

Constitución requiere ineludiblemente como condición necesaria, aunque no suficiente, de un aceptado sistema de acceso a la información.<sup>37</sup>

Para fomentar la transparencia de las actividades estatales y promover la responsabilidad de los funcionarios sobre su gestión pública, es de esperar que el sistema se incline hacia la vigencia sociológica de un control social intenso y obligatorio de la gestión pública.

En síntesis, la libertad de expresión, el control social de la gestión pública y el debate público como pilares mínimos esenciales de la democracia sólo pueden hacerse posibles en un sistema que propicie un acceso casi irrestricto a la información pública.<sup>38</sup>

---

37. Scheibler, Guillermo M., "Luces y sombras del acceso a la información en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LL 2006-A, p. 4.

38. Pusterla, José C., "El acceso a la información pública en un reciente fallo de la Corte Suprema", LL 2013-D, p. 3.

### **Artículo 12. Inciso 3**

**El derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad como parte in- violable de la dignidad humana.**

## DERECHO A LA INTIMIDAD, PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Marcela I. Basterra

El Estado constitucional de Derecho se legitima en la medida en que permite el desarrollo individual, la libre autodeterminación del individuo y asegura al ciudadano ser realmente libre. El eje sobre el que se articulan las configuraciones políticas es en esencia la persona humana. La totalidad de los derechos de la personalidad requiere de un mayor acercamiento, un análisis amplio y, en todo caso, una aproximación jurídica. Pero no con base en la idea que da importancia a los

derechos por el número de veces que son violados, o a los que se tiene una mayor conciencia, y sí de aquella que tiene su fundamento en lo más innato de la persona, en lo más radical de la estructura social. Uno de estos derechos es, sin duda, el derecho a la intimidad.<sup>1</sup>

En este sentido, el convencional Vivo sostuvo:

... mediante la consagración de este derecho personalísimo pretendemos afirmar la protección de la libertad individual. Estamos tratando de rodear de mayor seguridad a un ámbito de autonomía de las personas, sustrayéndolo de la publicidad y de la exposición pública. Se trata de un ámbito que se configura con los sentimientos más íntimos (...) que se integra con las relaciones familiares, las costumbres, los hábitos, las orientaciones, la situación económica, las creencias religiosas; en definitiva, con aspectos cuyo conocimiento o divulgación por terceros puede significar un grave peligro para las personas o para el ejercicio de sus derechos.<sup>2</sup>

Por su parte, la convencional Pierini destacó que encuentran tutela en esta cláusula tres derechos diferenciados:

La diferencia entre privacidad e intimidad es sutil. El artículo 19 de la Constitución Nacional protege ambos derechos. E incluso en este texto propuesto se agrega el derecho a la confidencialidad. En cualquiera de los casos se trata de proteger a la persona de la intrusión de otras en una determinada esfera de reserva personal.<sup>3</sup>

Tal como se anticipó, en el ámbito nacional la Carta Fundamental tutela el derecho a la intimidad con un alcance amplio en el artículo 19. Este fue definido como la facultad que tiene cada persona de disponer de una esfera, espacio privativo o reducto inderogable de libertad individual, que no puede ser invadido por terceros –ya sea que se trate de particulares o del propio Estado– mediante intromisiones que pueden asumir diversos signos. Este derecho requiere el

---

1. Rebollo Delgado, Lucrecio, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Editorial Dykinson, 2000, p. 22.

2. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, p. 548.

3. *Ibidem*, p. 607.

respeto a las condiciones mínimas indispensables para que el hombre logre desarrollar sus aptitudes potenciales.<sup>4</sup>

El artículo 18, en consonancia, reasegura “la inviolabilidad del domicilio, la correspondencia y los papeles privados”, en tanto forman parte de la esfera intangible de la vida privada que da mayor sentido a la libertad personal.<sup>5</sup> El precepto constituye una de las máximas garantías de la libertad individual frente al abuso del poder imponiendo límites concretos a la potestad punitiva del Estado.

De esta manera se salvaguarda el derecho a la intimidad personal, dado que el bien jurídico protegido es la expectativa de privacidad de los individuos. Como se advierte, la tutela que examinamos reposa en la privacidad de las personas y se extiende, en puridad, tanto al domicilio como a aquellos casos en los que cualquier interferencia pudiera afectarla, si se realiza sin el consentimiento de quien sufre la intromisión.<sup>6</sup>

A su vez, debe destacarse el rol preponderante que en la actualidad tiene la garantía de hábeas data, que específicamente fue incorporada para resguardar la intimidad de las personas frente a las nuevas tecnologías. Esta acción fue constitucionalizada en 1994 en el tercer párrafo del artículo 43 y en la Constitución de la Ciudad en 1996, en el artículo 16.

