

## ALGUNAS COSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO NORMATIVO ARGENTINO

MARIANELA FERNANDEZ OLIVA (\*)

**Resumen:** La intimidad conforma el núcleo mismo de la personalidad, el espacio de libertad suficiente para desarrollar el proyecto vital intrínseco de la persona humana, por lo que el Derecho ha de elaborar respuestas jurídicas suficientes para protegerla. En este artículo se consideran las características principales de su regulación jurídica en Argentina.

**Palabras clave:** Derecho. Intimidad. Esfera de libertad. Proyecto vital.

**Abstract:** Intimacy conforms the very core of personality, the space of freedom sufficient to develop the intrinsic vital project of the human person, and for that Law has to develop sufficient legal responses to protect it. This paper considers the main characteristics of its legal regulation in Argentina.

**Keywords:** Law. Privacy. Sphere of freedom. Vital project.

### *1. Initio*

La intimidad conforma el núcleo mismo de la personalidad, siendo una condición del ser humano –una dimensión propia, evidenciada en el ensanchamiento de lo secreto–. De tal suerte que viviendo el hombre en sociedad, a plena vista pública, le sea imprescindible un momento de máxima comprensión de lo privado, y por consecuencia, imprescindible que exista una regulación que proteja este despliegue.<sup>1</sup>

Resulta importante enfatizar que la afirmación positiva del derecho de la intimidad propiamente dicho, no surgirá de forma instantánea. Las normas que le dieron sustento en los distintos ordenamientos, fueron finalmente captaciones de extensos procesos de cristalización de conductas decididas concretas, y que se harán esperar hasta el inicio del siglo XX, aunque ya existieran proto-reconocimientos previos hasta en el Derecho Romano. Quizá, la labor de reconocimiento y positivización haya demorado debido a que, tal y como hemos enunciado más arriba, la delimitación del derecho a la intimidad presenta cierto grado de dificultad.

## *2. Definiciones del Derecho a la intimidad*

Asentimos en eso de que la protección de la intimidad, como problema de Derecho, es tal vez uno de los más complejos en acometer. La consecuencia inmediata de esto, resulta en la pluralidad de clasificaciones como así también en la multiplicidad de conceptos que se manifiestan en aquellos dedicados a su estudio.

Una forma de clasificar los diferentes abordajes puede servir para esclarecer zonas oscuras del derecho de la intimidad. En esto sentido podemos reconocer:

**1. Un concepto objetivo:** nociones como ésta, tienen en cuenta el derecho en relación directa con la etimología del concepto, originado en el latín INTIMVS, íntimo, recóndito, el más secreto, el más interior, superlativo, del latín antiguo INTERNVS –interior–.<sup>2</sup> Esto es, la zona espiritual reservada o íntima de una persona o de un grupo, especialmente de una familia. En este sentido, esa manera de entender el derecho a la intimidad es conteste con la enunciación oriunda del Common Law norteamericano. Se trata de un esfuerzo por compendiar hechos y/o circunstancias, mediante los cuales extraer –por inducción– su auténtico significado.

Cabe recordar la elaboración doctrinaria del Magistrado Thomas McIntyre Cooley, quien en 1873 concluyó que *privacy*, figuraba el –derecho a ser

dejado solo o —derecho a ser dejado en paz|| (The Elements of Torts, Ed. Fred B. Rothman & Co., 1995); que será recordado y elaborado por Warren y Brandeis más tarde como right to be left alone. Adriano De Cupis, en relación a su definición de la riservatezza, ha dicho que es aquél modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona o también como la necesidad consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual.<sup>3</sup>

Por su parte, Bruno Franceschelli, ha dicho que el derecho a la intimidad importa en cuanto interés o instituto al secreto, a la no divulgación de los sucesos de la vida privada, individual y familiar.<sup>4</sup> Análogo resulta el pensamiento de Manuel Iglesias Cubría, cuando define a lo íntimo como aquello reservado de cada persona o que lícitamente se puede sustraer al conocimiento de otros.<sup>5</sup> Edwin Loebenstein, sostiene que dos son los elementos de la vida privada que han de tutelarse: por un lado el respeto al cuerpo del hombre (v.g. la investigación sobre el patrimonio genético, filiación, etc.), y por el otro: el respeto al alma del hombre (v.g. las encuestas de opinión, los test de proyección psicológica, etc.). Roger Nerson, delimita a la intimidad como al sector personal reservado a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye la esencia de su personalidad;<sup>6</sup> hace hincapié en diferenciar aquello que forma parte del ámbito de la vida privada y eso que se encuentra por fuera, como parte de la vida pública. Franco Bricola,<sup>7</sup> sostiene que el derecho a la intimidad comprende la inviolabilidad del domicilio, el respeto a la tranquilidad personal, el derecho al secreto de la correspondencia y el derecho al carácter confidencial de la palabra; por su parte Mantovani, distingue diferentes elementos en la esfera privada-personal,<sup>8</sup> entre ellos el aspecto físico corporal (imagen, constitución y defectos físicos), el perfil psíquico (carácter y anomalías), el afectivo (sentimientos y afectos), situación material (condiciones económicas, nivel de vida) y las relaciones (amorosas, económicas, profesionales y familiares). William Lloyd Prosser -de enorme influencia para la configuración del derecho a la intimidad en la jurisprudencia del Common Law norteamericano- persigue un sistema que apunta a particularidades y que incluye:

