

# EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN ÉPOCA DE REDES SOCIALES)

THE RIGHT TO EXTIMACY (CONSTITUTIONAL  
PROTECTION IN THE AGE OF SOCIAL MEDIA)

ENRIQUE H. DEL CARRIL<sup>1</sup>

Recibido: 28 de abril de 2021  
Aprobado: 14 de mayo de 2021

## RESUMEN

La tesis que se sostiene en este trabajo es que el derecho a la privacidad es insuficiente para proteger la actividad de las personas en los entornos digitales de la Sociedad de la Información; en especial, en las redes sociales.

En estos entornos, tal como se desenvuelven en la actualidad, las personas publican información personal, privada e íntima con pleno conocimiento de las consecuencias posibles de sus actos: la viraliza-

1. Abogado (UCA), Magíster en Derecho y Magistratura Judicial (Austral), Profesor de Derecho Constitucional (UCA), Derechos y garantías (UCA), Argumentación jurídica (UCA, Austral) y Derechos Humanos (UFASTA). Correo electrónico: enrique-del@uca.edu.ar.

ción. Para proteger estos casos, la práctica judicial suele recurrir al derecho a la privacidad y al análisis del consentimiento de la persona.

Pero la configuración tradicional de la protección constitucional al derecho a la privacidad cesa con el consentimiento del individuo, cuando éste accede a que su información, imágenes o voz grabada se publiquen; el Derecho considera que no existe privacidad a proteger.

En consecuencia, los operadores del Derecho recurren a ficciones sobre vicios en el consentimiento o, simplemente, a negar que haya habido tal. Pero esto no es más que una falacia forzada para encontrar una solución justa al caso.

Es preciso, entonces, reconfigurar este derecho para que pueda abarcar los casos en que el consentimiento existe, pero la viralización de la información provoca un daño en la persona.

Se recurre para ello al concepto lacanianiano de “extimidad” como un supuesto distinto a la privacidad y que abarca la realidad del fenómeno de las redes sociales.

Por último, se proponen algunas pautas mínimas que deberían caracterizar el derecho a la extimidad.

#### **PALABRAS CLAVE**

Derecho a la privacidad; Derecho y tecnología; Extimidad; Sociedad de la Información; Redes sociales.

#### **ABSTRACT**

The thesis of this paper is that the right to privacy is inadequate to protect people's activity in the digital world, mainly in social networks.

In these environments people use to publish personal and private information knowing the consequences of their actions: viralisation. To protect these cases, judges refer to the right to privacy and the scrutiny of the individual's consent.

But the constitutional protection of the right to privacy ceases when the person agrees to have his or her information, images or re-

corded voice published. Under this standard, the law considers that there is no privacy to protect.

Legal practitioners use lack of consent, or simply deny that there has been such consent in social media environment. But this is just a forced fallacy to find a righteous solution to the cases.

It is necessary a reconfiguration of the right to privacy to cover cases where the person consent the publication, but the viralisation causes harm.

In this work and for this purpose, Lacan's concept of "extimacy" is used as another right, different from privacy. In this way, the right to extimacy covers the phenomenon of social media.

Finally, this work proposes some guidelines to typify the right to extimacy and the right to privacy.

### KEYWORDS

Privacy rights, Law and Technology; Extimacy; Information Society; Social Media.

### PARA CITAR ESTE TEXTO:

Del Carril, Enrique H. "El derecho a la extimidad (la protección constitucional en época de redes sociales)", *FORUM: Revista del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, N° 11, 2021, pp. 27-68.

### 1. DERECHOS, Y NUEVOS DERECHOS

Es un lugar común señalar los enormes impactos que la llamada Sociedad de la Información<sup>2</sup> tiene sobre la configuración de los derechos fundamentales. Según se afirma, asistimos a la aparición de nue-

2. Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura, fin del milenio*, vol. 3, México DF, Siglo XXI, 2002.

vos derechos vinculados con la digitalidad. Pero en mi opinión, estamos presenciando un cambio mucho más radical que aquellos que fueron conformando las denominadas “generaciones de derechos”<sup>3</sup>.

Si observamos la cronología de aquellas generaciones y los derechos que las fueron conformando, podemos advertir que cada generación aportó nuevos, sin descartar los anteriores.

