración. Resulta fundamental agregar que esta recomendación surge como resultado del análisis cuanti-cualitativo realizado de la jurisprudencia de las Cortes Supremas argentina y de los Estados Unidos ya que, como se ha señalado, estas Cortes hay considerado en los casos concretos sometidos a su consideración, que la violación de la intimidad y su difusión como espectáculo es una conducta prohibida.

La protección amplia de la intimidad a través de normas constitucionales e internacionales como las analizadas resulta ciertamente conveniente. Sin embargo, desde el punto de vista civil, su tratamiento omnicompreensivo dificulta su protección. Este trabajo hace un aporte conceptual y normativo que propone una solución a la dificultad de precisión del contenido del *Derecho a la Intimidad*.

Capítulo VIII

Propuesta de reforma legislativa

En razón de lo expuesto considero conveniente proponer la modificación del Código Civil de la República Argentina en lo siguiente:

1. Se derogue el artículo 1.071 bis.
2. Se incorpore un párrafo al art. 1.087 (delitos contra la libertad) de modo que quede redactado de la siguiente manera:

Libro Segundo

“De los Derechos Personales en las relaciones civiles”

Sección Segunda

“De los hechos y actos jurídicos que producen la adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos y obligaciones”

Título VIII

“De los actos ilícitos”

Capítulo II

“De los delitos contra las personas”

Art. 1087. Si el delito fuere contra la libertad individual, la indemnización consistirá solamente en la cantidad correspondiente a la totalidad de las ganancias que cesaron para el paciente, hasta el día en que fue plenamente restituido a su libertad.

Si el delito fuera la difusión de la intimidad de una persona como espectáculo o cualquier otra interferencia en su vida privada, sin mediar su autorización expresa, se deberá responder por el daño, patrimonial y moral ocasionado.

Bibliografía

- Alcaraz, Hubert, *Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!*, *Araucaria, Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, Nro. 18, segundo semestre de 2007.
- Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires 2006.
- Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2002.
- Alpa, Guido, *La certeza del Derecho en la edad de la incertidumbre*, La ley, 2006-B.
- Alpa, Guido, *Privacy e estatuto dell'informazione*, *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 1979.
- Andrada, Alejandro D. *El Derecho a la Intimidación*, RCyS, 2004.
- Arendt, Hannah, *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires 2005.
- Arnoux, Irma, *Les Droits de l'etre human sur son corps*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003.
- Badeni, Gregorio, *La publicación de sentencias judiciales y el Derecho a la Intimidación*, La Ley, 1993-B, 355.
- Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, La Ley, Buenos Aires 2004.
- Bastera, M. I., *Protección de datos personales*, Ediar, Buenos Aires 2008.
- Bastera, Marcela, *Aspectos procesales y sustanciales del hábeas data en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, LL 2005-B.
- Bercholc, Jorge, *La independencia de la Corte Suprema a través del control de constitucionalidad respecto a los otros poderes políticos del Estado, (1935-1998)*, Ediar, Buenos Aires, 2004.
- Bercholc, Jorge, *Un estudio empírico-cuantitativo de la institución presidencial a través del análisis de contenido de los discursos de apertura de las asambleas legislativas (1983-2007)*, *Anuario de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Abierta Interamericana, Editorial Cathedra Jurídica, 2008.

- Bercholz, Jorge, y Sancari, Sebastián, *La Corte Suprema en el Sistema Político*, Ediar, Buenos Aires, 2006.
- Bergoglio de Brouwer de Koning, María Teresa y Bertoldi de Fourcade, María Virginia, *Trasplantes de órganos*, Hammurabi, Buenos Aires 1983.
- Berlin, Isaiah, *Vico y Herder. Dos estudios de la historia de las ideas*, Cátedra, Madrid 2000.
- Berlin, Isaías, *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Alianza, Madrid 2005.
- Bianchi, Alberto, *Hábeas data y Derecho a la privacidad*, ED, 161-869.
- Bianchi, Alberto, *Historia Constitucional de los Estados Unidos*, Cathedra Jurídica, Buenos Aires, 2008.
- Bidart Campos, Germán, J., *¿Hábeas data, o qué? ¿Derecho a la verdad, o qué?*, LL 1999.
- Bidart Campos, Germán, *La Corte Suprema. El tribunal de garantías constitucionales*, Ediar, Buenos Aires, 2010.
- Bloustein, Edward, J. *Privacy as an aspect on human dignity. An answer to Dean Prosser*, New York Law Review, 39, 1964.
- Borda, Guillermo, A. *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Perrot, Buenos Aires, 1959 y 2004.
- Bork, Robert, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Simon and Schuster, New York 1990.
- Brenna, Ramón, G. *Vigilancia, privacidad y Derechos humanos*, La Ley, 2010-A.
- Bueres, Alberto J. y Highton, Elena, I., *Código Civil y normas complementarias*, 1A, Hammurabi, Buenos Aires 2007.
- Bustamante Alsina, Jorge, *La violación del Derecho a la Intimidad y su adecuada reparación*, La Ley, 1989-E.
- Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1987.
- Buteler Cáceres, José, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 1975.