Según el precepto constitucional, lo que caracteriza al dato personal es la posibilidad de identificar con alguna precisión a la persona, física o jurídica, a quien la información pertenece. Resulta un tanto engorroso abordar el tema de los derechos tutelados por el hábeas data si se tiene en cuenta que la doctrina está dividida. Sin embargo, a grandes rasgos, la tesis mayoritaria entiende que el bien jurídico tutelado es, en principio, el derecho a la intimidad y a la autodeterminación informativa, sin perjuicio de la existencia de otros derechos conexos.<sup>7</sup>

Sentado lo expuesto, es relevante mencionar que del análisis de la protección de la intimidad garantizada en la Constitución Nacional sur-

4. Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Depalma, 2005, T. II, p. 375.

5. González, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Editorial Estrada, 1983, p. 205.

6. Ferro, Alejandro H., “Registro domiciliario sin orden judicial. Un fallo que fija límites”, LL 03/03/2010, p. 10.

7. Basterra, Marcela I., *Protección de datos personales. Ley 25.326 y Dto. 1558/01 comentados. Derecho Constitucional Provincial, Iberoamérica y México*, Buenos Aires y Ciudad de México, Editorial Ediar y Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 38.

gen cuatro esferas de protección. Estas son: 1) el principio de autonomía personal; 2) el derecho a la intimidad; 3) el derecho a la privacidad; y 4) el derecho a la autodeterminación informática. No obstante, sólo examinaré las tres primeras por ser las que justamente se encuentran amparadas en el inciso 3 del artículo 12 de la Constitución de la Ciudad.

Lo que justifica un examen diferenciado tanto cuantitativo como cualitativo de dos de las dimensiones indicadas, es que en estas –intimidad y privacidad– el principal intromisor generalmente es la prensa. En cambio, en la primera esfera del derecho a la intimidad que denominamos principio de autonomía personal, la intromisión normalmente proviene de parte del Estado. Por último, en la esfera correspondiente a la autodeterminación informativa, quienes pueden violentar el derecho a la intimidad informática son los bancos o registros de datos, sean estos de carácter público o privado, cuando recopilan información no autorizada por ley.

El *principio de autonomía* de la persona humana es uno de los ejes del sistema de derechos individuales y por lo tanto, del Estado constitucional de Derecho, que tiene como fin esencial al ser humano, a diferencia de los Estados totalitarios, cuyos fines son “transpersonalistas”, o sea que van más allá del individuo ya que el fin es el Estado en sí mismo.

El artículo 19 de la Constitución Nacional establece, en la primera parte, que “las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. Este principio que se ha denominado también de reserva o de autorreferencia, es el punto de partida de la protección del derecho a la intimidad y a la privacidad.

Ha sido abordado por muy pocos de nuestros juristas, tal es así que los primeros trabajos exhaustivos que analizan el tema datan de mediados de la década del sesenta.<sup>8</sup> Es recién ahí cuando comienza la preocupación por delimitar qué son las “acciones privadas”, qué debe entenderse por “orden y moral pública”, y cómo ha de interpretarse que dichas acciones “no perjudican a terceros” en los términos de la norma constitucional. Conceptos que, por otra parte, han sido reformulados

---

8. Puede verse Sampay, Arturo, *Las acciones privadas de los hombres*, Buenos Aires, Editorial Omega, 1965. También: Valiente Noailles, Carlos, *La moral pública y las garantías constitucionales*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 1966.

recientemente por autorizada doctrina,<sup>9</sup> por lo que no me detendré en su análisis, dado que además excede los objetivos de este trabajo.<sup>10</sup>

El principio de autonomía implica que cada persona mayor de edad –excluye a menores–, con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a incapaces que no pueden comprender sus actos–, puede escoger el que considere como el mejor plan de vida para sí misma, aunque este implique un daño personal. Sólo el daño a terceros opera como límite a la elección del propio plan elegido.

El artículo 19 es un principio cardinal del sistema de derechos emplazado en la Constitución y, como explicaba Nino,<sup>11</sup> tiene un carácter tan básico, que la mayoría de los derechos reconocidos en el artículo 14 son instrumentales en relación con este precepto. Estos derechos no serían 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.

El principio de autonomía de la persona fue definido por John Stuart Mill en su célebre ensayo titulado “On Liberty”, donde el autor enfatiza:

El único fin por el cual la humanidad tiene permitido, individual o colectivamente, interferir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la autoprotección. El único propósito por el cual el poder puede ser concretamente ejercido sobre cualquier miembro de una sociedad civilizada, en contra de su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente.<sup>12</sup>

En el otro extremo, la versión “perfeccionista” sostiene que es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia homologados. En consecuencia, el Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la intimidad de la persona humana.