1. la intrusión en la vida privada (espiar o penetrar el hogar de otro);
2. la divulgación de actos privados (publicación de fotografías de propiedad de otro);
3. colocar en falsa situación ante la vista pública (utilizar nombre de una persona para beneficio particular de un tercero ajeno a ella);
4. apropiación de elementos de una persona para propio beneficio (imagen, nombre, etc.).

El concepto objetivo del derecho a la intimidad adquiere amplio desarrollo a partir de la denominada Sphärentheorie<sup>9</sup> o Teoría de las Esferas, extendida en el mundo germano. La esfera de la privacidad o Privatsphäre –como se designa en la doctrina y jurisprudencia renana–, se arroga un contenido que es expresado mediante la descripción geométrica de una esfera que comprende en su interior, círculos concéntricos.

Según la teoría de las esferas, la vida privada está formada respectivamente por tres órbitas de diferente intensidad de protección: por un lado, el círculo concéntrico más pequeño constituye la esfera íntima o Intimsphäre: la misma está conformada por aquellos contenidos que se suceden en el interior del individuo y que no son comunicados al exterior, y que por ende permanecen ocultos o secretos –esto es, el individuo aislado–. A éste ámbito mínimo, le sigue la esfera privada o Privatsphäre: formada por la protección del ámbito familiar, seno de las relaciones interpersonales no públicas. Finalmente, el círculo exterior, constituye la esfera pública o Öffentlichkeitsbereich. Exceptuada esta última, que en rigor no pertenece a la vida privada, se entiende que el derecho a la vida privada comprende los dos espacios representados por los dos primeros círculos.<sup>10</sup>

Es coherente a esta manera de entender la intimidad por ejemplo, el concepto de Luis Sánchez Agesta,<sup>11</sup> quien enuncia que es aquella esfera indelegable de libertad personal en que se desenvuelve la racionalidad y la vida privada de los individuos.

**2. Un concepto subjetivo:** en este caso el concepto de intimidad de halla ligado a la llamada autodeterminación informativa. Pueden identificarse

como origen de ésta noción también, a las argumentaciones de Warren y Brandeis, en ocasión de enunciar el derecho del individuo a determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser conocidos por otros.

Resulta del todo necesario, hacer mención a la reputada sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 1983, sobre la Ley del Censo y de Población. En la misma se estableció que del artículo 2 de la Ley Fundamental de Bonn surge la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida.

Esta perspectiva subjetiva es compartida por García San Miguel, quien entiende que el derecho a la intimidad es la facultad que permite —no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos.<sup>12</sup> De esta forma, el ámbito íntimo se comprende como un espacio plenamente disponible por el sujeto,<sup>13</sup> quien en última instancia determinará el contenido de lo reservado al conocimiento de terceros.

El concepto objetivo [de intimidad] se identifica con la protección de un ámbito concreto del individuo, de su dignidad como persona y en esencia con la concepción de la intimidad como un derecho de defensa. El concepto subjetivo de intimidad atiende al elemento de libertad como trasfondo de la intimidad. Es una extensión de la idea y del derecho de intimidad que alcanza no sólo a la defensa de un ámbito, sino a la posibilidad del individuo de intervenir en lo que es externo a él, pero que le afecta.

Santos Cifuentes clasifica las diferentes definiciones de la intimidad en dos corrientes. Por un lado, una vertiente estrictamente negativa por vía de exclusión, y por el otro, las que se acercan a concepciones positivas. En la primera de las concepciones, a su vez es posible identificar dos criterios. Las concepciones negativas radicales o absolutas, y las negativas relativas.

El criterio negativo radical o absoluto, sostiene que la vida privada incluye a —todo lo que no pertenece a la vida pública, protegiendo de esta forma a la intimidad de toda intromisión, siendo la vida pública entonces un fenómeno determinable y delimitado, que sirve de contraste a la intimidad.<sup>14</sup>

Configurando debidamente lo público y aquellos elementos que le son propios, se podría vislumbrar el contenido de lo privado. Esta definición se obtiene, como hemos visto, por vía de exclusión y no delinea un concepto de intimidad, sino que se limita a circunvalarlo, incorporándole todo aquello que escapa a lo público. Se ha dicho con acierto, que esta forma de pensar al concepto de intimidad, no capta las múltiples situaciones objetivas, que sin ser públicas, tampoco alcanzan a formar parte de la vida privada.