- Calautti, Carlos, *Reflexiones preliminares sobre Hábeas Data*, La Ley 1996-C.
- Cárcova, Carlos María, *La Opacidad del Derecho*, Trotta, Madrid 2006.
- Cárcova, Carlos María, *Las Teorías Jurídicas Post Positivistas*, Lexis Nexis, Buenos Aires 2007.
- Carranza Latrubesse, Gustavo, *La intimidación de los hombres públicos*, La Ley, 19/11/2004.
- Carrió, Alejandro, *Derecho constitucional a la privacidad: zonas claras de protección y zonas de penumbra*, La Ley, 1993-C.
- Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires 2008.
- Cifuentes, Santos, *La vida privada y su defensa*, La Ley, 2006-F, 1272.
- Córdoba, Marcos, *Última y próxima evolución del Derecho de Familia*, Conferencia pronunciada con motivo de la ceremonia de entrega del Premio Academia, con fecha 16 de septiembre de 2008.
- Daranas, Daniel, *Sentencia de 15 de Diciembre de 1983: Ley del Censo. Derecho de la Personalidad y Dignidad Humana*, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional, IV, No. 3, Enero, Madrid, Dirección de Estudios y Documentación del Congreso de los Diputados, 1984.
- De Cupis, Alfredo, *I diritti della personalità*, in *Tratt. di diritto civile e commerciale*, Giuffrè editore, Milano, 1982.
- Dewey, John, *La miseria de la epistemología*, *Ensayos de Pragmatismo*, Biblioteca Nueva, Madrid 2000.
- Diegues, Jorge Alberto, *Derecho a la Intimidación*, La Ley, 23/12/2008.
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona 2002.
- Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Random House, New York.
- Escudé, Carlos, *La Nación*, Columna de Opinión 11.06.2007.
- Famá, María Victoria, *La libertad de intimidad y los procesos de familia*, La Ley 2006-E.
- Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2000.

- Flores, Oscar, *Libertad de Prensa y Derecho a la Intimidad de los Funcionarios Públicos*, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- Fornari, María Julia, Lavalle Cobo, Jorge, *El Derecho a la Intimidad y su relación con las comunicaciones electrónicas*, La Ley, 27/11/2007.
- Gall, Gerald, *La doctrina del precedente y la seguridad jurídica en Argentina y Canadá*, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires 2010.
- Garner, Bryan, *Black's Law Dictionary*, West Group, St. Paul, Minn 1999.
- Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires 2005.
- Ghirardi, Olsen A., *Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos>, 22/10/2009.
- Goldenberg, Isidoro, *La tutela jurídica de la vida privada*, La Ley, t. 1976-A.
- Grisetti, Ricardo A., *Negativa a extracción de sangre. Un fallo que asume la cuestión en su justo medio. Ni "tolerancia cero" ni "hipergarantismo". Aproximaciones desde el aporte de la teoría del conocimiento*, Eldial.com Biblioteca Jurídica on line, www.eldial.com/suplementos/ajusticia, 20/06/2009.
- Guastavino, Elías P., *Derecho Subjetivo e interés legítimo en materia civil*, en Bueres, Alberto J. y Highton, Elena, I., *Código Civil y normas complementarias*, 1A, Hammurabi, Buenos Aires 2007.
- Gutiérrez Boada, John D., *Los límites entre la intimidad y la información*, Universidad del Externado de Colombia, Buenos Aires 2001.
- Hart, H. L. A. y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, Clarendon Press. Oxford. 1959.
- Herrero–Tejedor, Fernando, *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.
- Heuschling, Luc, *Convergence des systèmes juridiques et protection de la vie privée*, Franco-British Lawyers' Society Colloquium Glasgow, 2003, www.franco-british-law.org, 22/09/2010.