---

9. Legarre, Santiago, *Poder de policía y moralidad pública. Fundamentos y aplicaciones*, Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2004.

10. Puede verse Basterra, Marcela I., “El principio de autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Jurídica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales*, N° 1, primavera-verano de 1999, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, p. 57.

11. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 1992, pp. 312-313.

12. Mill, John Stuart, “On Liberty”, *Three Essays*, Oxford University Press, 1975, p. 15.

Para el Estado perfeccionista hay “buenos” y “malos” planes de vida, por eso el Estado elige los que considera buenos, y desalienta a los que entiende como malos. Son “buenos” planes de vida aquellos que el mismo Estado dice que lo son. Un ejemplo muy claro para concebir esta visión es lo que ocurre en algunos regímenes de Medio Oriente, tal es el caso de Irán, donde las mujeres tienen prohibido estudiar. Así como en Egipto, por ejemplo, recién han logrado la abolición de la ley que otorgaba impunidad total a los violadores, en caso de casarse con sus víctimas.

Esta situación en esos países se explica porque en general, en la pirámide de supremacía constitucional, consideran a la ley islámica por encima de la Constitución. Así, el artículo 2 de la Constitución de Egipto de 1971 establece como fuente principal de legislación a la ley islámica. La Constitución de la República Democrática de Yemen, en el artículo 31, salvaguarda el legado árabe e islámico. El artículo 2 de la ley de “Proclamación del Poder del Pueblo de Libia” de 1977, prevé que el “Sagrado Corán es la Constitución Yamahirita Libia”.<sup>13</sup>

De esta forma, el Estado elige cuáles son los mejores planes de vida para sus habitantes y ellos deben seguirlos bajo pena de recibir severísimas sanciones. El margen de autonomía individual queda, por cierto, reducido a la nada.

En la doctrina nacional ha sido precursor de esta postura Valiente Noailles,<sup>14</sup> en quien se advierte una visión muy extendida del concepto de moral pública. En efecto, de su análisis surge que lo privado sólo se refiere a la intangibilidad de la conciencia y el fuero íntimo, de manera que podríamos inferir que a su criterio, lo único estrictamente privado es el pensamiento. Cuando este se exterioriza en acciones, siempre justifica la intervención estatal, ya que se entiende como un deber implícito del Estado el de defender la moral pública.

Valiente Noailles afirma que la moral pública a la que se refiere la Constitución en la norma en estudio comprende: 1) la necesidad de un código moral elevado y útil a la convivencia para el progreso espiritual; y 2) la adecuación de las conductas individuales a este código, decencia de las costumbres, vigencia de las virtudes. Concluye que a tales efectos, bien podrían utilizarse los principios del credo católico.

---

13. Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, p. 30.

14. Valiente Noailles, Carlos, *op. cit.*, pp. 30-36.

El “paternalismo” es entendido por este autor como las medidas que toma el Estado, pero no pensando en modelos de vida a imponer o ideales de excelencia humana, sino basado por ejemplo en la preservación de la salud física y mental del individuo, desalentando decisiones de ellos mismos que pudieran poner en peligro a las personas.

Según esta posición, se puede adoptar cualquier plan de vida, siempre que no conduzca al individuo a causarse un daño a sí mismo ni a terceros.<sup>15</sup> Como enseña Farrell<sup>16</sup> con razón: “El paternalismo sugiere que debemos tratar a los adultos como si fueran niños, y esta no es – ciertamente– la mejor forma de entenderse con ellos”.

Resulta sumamente interesante la cuestión a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en ocasión de analizar este principio en diversas oportunidades, a partir de 1978 con el caso “Colavini”;<sup>17</sup> “Ponzetti de Balbín”<sup>18</sup> de 1984; “Bazterrica”,<sup>19</sup> “Capalbo”<sup>20</sup> y “Sejean”,<sup>21</sup> todos de 1986; “Portillo”<sup>22</sup> de 1989; “Montalvo”<sup>23</sup> de 1990; “Comunidad Homosexual Argentina”<sup>24</sup> de 1991; “Bahamondez”<sup>25</sup> de 1993; “T, S”<sup>26</sup> de 2001; “Portal de Belén”<sup>27</sup> de 2002; “Vázquez Ferrá”<sup>28</sup>

---

15. Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984, pp. 133-157.