Así, sucesivamente, el constitucionalismo liberal centró la protección de los derechos que tienen por objeto al individuo aislado y se erigen, en algún punto, contra el Estado; luego, el surgimiento de la cuestión social demostró que esos derechos eran insuficientes para la nueva configuración de la realidad, pero no derogó esos derechos sino que agregó otros: los derechos-prestación que demandaban acciones positivas del Estado; y algo similar ocurrió con la tercera oleada de derechos, aquellos identificados con la protección de bienes colectivos, como el ambiente o la cultura.

El proceso de cambio que fue sufriendo el constitucionalismo de los derechos con los avatares de la sociedad respondió, como se ve, a un criterio acumulativo. Por ejemplo, a pesar de que los derechos de primera generación, es decir, los civiles y políticos, desde su cristalización en los tiempos de las constituciones de corte liberal individualista han sufrido algunas reconfiguraciones encaramadas en los cambios de la sociedad moderna, lo cierto es que, en su estructura básica, estos derechos mantuvieron su identidad originaria.

Este proceso de sedimentación de derechos provocó algunas disonancias “intergeneracionales” e, incluso, verdaderas anomalías<sup>4</sup>. Esto, por supuesto, no es un problema menor: la distinta configuración política e ideológica de las generaciones de derechos originan, probablemente, la mayoría de los conflictos que hoy son parte de la reflexión sobre los Derechos Humanos. Conflictos ya clásicos, como la difícil compatibilidad entre el derecho a huelga y la libertad de cir-

3. Martínez de Pisón, José, “Las generaciones de derechos”, en Betegón, J. *et alii* (Coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 409-435.

4. Del Carril, Enrique H., “Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano”, *Revista de Derecho*, Piura, Vol. 8, n° 8, 2007, pp. 227-247.

culación, los derechos laborales y la libertad de contratación, la protección cultural de los pueblos originarios o del ambiente y el derecho de propiedad individual son tan solo una muestra de estas colisiones que hoy nos ocupan y preocupan.

El problema central consiste, en definitiva, en lo que se ha dado en llamar la integralidad e interrelación de los derechos fundamentales: partiendo de la base de que todos estos derechos son manifestaciones finales de la dignidad humana, el trabajo del intérprete del Derecho es compatibilizarlos.

### 2. LOS DERECHOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

Esta explicación que se ha esbozado en el punto anterior, para algunos, puede ser directamente aplicada a los derechos que parecen emerger de la sociedad digital.

En definitiva, se dice, los derechos que empiezan a aparecer en el horizonte de la sociedad-red, para utilizar la conocida expresión de Castells<sup>5</sup>, conforman una nueva generación (¿la cuarta?) o son derechos que se suman y culminan la última generación de derechos y, en cualquiera de estas dos perspectivas, estos nuevos derechos vendrían a conformar otro estrato sedimentario que se acumularía a los anteriores.

Desde esta perspectiva, la configuración del derecho a la conectividad o el derecho al olvido, por citar algunos ejemplos, encontrará finalmente su cauce en el concierto de los derechos fundamentales luego de pasar por un proceso histórico (todos los derechos lo hicieron) que comienza con su rechazo, luego la aceptación desgana, para culminar en su consagración y aceptación.

Pero en mi opinión, estamos ante una perspectiva distinta. Estoy convencido de que las alteraciones que está produciendo la sociedad digital tienen un impacto aún más profundo que las coyunturas políticas y sociales que dieron origen a las anteriores generaciones de

5. Castells, Manuel, *La era de la información*, Vol. I: "La Sociedad Red", México DF, Siglo XXI, 2002.

derechos, y que implicará una reconfiguración del sistema jurídico en su totalidad.

Es que la sociedad digital, condensada en aquello que –con bastante imprecisión– identificamos con el nombre de “internet”, implicó un cambio en el contexto vital y los ámbitos de vida mucho más fundamental que los procesos históricos que dieron origen a las generaciones previas de derechos.

El nacimiento de la realidad digital, del universo de lo virtual, implicó la creación de nuevos espacios, en el sentido más preciso y tangible de esta expresión. La geografía en la cual cada individuo despliega su vida y sus proyectos se ha expandido exponencialmente y ha roto no solo con las barreras políticas que demarcan los Estados sino con la misma realidad de la naturaleza física. La digitalidad, desde esta perspectiva, ha dejado de ser un instrumento de trabajo y comunicación para identificarse, más bien, con un lugar.