Ese concepto negativo tiene, por ello una ambigüedad no constructiva. Sobre todo porque reduce la proyección comunicativa de la vida social no pública. Hay un exceso de carácter jurídico en tal determinación de lo privado no comunicable, pues no todo lo que pueda considerarse fuera de lo público, es por sí mismo asunto privado.<sup>15</sup>

Lo cierto, es que la distinción entre lo público y lo privado no es nada sencilla de realizar. Ejemplos concretos de esta dificultad, lo presentan las vacunaciones preventivas, la salud reproductiva, la educación sexual, las estadísticas de población; puntualmente en nuestra investigación, ese límite que camina sobre el delicado equilibrio entre organización interna de la residencia para adultos mayores (horarios de las comidas, limpieza de las habitaciones, horarios de descanso, cierre de la puerta principal, lavado de ropa y objetos personales, etc.) y la —vida privada de los ancianos residentes en ella.

El criterio negativo radical relativo, sostiene que existen elementos que definen a la intimidad, en cuanto ella comprende todo aquello que el individuo no desea dar al público. Esto implica una selección subjetiva de cada uno de los integrantes del cuerpo social, que decidirá a su antojo cuales son los datos considerados como no comunicables a terceros, sin sufrir algún detrimento en su privacidad. Éste tipo de definición es la enunciada por el maestro Prieto Sanchís, para quien este derecho supone —la facultad que tiene cada persona de excluir las injerencias de los otros y la publicación de asuntos sobre su vida privada, aunque sean ciertos.<sup>16</sup>

En este sentido, Díaz Molina ha conceptualizado, por su parte a la intimidad como el derecho que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad.<sup>17</sup>

Apunta convenientemente Cifuentes, que a menos que se contraponga el derecho a la libre información, a esta descomunal ascendencia de la vida privada, no es posible dilucidar la valoración protegible o no de los datos que se pretendan subjetivamente excluidos. Esta expansión de la intimidad la excluye de una posible regulación normativa, dejándola a la deriva de la imprecisión en materia de contenido y límites, con la respectiva inseguridad jurídica.

Las concepciones positivas o de contenido propio, es posible a su vez identificar dos criterios. Por un lado aquellos que ponen el acento en la faz afirmativa o positiva del derecho a la intimidad, que describe los elementos que integran el espacio de reserva y constituye la intimidad. Se critica a su vez a esta perspectiva, lo extremadamente complejo de enumerar los componentes de la intimidad, ya sea por ser equívocos, incompletos o de naturaleza discutible. Implica además un poder desmesurado en cabeza del encargado de elaborar la norma, ya que quedará al criterio del legislador incluir específicamente este u otro elemento a la legislación positiva. Otra vez, la enumeración de los componentes de lo íntimo, resulta tan poco provechoso como la especificación de lo no reservado, planteado por el criterio negativo radical o absoluto.

Por otro lado, encontramos definiciones globales positivas. Esta forma de definir la intimidad, sin enumeraciones o enunciaciones concretas sobre su contenido resulta quizá la más afín al difuso contorno de este derecho. Conscientes de esta naturaleza imprecisa, se ha llegado a acordar algunos elementos comunes de los datos reservados. Estos son las manifestaciones que normalmente quedan sustraídas al conocimiento de personas extrañas o ajenas al círculo familiar; que el conocimiento de esos datos por parte de terceros produzca una turbación moral (afectación al pudor o al recato); que la persona no desee que los terceros tomen conocimiento de los hechos privados.<sup>18</sup>

Sobre estos elementos, dos puntualizaciones:

1. Sobre el pudor y el recato, como elementos vulnerados: así considerarlo, excluye a las personas jurídicas, como posibles sujetos comprendidos pasibles de sufrir una quebrantamiento en su intimidad.

2. Sobre las manifestaciones que normalmente quedan sustraídas al conocimiento de personas extrañas: queda por examinar cuales son aquellas que normalmente son sustraídas de esta circulación. Concepto por demás de impreciso, toda vez que definir –normalidad<sup>19</sup> presenta aún más inconvenientes que definir intimidad. Un concepto de intimidad que puede enrolarse en este criterio es, por ejemplo, el dado por Albadejo García, quien señala que el derecho a la intimidad personal consiste en el poder concedido a la persona sobre el conjunto de sus actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños entrometerse en él, y de darle una publicidad que no desee el interesado.<sup>20</sup>

Señala diestramente Cifuentes, que estas galimatías en las definiciones, son aún conspicuas en la propuesta del profesor William Lloyd Prosser,<sup>21</sup> quien ha enunciado las cuatro invasiones ilícitas (*torts* diferentes entre sí, pero que representan de una manera u otra una intromisión en la intimidad):

- Intrusión en la esfera o asuntos privados ajenos por cualquier medio físico (Intrusión upon the plaintiff's seclusion or solitude, or intro his private affairs).<sup>22</sup>
- Divulgación pública de hechos embarazosos privados (Public disclosure of embarrassing facts about the plaintiff's).
- Publicidad que presenta al interesado bajo una falsa imagen a los ojos de la opinión pública (Publicity which places the plaintiff in a false lighth in the public eye).
- Apropiación indebida del nombre o apariencia de una persona para provecho propio (Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or liquenes).