16. Farrell, Diego Martín, *El Derecho liberal*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1998, p. 138.

17. CSJN, Fallos: 300:254, “Colavini, Ariel Omar”, sentencia del 28/03/1978.

18. CSJN, Fallos: 306:1892, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida, S. A.”, sentencia del 11/12/1984.

19. CSJN, Fallos: 308:1392, “Bazterrica, Gustavo Mario”, sentencia del 29/08/1986.

20. CSJN, Fallos: 308:1392, “Capalbo, Alejandro C.”, sentencia del 29/08/1986.

21. CSJN, Fallos: 308:2268, “Sejean, J. B. c/Zaks de Sejean, A. M.”, sentencia del 27/11/1986.

22. CSJN, Fallos: 312:496, “Portillo, Alfredo”, sentencia del 18/04/1989.

23. CSJN, Fallos: 313:1333, “Montalvo, Ernesto A.”, sentencia del 11/12/1990.

24. CSJN, Fallos: 314:1517, “Vago, Jorge A. c/Ediciones La Urraca S. A. y otros”, sentencia del 19/11/1991.

25. CSJN, Fallos: 316:479, “Bahamondez, Marcelo”, sentencia del 06/04/1993.

26. CSJN, Fallos: 324:5, “T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 11/01/2001.

27. CSJN, Fallos: 325:292, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/M.S. y A.S.”, sentencia del 05/03/2002.

28. CSJN, Fallos: 326:3758, “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/incidente de apelación”, sentencia del 30/09/2003.

de 2003; “Arriola”<sup>29</sup> de 2009 y “Albarracini”<sup>30</sup> de 2012, ha creado una rica pero no por ello menos contradictoria jurisprudencia. Advirtiéndose en el seno mismo del alto tribunal cierta “tirantez” en relación a posturas diferentes, en distintas etapas de la vida política argentina y aun entre los distintos ministros en la misma época.<sup>31</sup>

En relación con la segunda y tercera esfera de protección, es del caso mencionar que mientras el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no exposición al público y a la sociedad; el principio de autonomía importa un reclamo al respeto más absoluto por las conductas “autorreferentes”, o sea, a la no intervención estatal en los planes de vida que cada uno elige, reconociendo como único límite el de no dañar a otros.<sup>32</sup>

Cabe señalar que pocos autores han establecido una diferencia clara entre los conceptos de intimidad y privacidad. Tal es el caso de Nino,<sup>33</sup> que considera que la privacidad no es equivalente a la intimidad. Entiende que privacidad es todo aquello relacionado con las acciones voluntarias de los individuos que no afectan a terceros. Son privadas en el sentido de que, si violentan exigencias morales, sólo lo

29. CSJN, Fallos: 332:1963, “Arriola, Sebastián y otros s/causa n° 9080”, sentencia del 25/08/2009.

30. CSJN, Fallos: 335:799, “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/Medidas precautorias”, sentencia del 01/06/2012.

31. Puede verse Basterra, Marcela I., “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, LL 2001-E, 264; y en Dalla Via, Alberto R. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, 2002, p. 600. También, de la misma autora, “Prohibición de la píldora del día después”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 21, RDF 2002-21-198; ídem, “Entre el derecho a la intimidad y los deberes del Estado. Principio de autonomía personal versus derecho a la verdad objetiva”, 2009-IV-SJA, 02/12/2009, p. 29; ídem, “La extracción compulsiva de sangre y la tutela constitucional del derecho a la intimidad. Conflicto entre derechos fundamentales”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, año 3, N° 4, mayo de 2011, p. 195; e ídem “El principio de autonomía personal y el consumo de estupefacientes. La interpretación de la Corte Suprema en el caso ‘Arriola’”, en Dalla Via, Alberto R. (dir.), *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2015, pp. 697-752.

32. Basterra, Marcela I., *El derecho a la información vs. derecho a la intimidad*, Sante Fe, Rubinzal-Culzoni editores, 2012, pp. 154-162.

33. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho...*, op. cit., p. 304 (privacidad) y p. 317 (intimidad). Véase también García-García, Clemente, *El derecho a la intimidad y a la dignidad en la doctrina del Tribunal constitucional*, Universidad de Murcia, Colección Estudios de Derecho, 2003, p. 184.

hacen con las que derivan de una moral privada, personal o autorreferente, y tales exigencias no se refieren, como las derivadas de la moral pública o intersubjetiva, a las obligaciones que tenemos en relación con otras personas. En contrario, alude al desarrollo o autodegradación del propio carácter moral del agente, reconociendo como único límite el daño que pueda provocarse a terceros. Para el autor son las “acciones privadas”, la que se encuentran salvaguardadas por la normativa del artículo 19 constitucional.