- Holmes, Oliver Wendell J., *The Common Law*, Lecture 1, Early forms of liability. <http://www.gutenberg.org> 27/02/09.
- Iribarren, Pablo, *Libertad de prensa. Derecho a la Intimidación, al honor y presunción de inocencia. Conflicto de valores*, La Ley, Suplemento Actualidad, 19/02/2008.
- James, William, *Pragmatismo*, Folio, Barcelona 1999.
- Juan Pablo II, *Memoria e identidad*, Planeta, Buenos Aires 2005.
- Kant, Immanuel, *Crítica de la razón práctica*, Losada, Buenos Aires 1993.
- Kayser, Pierre, *La protección de la vie privée*, Presses universitaires d'Aus-Marseille, París 1984.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directora), *Responsabilidad Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires 2007.
- Kitto, H. D. F., *Los Griegos*, Eudeba, Buenos Aires 1977.
- Laje, Alejandro, *El Derecho a la Privacidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Trabajo en Derecho Civil I de la carrera de doctorado de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 8 de marzo de 2008.
- Laplacette, Carlos José, *El artículo 19 de la Constitución y la libertad de intimidad*, La Ley 2006-F, 1369.
- Larenz, Karl, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*, Civitas Ediciones, Madrid 2001.
- Legarre, Santiago, *Tenencia de drogas para uso personal y estabilidad de la jurisprudencia: Colavini, Bazterrica” ... ¿y la Corte actual estará a lo decidido en Montalvo?*, La Ley 2006-D.
- Legarre, Santiago, *To be or not to be: ¿fumar o no fumar?*, La Ley, 2007-E.
- Lemon, Alfredo, *La más secreta intimidad (El Derecho constitucional en los umbrales de la muerte)*, La Ley, 1993-E.
- Llambías, Jorge, J., *Ley 1771: reforma del Código Civil*, Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1968.
- Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil: Parte General*, Abeledo - Perrot, Buenos Aires 2003.

- Llano, Alejandro, *Metafísica y lenguaje*, Eunsa, Pamplona 1984.
- Locke, John, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Losada, Buenos Aires 2002.
- MacKinnon, Catherine, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge 1989.
- Manili, Pablo, Luis, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1963-2007*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007.
- Matozzo de Romualdi , Liliana, A., *La biotecnología y el derecho a la identidad*, El Derecho, n° 8959, 1996.
- Mayo, Jorge y Prevot Juan Manuel, *La responsabilidad civil hoy*, La Ley, n°. 87, La Ley, Buenos Aires 2008.
- Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Editorial Alianza, Madrid 2007.
- Moisset de Espanés, Luis, *Cambio Social y Cambio legislativo*, en *Codificación Civil y derecho Comparado*, Zavalía, Buenos Aires, 1994.
- Moisset de Espanés, Luis, *Cambio Social y Cambio legislativo*, en *Codificación Civil y Derecho Comparado*, Zavalía, Buenos Aires 1994.
- Moisset de Espanés, Luis, *El acto ilícito y la responsabilidad Civil*, en Alterini, Atilio, Director, Homenaje a Isidoro H. Goldenberg, p. 100, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artactoilicito>, 2/9/2010.
- Morales Prats, Fermín, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informormática*, Destino, Barcelona, 1984.
- Morello, Augusto, *Test de constitucionalidad para acceder a la tutela judicial en resguardo del Derecho a la privacidad, frente a la libertad de prensa*, La Ley, 2002-A.
- Morte Gómez, Carmen, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Segundo semestre de 2003*, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, http://www.idp-urjc.com/pdf/drchfundm/revista_2.pdf 21/09/2010.
- Mosset Iturraspe, Jorge, *Estudios sobre la responsabilidad por daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 1980.