En esta exposición sobre la intimidad, quedan sin considerar los problemas que entrañan conceptos ya señalados, como la residencia o domicilio, la intimidad familiar, la privacidad creativa, de autor o artista interprete o ejecutante, entre otras. Luego será imprescindible, para que la tutela proyectada



sea tutela realizada, definir qué se entiende por –asuntos privados, –hechos embarazosos y –falsa imagen.

Julio Cesar Rivera ha definido, por su parte, al derecho a la intimidad como aquel derecho que garantiza a su titular el desenvolvimiento de su vida y de su conducta dentro de aquel ámbito privado, sin interferencias ni intromisiones que puedan provenir de autoridad o terceros, y en tanto dicha conducta no ofenda el orden público y a la moral pública, no perjudique a otras personas.<sup>23</sup> Se ha advertido sobre la naturaleza imprecisa del material estimativo de la tutela: *...su significado es demasiado amplio y las situaciones que comprende son tan variadas y diversas que es casi imposible encontrar una definición que abarque todas sus facetas.*<sup>24</sup>

Por su parte, Zabala de Gonzalez ha destacado también la imposibilidad de definir el derecho a la intimidad con palabras que den cuenta exacta en términos jurídicos. A pesar de esto, ella ha brindado la siguiente definición: El derecho a la intimidad es, entonces, el derecho personalísimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de ésta en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos.<sup>25</sup>

El concepto vertido reúne lo relativo a: 1) la naturaleza jurídica de la institución: derecho personalísimo; 2) el bien jurídico tutelado: la reserva; 3) el ámbito en que éste se preserva: la vida privada del hombre; 4) sus proyecciones: el individuo, su exteriorización mediante el lenguaje y la conducta, y los vínculos afectivos que lo enlazan a su círculo íntimo y al lugar donde vive; y 5) la trascendencia de este derecho como forma de manifestación de la libertad espiritual del hombre.

Así, conscientes del límite conceptual fabricado, sobre la delimitación del bien jurídico protegido –en cuanto el concepto intimidad, paraliza–, podemos construir un concepto del mismo. Más, ello lo constituye una tarea difícil, tanto por el reciente advenimiento de la figura en el mundo jurídico, como por el carácter espiritual, inagotable y pletórico de posibilidades del objeto.

Creemos que no es posible afirmar la realidad última de la intimidad y sus alcances, por esto construimos nuestra noción de ella enrolándola dentro de la nómina de los llamados derechos personalísimos. Por tanto acordamos –dada la importancia de lo tutelado–, en que se trata de un derecho subjetivo

fundamental, innato, vitalicio, necesario, esencial, de objeto interior, inherente, extrapatrimonial, relativamente indisponible, absoluto y autónomo.

Compartimos entonces, la definición enunciada por Cifuentes –partidaria del criterio positivo global–, al decir que el derecho a la intimidad es el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a la vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos.<sup>26</sup> Al ser un concepto afirmativo, hace a un lado la concepción negativa –esto es, la que enuncia aquello que no es plausible realizar, como objeto de la tutela de la intimidad–, y marca las primordiales características de esta facultad (aspectos centrales de su contenido) sin hacer particularizaciones que sólo dificultan el encuadramiento.

Rescata la definición, por un lado, que la acción ofensiva vaya dirigida a dar publicidad a lo privado, como un medio destinado a lograr ese conocimiento muy a pesar de que en realidad, por diversas circunstancias no se logre y quede oculto.

Es decir, que el quid de la cuestión radica en que aquello que pertenece a la esfera privada se sustraiga de la publicidad –de lo apropiación injustificada de terceros– a los anuncios, a lo notorio, a lo público, a la curiosidad persecutoria y a las turbaciones de hechos y actos ejecutados con fines publicitarios. Pero aún más, sin que medie publicidad, la intimidad puede ser afectada por acciones y hechos que la trastornan injustificadamente.