En cambio, Parent concibe por “intimidad” a una esfera de la persona que está exenta del conocimiento generalizado por parte de los demás. Es aquel derecho a que los otros no tengan información documentada sobre hechos respecto de un sujeto que este no quiera que sean ampliamente conocidos. La intimidad de un individuo, o sea la exclusión potencial, de acuerdo a su voluntad del conocimiento y la intromisión de los demás, se refiere al menos a los siguientes aspectos; rasgos del cuerpo, imagen, pensamientos y emociones, circunstancias vividas y hechos pasados concretos propios o de su vida familiar, escritos, pinturas, grabaciones, conversaciones, etc.

En forma genérica la doctrina los usa como sinónimos, o por lo menos de manera indistinta, en la mayoría de los casos.<sup>34</sup> Bianchi<sup>35</sup> considera que esta distinción es más aparente que real ya que no encuentran ninguna diferencia desde el punto de vista lingüístico ni jurídico, entre lo íntimo y lo privado. Agrega además con certeza que, en el afán de tratar de encontrar una diferencia, podría decirse que lo íntimo es más privado aún que lo privado.

La propia Corte utiliza los términos en forma indistinta y aun un tanto confusa con el principio de autonomía. En el precedente “Ponzetti de Balbín”,<sup>36</sup> afirma que la norma del artículo 19 de la Constitución Nacional:

... 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

34. Fayos Gardó, Antonio, *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 19-21.

35. Bianchi, Alberto B., “Hábeas data y derecho a la privacidad”, ED, 161-866, p. 2.

36. CSJN, Fallos: 306:1892, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida, S. A.”, sentencia del 11/12/1984.

y física y, en suma las acciones, hechos o datos que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo. En rigor el derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar o de amistad sino a otros aspectos de la personalidad física o espiritual de las personas tales como la integridad corporal o la imagen...

En realidad, el verdadero motivo de esta confusión o sinonimidad entre intimidad y privacidad se da en principio porque son las propias normas las que no establecen claramente esa distinción. Se puede visualizar que desde la normativa de la Constitución Nacional y Tratados concordantes, se usan ambos términos como sinónimos o siempre asociados. Dichas normas en general se refieren sólo a la *privacidad*, lo que no significa que no esté protegida en esa Carta Constitucional la *intimidad* y viceversa. Otras veces directamente se menciona el “derecho a la intimidad y a la vida privada” sin hacer distinciones entre uno y otro concepto. Por otra parte, es para señalar con atención que en ninguna Constitución hay una norma que proteja a la privacidad y otra que proteja a la intimidad. De ello surge que en ningún caso los constituyentes se detuvieron a analizar si eran dos derechos diferentes ya que, si bien en ocasiones se menciona a los dos derechos por separado, siempre están identificados y en una cláusula única.

Sin embargo, y tal como lo resalté *ut supra* con cita en los debates de la Convención de la Ciudad, la Constitución porteña categóricamente hace referencia a dos derechos separados.

En consecuencia se está en grado de afirmar que existe entre ambos conceptos una relación de género –privacidad– a especie –intimidad–. Vale decir que lo íntimo es más íntimo que lo privado y, si bien se pueden utilizar como sinónimos en muchos casos, son conceptos diferentes.

Siguiendo la línea argumental de que la privacidad es el género y la intimidad la especie, al definir la privacidad incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede esperar en determinadas circunstancias. Todo individuo tiene la misma protección en relación con el derecho a la intimidad. En la intimidad personal, nadie por ningún motivo o circunstancia puede tener acce-

so sin autorización del titular del derecho. Sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un funcionario o personaje público tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido.

Esto significa que la privacidad puede tener límites en razón de las personas o del lugar. Es razonable que una persona famosa tenga una expectativa menor de privacidad que alguien que es anónimo. Asimismo, es lógico que un individuo desconocido tenga más reducido el ámbito de privacidad en un lugar público –playa pública, plazas, autopistas, calles, etc.– que en su propia casa. Expectativa que se verá severamente disminuida cuando se cumpla con la doble condición de personaje público y lugar público.

Lo que no parece proporcional es sostener que los personajes famosos o funcionarios públicos tengan el derecho a la intimidad cercenado o alterado respecto de alguien desconocido o anónimo; sólo tendrán limitada su expectativa de privacidad. En efecto, el concepto de vida privada es de mayor amplitud que el de intimidad, ya que comprende todos los elementos que no queremos exponer al conocimiento de los demás, toda vez que forma parte de nuestras vidas y pretendemos mantenerlos en un ámbito de reserva. Ahora bien, dentro de esas acciones privadas existe un ámbito de mayor resguardo que solemos proteger como una parte esencial de nuestra configuración subjetiva, y es aquello que se denomina “intimidad”, por lo tanto requiere un alto nivel de tutela.