- Mosset Iturraspe, Jorge, *La relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual*, *Revista Latinoamericana de Derecho* Num. 1. UNAM, México 2004. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/22/02/2009>
- Negri, Héctor, *Sobre el Derecho y los Derechos del Hombre*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires 2008.
- Nino, Carlos, S., *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires 2005.
- Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*. 2a. ed. ampl. y rev, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- Orgaz, Alfredo, *Personas Individuales*, Assandri, Buenos Aires 1961.
- Ossorio y Florit, Manuel, Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario de Derecho*, Heliasta, Buenos Aires 2010.
- Padilla, Miguel, *Fuentes Constitucionales del Derecho a la Intimidad*, La Ley 1998_F.
- Palazzi, Pablo Andrés, *El hábeas data y la protección de datos en el Derecho Argentino*, www.eldial.com/doctri/notas, 6/06/2009.
- Parellada, Carlos A., *El daño moral. La evolución del pensamiento en el Derecho Argentino, Responsabilidad Civil*, Kemelmajer de Carlucci, Aída (Directora), Rubinzal –Culzoni Editores, Buenos Aires 2007.
- Pinese Gloria y Corbalán Pablo, *Constitución de la Nación Argentina*, La Ley, Buenos Aires 2007.
- Posner, Richard, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge 1981.
- Prack, Horacio, E., *Algunas cuestiones legales de consumo y tenencia de estupefacientes* en Zamudio, Teodora, <http://www.bioetica.org> 9/07/2009.
- Prosser, William, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul West 1955 en Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/sum2007>.
- Prosser, William, *Privacy*, 48,3, California Law Review, CA, 1960.
- Pugliese, Giovanni, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, Foro It., Zanichelli, Bologna, 1954.

- Ramella, Pablo A. *El Derecho a la Intimidación*, La Ley 140.
- Ravà, Adolfo, *Istituzioni di diritto privato*, Cedam, Padova, 1938. ,
- Ravinovich-Berkman, Ricardo D., *Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires 2007
- Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición.
- Reguera, Isidoro y Muñoz, Jacobo, en Prólogo a Wittgenstein, L., *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005.
- Ripert, Georges y Boulanger, Jean. *Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol*, La Ley, Buenos Aires, 1963, p. 191.
- Rivera, Julio César, *Libertad de prensa y Derecho a la Intimidación. Un conflicto permanente*, La Ley, 1985-B.
- Rodríguez Aranada, J. en prólogo a James, William, *Pragmatismo*, Folio, Barcelona 1999.
- Rotman, Robert B., *La protección jurídica de la vida privada*, Separata del *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, México, 1959, en La Ley, t. 100.
- Ruiz Miguel, Carlos, *La configuración constitucional del Derecho a la Intimidación*, Tecnos, Madrid, 1995.
- Saba, Roberto, *Las decisiones constitucionales de Ulises, Acerca de las dificultades para la construcción colectiva de una práctica constitucional en Argentina*, en AAVV, *Los límites de la democracia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Sabsay, Daniel, A., *El Derecho a la Intimidación y la acción de clase*, La Ley, 2009- B.
- Salerno, Marcelo, U. *Libertad de observar. Su extensión*, La Ley, 1994-C.
- Salvat, Raymundo-Romero Prado, Víctor, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Parte General*, Tea, Buenos Aires, 1954.
- Santiago, Alfonso, y Álvarez Fernando, Editores, *Función política de la Corte Suprema*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2000.

- Sanvitale Linzing, Romina, *Derecho a la Intimidad: su relación con las cartas post-mortem y las comunicaciones electrónicas*, Trabajo Final, Carrera de Abogacía, Universidad Abierta Interamericana, Buenos Aires, marzo 2008.
- Schapp, Jan, *Derecho Civil y Filosofía del Derecho*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá 1998.
- Sibila, Paula, *La intimidad como espectáculo*, FCE, Buenos Aires 2009.
- Spota, Alberto A. *Origen histórico del poder político de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos*, en Santiago, Alfonso, y Álvarez Fernando, Editores, *Función política de la Corte Suprema*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires 2000.
- Surace, Marika, *Analisi socio-giuridica del rapporto tra sorveglianza e diritto alla riservatezza nell'era di Internet, Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità*, <http://www.altrodiritto.unifi.it>, 20/09/2010.
- Thomson, Judith, *The Right to Privacy, Philosophy and Public Affairs* 4, pp. 295-314.
- Tobías, José W., *Derechos personalísimos y libertad de información*, La Ley, 2008-A.
- Toller, Fernando M., *Libertad de prensa y tutela judicial efectiva*, La Ley, Buenos Aires 1999.
- Trabucchi, Alberto, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova 1995.
- Trigo Represas, Félix, López Mesa, Marcelo, *Tratado de la Responsabilidad Civil, T. I*, La Ley, Buenos Aires, 2005.
- Vanossi, Jorge, *El hábeas data: no puede ni debe contraponerse*, en Basterra, M. I., *Protección de datos personales*, Ediar, Buenos Aires 2008.
- Vattimo Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa Editorial, México 2000.
- Vega Encabo, Jesús, y Gil Martín, Francisco J., *Hilary Putman Jurgüen Habermas, Normas y Valores*, Trotta, Madrid 2008.
- Ventura, Adrián, *Libertad de expresión y garantías*, La Ley, Buenos Aires 2009.
- Vidal Martínez, Jaime, *El Derecho a la Intimidad en la ley orgánica del 5/5/82*, Madrid, 1984.