### *3. Caracteres del Derecho a la Intimidad*

Hemos enrolado al derecho a la intimidad como uno de los derechos personalísimos de los que goza la persona humana, como facultad imprescindible para el pleno desarrollo del proyecto vital. Por tanto, participa de los caracteres que comparten todos los derechos de esta especie; así la intimidad es un derecho:

1. Innato: en el sentido que es ingénito de la persona humana, esto es, le acompaña desde el comienzo de su existencia sin mediar formalización

y/o reclamación alguna sobre su investidura. El comienzo de la personalidad del ser humano, es el principio de su existencia y no requiere del acaecimiento de condiciones externas o de elementos foráneos a tal adjudicación.<sup>27</sup>

2. Vitalicio: por cuanto acompaña a la persona humana hasta el momento de su desaparición física, momento en el que el derecho también concluye. Como refiere Cifuentes, este derecho no concluye por una alteración en la salud mental o por la renuncia parcial de alguno de sus aspectos. Pero acaecida la distribución natural de la muerte de la persona humana, la tutela legal caduca y se hace intrasmisible a sus sucesores.<sup>28</sup>
3. Necesario: en el sentido que no resulta posible separar por medio de una operación intelectual las cualidades de la persona humana, sin considerar su vida interior. Su *necesariedad*,<sup>29</sup> hace que no dependan de un estado personal del sujeto (ciudadanía, familia, etc.). La tutela jurídica al espacio íntimo resulta imprescindible, en tanto constituye una de las dimensiones existenciales del hombre.
4. Esencial: en tanto que resulta eje de los demás derechos no personalísimos, por hacer las veces de bastidor de la personalidad, sobre los que el resto de las facultades de las que se halla dotada la persona humana –y de las obligaciones respectivas–, tejen la trama jurídica de la vida en comunidad.
5. De objeto interior: por cuanto implica que es impracticable deslindar al objeto de la protección del sujeto a quien pertenece, ya que corresponde a una realidad interna –expresión del mundo intrínseco de la persona humana–, sujeta al mundo exterior, pero inconfundible con él.
6. Inherente: siempre que el objeto de la tutela no puede ser escindido del sujeto para quien se tutela, de suerte tal que –en su sentido más amplio– no resulta transmisible.
7. Extrapatrimonial: ya que no es posible representar el contenido de la tutela en unidad de medida pecuniaria, ni medirlo en términos económicos. Lo que no significa que su quebrantamiento no arrastre consecuencias económicas, que se traduce en el resarcimiento.

8. Relativamente indisponible: siempre que el bien protegido no puede perderse sin dañar definitivamente la dignidad personal. Por tanto solo es posible renunciar –facultad derivada de la de disponer– solamente de algunos aspectos de la vida privada por un período de tiempo determinable. Es en la medida de esa restricción, que debe entenderse que no pueden ser enajenados ni perdidos por todo el tiempo que dure la vida de la persona humana; es decir: no son embargables, ni ejecutables, ni transmisibles, ni expropiables, ni prescriptibles o subrogables
9. Absoluto: en tanto que es oponible frente a todos los demás hombres. Esto es, oponible ERGA OMNES, siendo una obligación pasivamente universal de respetar la facultad del sujeto que la ostenta, la cual recae sobre un sector social supuesto de posibles agentes determinables. No resulta absoluto por su contenido –ya que orbitan en la lógica de la convivencia (moral, orden público, derechos de terceros, bien común)–, más si son absolutos en el sentido de –poder de exclusión.
10. Privado: ya que pertenece a la esfera iusprivatista (artículo 52 y 1770 del Código Civil y Comercial de la Nación), en tanto trata de interferencias entre particulares. Aunque su carácter privado no afecta la punibilidad del acto lesivo, que órbita en la esfera iuspublicista del Derecho Penal (Código Penal, los artículos 150, 151, 152, 153, 153 bis, 154, 155, 156, 157, 157 bis, 117 bis). En tanto, si la interferencia sobre el derecho personalísimo a la intimidad proviene de parte del Estado –cual princeps–, la infracción pertenece al ámbito del Derecho Constitucional (artículos 19 y 33; y normas específicas contenidas en los Tratados Internacionales incluidos en el artículo 75 Inc. 22), al género de los Derechos Humanos de los cuales, los derecho personalísimos, son especie privatista.
11. Autónomo: como hemos visto, todas las características enunciadas combinadas provocan que el derecho personalísimo ostente una figura incomparable a los demás derechos existentes. La intromisión sobre la vida privada y la respuesta jurídica respectiva (sanción, acción preventiva) no precisa –para su reacción– que se lesionen concomitantemente ningún otro derecho de la personalidad.

#### 4. Elementos conceptuales específicos del derecho a la intimidad

Quizá sea Prosser, ex Decano de la Facultad de Leyes de la Universidad de California en Berkeley, quien haya realizado el análisis contemporáneo más importante sobre el derecho de privacidad.<sup>30</sup> Según el profesor norteamericano, este derecho alcanza la protección a la vida privada en cuatro situaciones diferentes:

1. Ante actos de intrusión que perturban el retiro o soledad;
2. Ante divulgación pública de hechos privados sensibles;
3. Ante la generación de publicidad que presente a la persona en forma distorsionada ante el público;
4. Ante la apropiación de la imagen o identidad de una persona con el objeto de obtener algún beneficio.