La privacidad o vida privada es todo lo que genéricamente está reservado, por ejemplo el estado civil de una persona o si tiene o no hijos. La intimidad es aquello absolutamente vedado al conocimiento de los demás: las relaciones sexuales dentro de ese matrimonio, si el individuo en cuestión no se casó o no tuvo hijos porque es homosexual y eligió no tenerlos, porque tiene un impedimento físico, o simplemente no quiso ser madre o padre.

Quedan a salvo en ambos supuestos las situaciones en que el mismo sujeto decida hacer públicos cualquiera de los aspectos pertenecientes tanto a su intimidad como a la propia privacidad, al margen del ámbito de protección que ambos merezcan en su calidad de derechos fundamentales. En ambos casos existe la conciencia exterior de no injerencia y de ello parte el amparo legal para ambos. La diferen-

cia está dada únicamente por el grado de protección. La intimidad es la lejanía, la vida privada es lo más próximo, desde la perspectiva de los demás.<sup>37</sup>

Se ha definido entonces el derecho a la privacidad o a la vida privada como una prerrogativa de mayor amplitud que el derecho a la intimidad, pudiendo estar restringida la expectativa de privacidad tanto en razón del lugar –en lo que juegan un rol fundamental las nuevas tecnologías–, como en razón de las personas –si son públicas o famosas, o simples desconocidos–.

En relación con los orígenes de la protección a la privacidad, debemos remontarnos al derecho angloamericano.<sup>38</sup> Básicamente, el gran aporte de la doctrina americana en tal sentido fue otorgarle entidad propia al derecho a la privacidad haciendo referencia a la importancia de proteger al individuo frente a cualquier intromisión injustificada del poder público en su ámbito privado. La evolución social del papel del hombre en un contexto de sociedad liberal necesitaba la garantía de los derechos de la personalidad, lo cual requería la introducción de nuevas figuras que el ordenamiento jurídico debía asumir.

En la actualidad se advierte una clara preocupación por la tendencia a la invasión de la privacidad, dado que su protección legal durante los últimos cien años es considerada débil, a tal punto que en un trabajo de Rodney Smolla<sup>39</sup> se lee algo así como: “si esperas protección legal para tu privacidad, deberías permanecer en tu casa con las persianas cerradas”. Smolla explica que la mencionada debilidad se debe justamente a la tirantez que siempre hubo entre el derecho a la privacidad y la primera enmienda –protectora de la libertad de prensa–.

El problema con esta formulación es que permite que el concepto de privacidad se vea disminuido a medida que las nuevas tecnologías reducen todo aquello que un individuo puede razonablemente esperar que sea privado, y que las actitudes sociales acepten cada vez más el uso intrusivo de la tecnología.

---

37. Puede ampliarse en Rebollo Delgado, Lucrecio, *op. cit.*, pp. 47-52.

38. Bianchi, Alberto, *op. cit.*, p. 5.

39. Smolla, Rodney, *Free Speech in an Open Society*, New York, USA, Knof, 1992, p. 7: “Lesson of modern privacy law in the tort arena is that if you expect legal protection for your privacy, you should stay inside your house with the blinds closed”.

El foco central del problema está en delimitar qué cosas pertenecen al ámbito exclusivo de la intimidad –que sin consentimiento no pueden darse a conocer– y cuáles deben informarse por la ponderación que necesariamente tiene que hacerse del interés público o general.

Finalmente, en relación con el derecho a la confidencialidad expresamente consagrado en el inciso que analizamos, se ha señalado:

El derecho a la privacidad se convierte así en un límite y en la otra cara de la moneda del derecho de libre expresión. Por eso también se menciona en el mismo artículo a la “confidencialidad”, que refuerza este concepto y lo vincula más firmemente a la difusión de papeles privados, documentos, cartas o similares; afianzando una de las libertades políticas más valiosas como es la protección de la documentación personal.<sup>40</sup>

Asimismo, se ha destacado que el derecho a la confidencialidad “incluye la protección del secreto profesional, comprendiendo el derecho al secreto como ejercicio activo del mismo”.<sup>41</sup>

Sentado lo expuesto, individualizaré algunos fallos que entiendo son conducentes para determinar con mayor precisión el contenido de los derechos en análisis.