- Videla Escalada, Federico, *La causa final en el Derecho Civil*, Buenos Aires, 1960.
- Vogl, Roland, *The EU-US Privacy controversy: A question of law or governance?*, Stanford Program in International Legal Studies, Stanford Law School, Stanford, University, 2000.
- Warren Samuel y Brandeis, Louis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review 4, Cambridge 1890, en Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/sum2007>.
- William, *Handbook of the Law of Torts*, St. Paul West 1955 en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <http://plato.stanford.edu/sum2007>.
- Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-philosophicus*, Alianza, Madrid 2005.
- Wittgenstein, Ludwig., *Investigaciones filosóficas*, Crítica, Barcelona 2004.
- Zabala, Santiago, *Richard Rorty/Gianni Váttimo. El Futuro de la Religión*, Paidós, Buenos Aires 2006.
- Zamudio, Teodora, *Los conceptos de persona y propiedad: la necesidad de su revisión jurídica ante las nuevas realidades genéticas*, www.biotech.bioetica.org/doctrina.htm, 2/6/2009.
- Zavala de González, Matilde, *El Derecho a la Intimidad*, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1982.

Fuentes directas

- *Arkansas Code, Title 5, Chapter 13, Subchapter 2, § 205-207*
- *Código Civil de la República Argentina*, Lajouane, Buenos Aires 2006.
- *Constitución de la Nación Argentina*
- *Constitución de Portugal*
- *Constitución del Reino de España*
- *Constitución del Reino de los Países Bajos*
- *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*
- *Convención sobre los Derechos del Niño*
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Fallos, 1972-2007.

- *Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*
- *Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano*
- *Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas*
- Decreto 200/97
- Electronic Communications Privacy Act
- Fair Credit Reporting Act
- Fair Debt Collections Practices Act
- Final Rule on Privacy of Consumer Financial Information
- Financial Services Modernization Act
- Health Information Privacy Accountability Act
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina, Fundamentos del Proyecto de Ley presentado por Binner, Hermes J. y otros, N° de Expediente 5522-D-2006, Trámite Parlamentario 136 (20/09/2006) <http://www1.hcdn.gov.ar>
- <http://asci.uvm.edu/equine/law/cases> Parsons v. Crown Disposal Co., 15 Cal. 4th 456
- <http://asci.uvm.edu/equine/law/cases> Parsons v. Crown Disposal Co., 15 Cal. 4th 456
- <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/>
- <http://plato.stanford.edu/entries/causation-law/>
- <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/>
- <http://www.legalmatch.com/law-library/article/alienation-of-affection-lawsuits.html>
- <http://www.legalmatch.com/law-library/article/alienation-of-affection-lawsuits.html>
- <http://www.publications.parliament.uk> Wainwright v. Home Office Nro. 18.
- <http://www.publications.parliament.uk> Wainwright v. Home Office Nro. 31
- <http://www.publications.parliament.uk>, Caparo Industries Plc v Dickman [1990] 2 AC 605
- Ley 21.173
- Ley 21.541
- Ley 23.464
- Ley 23.511

- Ley 25.326
- Ley 25.457
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Privacy Act
- Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, www.rae.es, 22/10/2009.
- *Second Restatement of torts* 1965.
- *The Hannah Arendt Papers at the Library of Congress*
- www.stanford.edu/group Rowland v. Christian, 69 Cal. 2d 108 (1968).
- Decreto 1172/03
- CNCiv, sala H, 11/3/98, *La Ley* 1998-B.
- CNCiv, sala I 11/10/2001.
- Juzg. CC N° 9 San Isidro 02/05/03, RCy S 2003.-VI
- *Codice Civile Italiano*, <http://www.jus.unitn.it> , 22/09/2010.
- *Code Civil Francais* <http://admi.net/code/CCIVILL0-9.html> 16/09/2010.

Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

- Asociación de Testigos de Jehová c/Consejo Provincial de Educación del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad
- Asociación Lucha por la identidad travesti - Transexual c/Inspección General de Justicia
- Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar
- Baquero Lazcano, Silvia c/Editorial Río Negro S.A.
- Barcat, Aldo c/ Registro Nacional de Reincidencia dep. del Ministerio de Justicia y Seguridad y Derechos Humanos s/Acción de Amparo- *Hábeas Data*
- Bazterrica, Gustavo Mario-Alejandro Carlos Capalbo
- Berlari, Norma Esther c/Omega Cooperativa de Seguros Limitada y otros
- BRE c/Policía Federal Argentina s/amparo

- Bruno, Arnaldo Luis. c/Sociedad Anónima La Nación
- Campillay, Julio Cesar c/La Razón y otros
- Cancela, Omar Jesús c/Artear SAI y otros
- Caporale, Susana y otros s/infracción ley 23.737
- Clementi, Edgar Omar y otro c/Embajada de Rusia y otros s/Incumplimiento de convenio de honorarios
- Colavini, Ariel Omar s/tenencia de estupefacientes
- Comité de seguimiento y aplicación de los Derechos del Niño en la Argentina s/amparo
- Comunidad Homosexual Argentina c/Resolución Inspección General de Justicia s/personas jurídicas
- Costa, Héctor Rubén c/MCBA y otros
- Dessy, Gustavo Gastón s/hábeas corpus
- DGI c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/medidas cautelares
- Di Nunzio, Daniel F. c/ The First National Bank of Boston y otros s/ *hábeas data*
- Ekmekdjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros
- Fiscal c/Fernández, Víctor Hugo s/av. infracción ley 20.771
- Franco, Julio César c/Diario La Mañana y/u otros s/daños y perjuicios
- Gabrielli, Mario Carlos c/Estado Nacional s/contencioso administrativo
- Gaggero, Juan José s/recurso de queja en causa N° 558
- Galeano, Vicente Omar c/ Santiago del Estero
- Ganora, Mario Fernando y otra s/hábeas corpus
- García, Alejandro Marcelo y otro s/inf. Art. 6°, ley 20.771 causa N° 32.513
- Gerstein, Myriam Noemí s/infracción ley 20.771, art. 2, inc. a), c) y d)
- Gimenez, Nancy Gladys
- González, Adriana Ruth c/ Gorbato, Viviana
- González, Juan Carlos c/BCRA y otros
- Guarino, Mirta Liliana s/querrela

- Gutheim, Federico c/Alemann, Juan
- H, G y S. y otro s/apelación de medida probatoria - causa n° 197/90
- Herrera, Héctor c/Herrera Villegas de Marini, Milna. A.
- J.A. s/querrela por retención y ocultamiento de menor
- Jury, Luis María
- Keylián, Luis Alberto y otro c/ Santillán, María Laura y otros
- Lambrechi, Norma Beatriz y otra c/ Wilton Palace Hotel y otro
- Locche, Nicolino c/Miguez, Daniel Aldo y otros
- Lozada, Salvador María c/Editorial Amfin S.A. s/acción declarativa
- Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo José (Jueces Nac.) s/avocación (Instalación de una "cámara gessel" asuntos de familia)
- Lucero, Fabio Alejandro y Marichal, Javier Osáías s/ley 20.771 Causa N° 20.815
- Magoia, Elda Teresa c/ Tarjeta Provencred y / o Citibank NA s/ *Hábeas* Data
- Maldonado, Gustavo Daniel
- Maradona, Diego Armando s/lesiones leves, agresión, daño y amenazas
- Martínez, Matilde Susana c/Organización Veraz
- Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A.
- Mieres, Roberto Casimiro y otra c/ SAFRAR
- Minaglia, Mauro Omar y otros s/infracción ley 23737 (art. 5 inc. C)
- Montalvo, Ernesto Alfredo psa ley 20.771
- Mujeres por la Vida Asociación Civil sin Fines de Lucro Filial Cba. c/E.N. Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo
- Muller, Jorge s/denuncia
- Naredo, Margarita Esther s/ sucesión
- Noble Herrera, Marcela y Noble Herrera, Felipe s/ recurso de casación
- Noguera, María Marta y otra
- Organización Veraz S.A. c/ E.N.-PEN s/ Amparo
- Oyarbide, Norberto Mario c/ Tauro, Marcela y otro.