Así, coincidimos en afirmar los tres elementos fundamentales que integran la noción de intimidad y que permiten comprender más acabadamente sus contornos:

1. Tranquilidad: señala Morales Godo,<sup>31</sup> el concepto de tranquilidad como elemento esencial de la intimidad fue el primero en ser desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, en el sentido primario de la expresión *-to be let alone-*. Es decir, como que hemos señalado, de recogimiento,<sup>32</sup> en tanto repliegue hacia el mundo intrínseco: lugar propicio para la construcción de la personalidad, y el disfrute de sí mismo y de lo secreto.
2. Control de la información: este elemento tiene a su vez una doble faceta. Una de ellas la constituye la posibilidad de mantener velados determinados componentes de la vida privada; esta característica se emparenta con el concepto de *-oculto y lo acerca a lo que la doctrina americana entiende como: seclused.*<sup>33</sup> La otra faceta, implica la posibilidad de controlar la información sobre sí mismo (registros, bases de datos, etc. públicos y privados) *-su circulación y utilización-*, cuando ha sido confiada a terceros.

3. Autonomía: la autonomía implica la libertad del individuo para la concreción de su proyecto vital; involucra además, la toma de decisiones en el marco de la libertad en relación a las diferentes posibilidades que presentan las circunstancias particulares. Como posibilidad jurídica del sujeto, representa uno de los pilares de la lógica del ordenamiento jurídico liberal. La magnitud de este principio se aprecia en el hecho de que constituye la más clara manifestación de la libertad del sujeto. El mismo otorga a cada hombre, la posibilidad de darse a sí mismo normas y formular libremente sus intereses. Si bien admite restricciones, las mismas se hallan previstas expresamente en la ley positiva y se ostentan en forma de limitaciones concretas. Empero debemos recordar que, después de su apogeo en la Modernidad, en nuestra Posmodernidad – que ha cuestionado el título de la Razón y se han admitido la influencia decisiva de las distribuciones–, la autonomía de la voluntad se halla en crisis y ha puesto con ella, en jaque al Derecho como lo conocemos.

#### 5. *Las manifestaciones del derecho a la intimidad*

Los elementos del derecho a la intimidad, son palpables en tanto surgen sus manifestaciones más distintivas:

1. *las verdades vitales*: en la vida íntima de cada persona se desarrolla, como hemos expresado, una serie de circunstancias fundantes de la personalidad que marcan el proyecto vital de cada individuo. Será una facultad de cada persona mantener oculta cierta cantidad de información verídica sobre sí mismo y sus circunstancias sin que éstas se difundan,<sup>34</sup> ya sean gravosas –vicisitudes– (sucesos dolorosos, enfermedades, accidentes, debilidades, etc.) o benefactoras –ventajas– (fortuna, amistades, éxitos profesionales, preferencias, inclinaciones, etc.) Aquí parece evidenciarse con más fuerza, el contenido de la intimidad
2. *el ser dejado solo/en paz*: recordamos que fue éste el principal argumento del paper de Warren y Bradeis. Trasciende a la humana experiencia de vivir en la compañía de sus congéneres, la profunda necesidad de

realizar un mundo interior privado los demás hombres. Esa patria interior, habitada por uno mismo y los productos del espíritu, exige el distanciamiento y el respeto de los terceros.

3. *las relaciones interpersonales y secreto doméstico*: el respeto de la vivencia privada comienza con el reconocimiento de que en todo cuerpo humano vivo, habita una psiquis irreplicable. De la misma forma, ha de reconocerse y respetarse la persona humana en relación con aquellos hombres que habitan su núcleo vital más próximo: esposo, esposa, hijo, hija, hermano, hermana, padre, madre, novia, novio, pareja, etc. Esta es la llamada intimidad familiar, pero que no excluye las relaciones que no son estrictamente de parentesco; las actividades que realizan o el tipo de lazo que establecen. Estos lazos dan cuenta de la forma de la intimidad. Las relaciones privadas se desarrollan generalmente en ámbitos que son, igualmente cerrados a la intromisión de terceros. La inviolabilidad del domicilio es una de las formas más antiguas del reconocimiento de la vida privada, y consta en nuestra Constitución de 1853. Se protege así, el espacio de la intimidad.
4. *el resguardo del secreto y confidencialidad de datos*: esta es quizá la más antigua de las formas de tutela de la intimidad. Como hemos visto, en nuestra Carta Magna decimonónica se protege expresamente de las intromisiones a los secretos que se sostienen mediante los papeles privados y la correspondencia (artículos 17, 18 y 19). Sobre los secretos -en el sentido más amplio-, penden normas de toda índole: civil, penal, administrativa, tributaria. Muestra de la importancia de la protección del secreto es, por ejemplo, el - Capítulo III, del Código Penal Argentino sobre Violación de Secretos y de la Privacidad,<sup>35</sup> como así también la figura del Habeas Data y la Ley 25.326 de Protección de los Datos Personales.
5. *preservación de la personalidad psicológica*: en este sentido, será objeto de protección la integridad moral de la persona humana, cuando esta se vea atacada por elementos que por cualquier medio -tortura psicológica, mecanismos de convencimiento ilegítimos, extorsión, amenazas, etc.- se hagan de información sobre sentimientos, pensamientos, ideas, inclinaciones, preferencias, etc. que los individuos no deseen exponer a terceros.