En primer término, es relevante mencionar la decisión del TSJ CABA en un emblemático caso donde estaba en juego el principio de autonomía personal. Concretamente, nos referimos a la sentencia “T., S. s/amparo”,<sup>42</sup> donde la actora interpuso acción de amparo contra el Hospital Materno Infantil Ramón Sardá por violación al derecho a la salud y a la integridad física en grave perjuicio al derecho a la vida, materializado en la negativa del Hospital a la realización de una inducción al parto. La motivación de tal pedido se fundamenta en que como consecuencia de la realización de una ecografía, un médico del hospital le comunicó a la actora que el feto no presentaba desarrollo de masa encefálica ni calota craneana (anancefalia). Al enterarse del resultado, solicitó a los profesionales del nosocomio la realización de

---

40. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, op. cit., T. 2, p. 604.

41. *Ibíd.*, p. 607.

42. TSJ de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Expte. N° 715/00, “T., S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)”, sentencia del 26/12/2000.

una inducción de parto, pero la respuesta fue negativa alegando que previamente era imprescindible contar con una orden judicial.<sup>43</sup>

El Tribunal hace lugar a la acción. En este sentido, considero relevante destacar el voto de la Dra. Conde, que explicó:

Tres son los principios bioéticos que deben evaluarse para la ponderación de la solución más atinada para el caso: Autonomía (consentimiento del paciente), Beneficencia-no maleficencia y Justicia. El principio de autonomía o permiso se refiere al derecho de las personas a ejercer su libertad de acción y de elección, se basa en el respeto a la persona humana como fin en sí mismo y sujeto moral por su autodeterminación (Mainetti, “El amparo de la bioética cuando ser madre resulta un drama...”, JA 1998-IV-307). Desde el punto de vista del consentimiento, se ha verificado que la señora T. ha requerido el adelanto del parto desde que tomara conocimiento de la patología fatal e irreversible de la criatura, petición compartida por su esposo y lo reafirmó en la audiencia celebrada ante los jueces de la Cámara. Su deseo es consciente y manifiesto y nada en la transcripción de la audiencia ni en la evaluación psicológica hace pensar que S. T. se encuentre con su juicio alterado, siquiera por el dolor del trance que está pasando.

Y agregó:

También ha de tenerse presente que el derecho promueve valores más que intereses y, en el caso bajo examen, respetando la autonomía de la paciente (avalada por los informes médicos y psicológicos incorporados a la causa) es como mejor se protegen los valores humanos fundamentales que el derecho reconoce y a los cuales otorga protección jurisdiccional y que entre estos valores cabe en particular invocar la dignidad inherente a toda persona humana, la vida y su corolario, la salud (de la recurrente y de su grupo familiar), y por último el principio supremo de justicia que requiere que cada individuo goce del respeto y promoción de un ámbito de libertad que le permita “personalizarse” en orden a la realización del valor “humanidad”, teniendo en cuenta que tal decisión no afecta derechos legítimos de terceros (Goldschmidt, Werner, *La Ciencia de la Justicia (Dikelogía)*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 189 y ss.; Ciuro Caldani, Miguel “Notas sobre los valores jurídicos”, *Filosofía, literatura y derecho*, Rosario, Fundación para las investigaciones jurídicas, 1985).

---

43. Amplíese de Basterra, Marcela I., “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal”, *op. cit.*

Otra decisión que reviste trascendencia en la temática que nos ocupa es el fallo “Freyre”,<sup>44</sup> anterior a la Ley de Matrimonio Igualitario,<sup>45</sup> donde se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 172 y 188 del Código Civil en ese entonces vigentes, en tanto impedía que dos personas del mismo sexo contrajeran matrimonio.

Para así decidir, sostuvo:

Que si las categorías de “malo”, “normal”, “desviado”, “inocuo” o “peligroso” no son predicables respecto a las opciones sexuales, si la perpetuación de tales categorías sólo tiene como finalidad menospreciar a grupos minoritarios para luego justificar su exclusión de algunos beneficios sociales, entonces, deberíamos preguntarnos cómo superar tales categorías a través de decisiones racionales. Un paso importante al que una decisión judicial puede tender es al reconocimiento público de la existencia de la estigmatización y del sufrimiento infligido, y la ilicitud de las discriminaciones en que se apoyan. No se trata de saber si son posibles otras formas de vida familiar y afectiva distintas de la tradicional. Porque las tenemos delante nuestro y sabemos que existen. Se trata de saber si es posible un marco legal suficientemente genérico para adaptar sus institutos a estas realidades. De lo que se trata entonces es de advertir el contrasentido de unos derechos que se predicen como universales pero dejan a un grupo de personas excluido de su goce.