- Paino, Marisol c/ ATC y otros
- Partido de la Revolución Democrática (P.R. D.) s/ solicita reconocimiento
- Patitó, José Ángel y otro c/Diario La Nación y otros
- Perelmuter, Isaac y otro c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.
- Pérez Arriaga, Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.
- Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida
- R.S.J. c/Arte Gráfico Editorial Argentino S.A.
- Resolución de la Cámara Federal de Apelaciones de la Plata
- Rivero, Carlos Gerardo s/infr. Ley 20.771
- Roldán, Graciela Alicia
- Rossi, Emilio Fabián psa. Inf ley 20.771
- Roviralta, Humberto c/Editorial Tres Puntos S.A. s/ Daños y perjuicios
- S.V. c/ M. D. A. s/ medidas cautelares
- Santucho, Ana Cristina c/Estado Nacional y otros s/hábeas data
- Sciammaro, Liliana c/Diario El Sol s/ daños y perjuicios
- Sejean, Juan Bautista c/Ana María Zaks de Sejean
- Servini de Cubría, María Romilda s/amparo (S. 303 S. 292)
- Sisto, Verónica Eva y Franzini, Martín Ignacio s/información sumaria-sumarísimo
- Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto s/ empleo público
- Suárez Mason, Carlos Guillermo s/homicidio, privación de la libertad, etc.
- Urteaga, Facundo Raúl c/Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley 16.986
- Valerio, Ricardo Alberto
- Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación
- Von Wernich, Gustavo Adolfo Prios/ infracción Art. 6 Ley 20771
- Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737

Fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América

- Bowers, Attorney general of Georgia v. Hardwick et al. Certiorari to the United States Court of Appeals from the eleventh circuit
- California v. Ciraolo. Certiorari to the Court of Appeal of California, First Appellate District
- City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health, inc., et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Sixth Circuit
- Cruzan, by her parents and co-guardians Cruzan et aux v. Director, Missouri Department of Health, et al. Certiorari to The Supreme Court of Missouri
- Crystal M. Ferguson et al. Petitioners v. City of Charlseton et al.
- H.L. v. Matheson, Governor of Utah, et al. Appeal from the Supreme Court of Utah
- Hodgon et al v. Minnesota et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Eighth Circuit
- Hudson v. Palmer. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit
- Illinois v. Andreas certiorari to the Appellate Court of Illinois, First Judicial District
- Lawrence v. Texas
- National Archives and Records Administration, Petitioner v. Allan J. Favish et al. Certiorari to the United State Court of Appeals for the Ninth circuit
- Press-Enterprise co. V. Superior Court of California, Riverside Country. Certiorari to the Court of Appeal of California, Fourth Appellate District
- Roe et. Al. V. Wade, District Attorney of Dallas Country Appeal from the United States District Court the Northem District of Texas
- Runyon et ux, DBA Bobbe`s School v. McCrary et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the fourth circuit
- Smith Judge, et al. V. Daily mail publishing co. Et al. Certiorari to the Supreme Court of Appeals of West Virginia

- Smith v. United States certiorari to the United States Court of Appeals for the eighth circuit
- United State v. 12 200-FT. Reels of supe 8 mm Film et al. (Paladini, Claimant)
- United State v. Chadwick et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the First Circuit
- United States Department of Justice et al. V Reporters Committee for Freedom of the Press et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit
- United States v. Montoya De Hernández. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit
- Whalen, Commissioner of Health of New York v. Roe et al. Appeal from the united State District Court for the Southern District New York

Otra jurisprudencia consultada

- Anns v. Merton London
- Big Town Nursing Home Inc. v. Newman
- Blyth v. Birminham Waterworks Co.
- Cole v. Turner
- Donoghue v. Stevenson
- Dorset Yacht Co. Ltd. v. Home Office
- Fisher v. Carrousel Motor Hotel
- Hardy v. Labelle's Distributing Co.
- Hedley Byrne & Co. Ltd. v. Heller & Partners
- I de S et ux v. W de S
- Kramer Service, Inc. v. Wilkins
- MacPherson v. Buick Motor Co.,
- Mcintyre v. Belentine,
- New York Times C. v. Sullivan,

- Parsons v. Crown Disposal Co.
- Parvi v. City of Kingston
- Peoples Bank & Trust Co. v. Globe Int'l, Inc.
- Rylands v. Fletcher
- Taylor v. Vallelunga
- Time Inc. v. Hill.
- Wainwright v. Home Office
- Western Union Telegraph v. Hill
- Wilder v. Eberhart