Notas

- (\*) Profesora adjunta ordinaria de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador Científico del Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario (CIUNR). Email: mfernandez21@gmail.com
- 1 REBOLLO DELGADO, Lucrecio, Derecho Fundamental de la Intimidad, 2da Edición actualizada, Madrid, Ed. Dykinson S. L., 2005, págs. 79 y ss.
  - 2 GOMEZ DE SILVA, Guido, Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española, 2ra ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1996, Pág. 385.
  - 3 DE CUPIS, Adriano, I Diritti Della Personalità, 3ra ed., Milán, Giuffrè, 1959. Tomo 1, Pág. 256
  - 4 FRANCESCHELLI, Bruno, El diritto alla riservatezza, 1ra ed., Nápoles, Ed. Jovene, 1960, págs. 9 y ss.
  - 5 IGLESIAS CUBRÍA, Manuel, El derecho a la intimidad, 2da ed., Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, págs. 21 y ss.
  - 6 NERSON, Roger, La protección de la personalidad en el Derecho Privado Francés, 1ra. ed., Madrid, Reus, 1961, pág. 229.
  - 7 BRICOLA, Franco, “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, en “Rivista italiana di diritto e procedura penale”, nuova serie||, anno X, fasc. 4, Octubre - Diciembre, Milán, Giuffrè, 1967.
  - 8 NOVOA MONREAL, Eduardo, “La Vida Privada y la Libertad de información”, Siglo XXI, 1999, pág. 41.
  - 9 ROHLF, Dietwalt, “Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre”, 2da ed., Berlín, Duncker & Humblot, 1980, págs. 76 y ss.
  - 10 MENDOZA ESCALANTE, Mijail, “Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor”, 1a ed., Lima, Palestra, 2007, págs. 70 y ss
  - 11 SANCHEZ AGESTA, Luis, “Sistema Político de la Constitución Española de 1978”, Madrid, Edersa, 1989. Págs. 125.
  - 12 GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, “Estudios sobre el derecho a la intimidad”, Madrid, Tecnos, 1992. pág.8.
  - 13 Señala REBOLLO DELGADO, que así lo entiende el Tribunal Superior de España. Por ejemplo v. STC 142/1993 y STC 110/1984. REBOLLO DELGADO, Lucrecio, “Derecho Fundamental de la Intimidad”, cit., pág. 142
  - 14 BADINTER, Robert, “Le droit au respect del la vie privée”, en « Jurisclasseur Périodique”, 1968, V.I., N° 2136.
  - 15 CIFUENTES, Santos, “El derecho a la vida privada”, cit. pág 54.
  - 16 PRIETO SANCHÍS, Luis, “Introducción al Derecho”, 3ra ed., Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996. pág. 124.
  - 17 DÍAZ MOLINA, Iván M., “El derecho a la vida privada. Una urgente necesidad moderna!”, 2da ed., Buenos Aires, La Ley, t. 126, 1981, págs. 985 y ss.
  - 18 CIFUENTES, Santos, La intimidad, Op. Cit. En este punto, el maestro Cifuentes cita a NOVOA MONREAL; Eduardo, La Vida Privada y la Liberta de información. Un conflicto de Derechos, México, Ed. Siglo XXI, 1979, págs. 49 y ss.