A lo que añadió:

Que no es posible saber qué sucederá con el matrimonio frente a los cambios que se avecinan. Sin embargo, es posible prever que la inclusión de minorías sexuales en su seno le permitirá ser fuente de nuevas curas para las viejas enfermedades sociales, como el miedo, el odio y la discriminación.

Por último, en autos “Gil Domínguez Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA”,<sup>46</sup> el juzgado CAyT N° 18 le ordenó a la Dirección General de Defensa y Protección

44. Juzgado CAyT N° 15 de la Ciudad de Buenos Aires, EXP 34292/O, “Freyre Alejandro c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 10/11/2009.

45. Ley N° 26618, publicada en el BO del 22/07/2010.

46. Juzgado CAyT N° 18 de la Ciudad de Buenos Aires, “Gil Domínguez Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GBA s/amparo”, sentencia del 10/10/2014.

del Consumidor del Gobierno porteño que exigiera a los buscadores de Internet domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires la implementación de un Protocolo interno de protección del derecho a la intimidad de los usuarios.

Si bien con posterioridad dicha resolución fue revocada por la Alzada,<sup>47</sup> lo cierto es que en sus considerandos se hace una fuerte defensa del derecho a la intimidad. En este sentido, subrayó que

El carácter axial del derecho a la intimidad en el sistema constitucional argentino ya fue resaltado por la doctrina en forma contundente. Joaquín V. González enseñaba hace más de un siglo al analizar el artículo 19 constitucional: “Claramente, comprende los dos principales caracteres de la libertad, el que se refiere a la vida privada, a la esfera de la independencia personal, donde no llega el poder de la ley, y la que toma al hombre como miembro de la comunidad, obrando activamente dentro del radio donde la ley alcanza”. En el primer caso sólo obedece a los mandatos de su voluntad o de su conciencia (...). Esta plataforma axiológica es la que se tuvo en cuenta en la Convención Constituyente porteña en 1996. Tal como surge de sus actas, (...) el convencional Rafael Moscona, señaló: “El presente proyecto se funda en la debida protección de que debe gozar el derecho a la privacidad, intimidad y confidencialidad de las personas. Para ello es menester crear normas que son necesarias para su eficaz resguardo y que contemplan las distintas formas en que tal derecho puede ser vulnerado” (Cfr. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Buenos Aires, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 1ª edición, 2004, T. II, p. 252). Esas normas a las que se refiere el convencional constituyente, en una interpretación garantista, no se refieren al ejercicio del derecho, sino al carácter tutelar que los poderes públicos deben imponer en su obrar, en cumplimiento del mandato constitucional de “garantizar”. Por ello, no cabe aquí el alcance de norma en sentido formal, tal como lo impone la OC N° 6 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al analizar el contenido del término “leyes” en la Convención Americana, sino que el alcance se amplía a norma en sentido material, como podría ser un protocolo de protección. La exigencia de garantía así lo impone.

---

47. CCAyT de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, “Gil Domínguez, Andrés Favio c/Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA y otros s/amparo”, sentencia del 25/02/2015.

Como puede observarse luego del análisis efectuado, el marco de protección del derecho a la intimidad, a la privacidad y a la confidencialidad en la Ciudad de Buenos Aires es sumamente amplio y apto para hacer frente a las nuevas amenazas que el desarrollo de la tecnología presente sobre estas tres prerrogativas fundamentales.

#### **Artículo 12. Inciso 4**

**4. El principio de inviolabilidad de la libertad religiosa y de conciencia. A nadie se le puede requerir declaración alguna sobre sus creencias religiosas, su opinión política o cualquier otra información reservada a su ámbito privado o de conciencia.**

## LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN LA CONSTITUCIÓN DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Por Elisabeth I. Berra

Tal como señaló en la Convención Constituyente la convencional Pérez Suárez, los derechos consagrados en el dispositivo constitucional objeto de este comentario remiten “a los artículos 14 y 19 de la Constitución, pero expresan con más precisión que no existe obligación de declarar las creencias religiosas o políticas propias”.<sup>1</sup>

En este orden de ideas, es relevante mencionar que el artículo 14 de la Ley Fundamental garantiza, entre otros, el derecho de todos los habitantes a profesar libremente su culto, mientras que el primer párrafo del artículo 19 tutela el principio de autonomía personal.

Como puede observarse, estas dos normas tienen un papel trascendental al momento de interpretar el inciso 4 del artículo 12 de la Constitución porteña, atento a su carácter de fuentes de este artículo.

1. *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires de 1996*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Editorial Jusbairens, 2016, T. 2, p. 579.