- 19 FERNANDEZ OLIVA, Marianela, “Los anormales y el Derecho. Acerca del anciano en el Derecho Privado”, en “Trabajos del Centro”, Nro. 8 (2010), <http://revista.cideci.org/index.php/trabajos/article/view/103> (26 de junio de 2017)
- 20 ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, Derecho Civil, Tomo I, 3ra ed., Barcelona, Ed. XXX, 2002. págs. 994 y ss.
- 21 PROSSER, William Lloyd, Privacy, a legal analysis, en *Philosophical Dimensions of Privacy. An Anthology*, Cambridge, Ed. Cambridge University Press, 1984, págs. 104 y ss.
- 22 309 De la intrusión derivan a su vez, dos nuevos torts o ilícitos civiles: - Invasión física de la intimidad (physical invasion of privacy), supuesto en el que se responsabiliza a aquella persona que accede a la propiedad de otro sin autorización con la intención de captar imágenes o sonidos de éste relativos a su vida personal o familiar, siempre que el allanamiento se produzca de una manera ofensiva para una persona razonable. // - Invasión constructiva de la intimidad (constructive invasion of privacy), se procura responsabilizar a cualquier persona que intente obtener, de manera ofensiva, imágenes o sonidos de otra persona en su ámbito personal o familiar en las que tenga una razonable expectativa de intimidad. La conducta ilícita ha de realizarse mediante un mecanismo visual o auditivo, aunque no haya un allanamiento de propiedad, siempre que la imagen o el sonido no se hubiera podido captar sin este allanamiento de no haberse usado los medios técnicos oportunos. V. CELIS QUINTAL, Marcos Alejandro, La Protección de la Intimidad como Derecho Fundamental de los Mexicanos, en —Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales]], CIENFUEGOS SALGADO, David (coord.), MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen (coord.), México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, págs. 71 a 108.
- 23 RIVERA, Julio Cesar, “Instituciones de Derecho Civil”, cit., pág. 168.
- 24 DÍAZ MOLINA, Iván M., “El derecho de “privacy” en el “commonlaw” y en el derecho civil (Estudio comparativo)”, en cit., pág. 206.
- 25 ZABALA DE GONZALEZ, Matilde M., “El Derecho a la Intimidad” cit., págs. 83 y ss.
- 26 CIFUENTES, Santos, “El derecho a la vida privada –Tutela a la intimidad–” cit., pág. 19.
- 27 CIFUENTES atiende a la discusión en que se sumerge la doctrina, sobre la característica de innato, de este derecho: CAMPOGRANDE, CARLE Y FERRI, criticaron la distinción entre derechos innatos y adquiridos. Si los primeros derivan de la naturaleza abstracta de los hombres y los segundo de la voluntad concreta de cada uno, por un lado fuerzas elementales y por el otro su desarrollo, se preguntaron ¿cómo se determina el punto en que se acaba la naturaleza y empieza la actividad humana? Ambos se deben referir a la humana actividad jurídica: los innatos ‘in potentia’ y los adquiridos ‘in actu’. Pero estos últimos también tienen su raíz y génesis en la naturaleza del hombre; aquellos no tienen otra vida que las que la sociedad les reconoce... todos los derechos innatos en cierto sentido y adquiridos en otro... Esa repulsa viene claramente influida por el positivismo y va contra el iusnaturalismo. CIFUENTES, Santos, “Derechos personalísimos”, 2da. edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 1995, págs. 177 y ss. Por nuestra parte, consideramos que este carácter responde a una construcción que compartimos, dada la importancia superlativa de la realidad captada.

## INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA

- 28 Relacionado con la temática v. Monzón, Abel R. Y otros c/ Instituto Nacional de Cine; Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, sala 1ra., 2000/11/09, en “Jurisprudencia Argentina”, 2001-II-440 y ss.
- 29 BARBERO, Domenico, “Sistema del Derecho Privado”, 2da ed., trad. de Santiago Sentís Melendo, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), 1967, págs. 6 y ss.
- 30 Fue el mismo Louis D. Brandeis, quien siendo magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, se refirió a este aspecto de la Intimidad –como derecho a ser tutelado por el IV enmienda de la Constitución de ese país-, expresada en su voto particular en el caso *Olmstead vs. United States* de 1928:...los padres de nuestra Constitución, nos confieren. el derecho a ser dejados en paz, el más comprensivo de los derechos y el más valorado por los hombres civilizados...
- 31 MORALES GODÓ, Juan, “Apuntes sobre Derecho a la Intimidad”, en “Instituciones de Derecho Civil”, MORALES GODÓ, Juan (Coord.), 3ra ed., Lima, Palestra, 2009, págs. 100 y ss.
- 32 NOVOA MOREAL, Eduardo, “Derecho a la vida privada y libertad de Información”, México, D. F., Siglo XXI, 1979, págs. 13 y ss.
- 33 *OLMSTEAD V. UNITED STATES*, 277 U.S. 438, 48 S. Ct. 564, 72 L. Ed. 944, 1928. En <http://law.jrank.org/pages/9414/Privacy.html#ixzz2av2XcnBC>, 27-6-2017,
- 34 GOLDSCHMIDT, Werner, “El derecho a la intimidad”, en “El Derecho”, 112-836, págs. 829 y ss
- 35 Código Penal Argentino - Capítulo III - Violación de Secretos y de la Privacidad - (Epígrafe sustituido por art. 3° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008) ARTICULO 153. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida. En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido. La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica. Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena. (Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)
- ARTICULO 153 BIS. - Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros. (Artículo incorporado por art. 5° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 154. - Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto.

ARTICULO 155. - Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1.500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros. Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público. (Artículo sustituido por art. 6° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)

ARTICULO 156. - Será reprimido con multa de pesos mil quinientos a pesos noventa mil e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa. ARTICULO 157. - Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos. (Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008) ARTICULO 157 bis. -Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que: 1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley. 3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años. (Artículo sustituido por art. 8° de la Ley N° 26.388, B.O. 25/6/2008)