Esta es, quizás, la marca referencial de la sociedad digital y, por ello, el indicio más claro de que los derechos que “se vienen” no son solamente sedimentarios de los anteriores, nuevos agregados a los que ya conocemos.

Si analizamos los procesos históricos en los que surgieron las demás generaciones de derechos y las comparamos con la actual, veremos que también en este aspecto las condiciones son profundamente distintas.

En primer lugar, tanto los derechos de primera generación como los de segunda surgieron del cambio en las condiciones sociales y políticas de la sociedad. Los derechos del pensamiento liberal fueron una reacción a los absolutismos de la época impulsados por las revoluciones burguesas, y los derechos de segunda generación, los derechos sociales, lo hicieron en el marco de la revolución industrial.

Por su parte, los derechos de tercera generación, si bien no formaron parte de un proceso político especialmente conflictivo (en el sentido de revolucionario), aparecen al ritmo de una nueva percepción de la realidad, al advertirse problemas en los que antes no se había reparado: la protección del medio ambiente o de los bienes culturales responden a esta nueva sensibilidad; en rigor, la violación o afectación de estos bienes siempre existió, pero no parecía ser un asunto de derechos.

En el caso de la sociedad digital, la cuestión cambia. Por un lado, esta nueva realidad trae (y traerá) nuevos derechos, como el derecho a la conectividad, al olvido y a la protección de datos, pero como se dijo, a diferencia de las otras generaciones de derechos, la nueva realidad de lo digital implicará una reconfiguración profunda en todo el elenco de los ya existentes.

Los ejemplos abundan. Podemos pensar en el profundo cambio que viene sufriendo el derecho de propiedad en su aplicación a los bienes digitales y, en un futuro, también a los bienes materiales con la extensión de la *blockchain*<sup>6</sup>; en la crisis de la propiedad intelectual con la socialización de la música y el cine digital; o la crisis del Derecho Laboral con la nueva realidad del trabajo por plataformas, el teletrabajo y las nuevas formas de contratación dislocada.

Pero quizás los desafíos que más se señalan y preocupan<sup>7</sup> son los temas que se refieren a la intimidad y la privacidad<sup>8</sup>.

Las amenazas que, señalan, se ciernen sobre estos derechos son muchas y urgentes: nuestros datos y nuestra intimidad están siendo objeto del comercio y somos víctimas de una sociedad vigilada en la que nadie está realmente solo; y todo ello sin ni siquiera vernos for-

6. Tapscott, Don y Tapscott, Alex, *La Revolución Blockchain*, Barcelona, Planeta, 2017.

7. La bibliografía es abundante; podemos citar, por ejemplo, Mender Bini, Susana Eloísa, "Privacidad y protección de datos personales. Tratamiento de sus vulnerabilidades en los Estados Unidos, Argentina y la Unión Europa (Sesgos, fortalezas y similitudes en su legislación y jurisprudencia)", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 288, 2020, ED-CMXXI-637; Grover Dorado, John, "Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 268, 609, 2016, ED-DCCLXXVI-59; Ferreyra, Eduardo, "Reconocimiento facial en el espacio público de CABA y los peligros para los derechos humanos", *La Ley CABA*, Buenos Aires, 2020 (febrero), AR/DOC/317/2020; Luzza, Yamila Y., "El derecho a la privacidad frente a injerencias estatales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos", *La Ley Sup. Penal*, Buenos Aires, 2019-E, 930, AR/DOC/342/2019.

8. Aunque en rigor, según la mayoría de los autores, las dos expresiones no significan exactamente lo mismo, así se lo considerará, a los efectos de la tesis que se intenta argumentar en este trabajo; en consecuencia, se usarán ambos términos indistintamente.

zados: si queremos “pertenecer” a una red social debemos pagar ese precio.

Más allá de estas alarmas a las que nos estamos acostumbrando, una cosa es evidente: la nueva lógica comunitaria de las redes sociales y su masivo uso por la humanidad entera ha desestabilizado completamente este derecho.

Por un lado, desvela a los operadores del Derecho y académicos este abandono consciente y voluntario de la intimidad: las personas vuelcan en las redes información personal y detalles de su intimidad y los exponen públicamente, buscando la aceptación y el aplauso. Por el otro, la monetización de nuestros datos personales no termina de encontrar cauce jurídico adecuado. Por último, la definitiva instalación de una sociedad controlada en aras de la seguridad pública y el avance de las tecnologías de vigilancia en la vía pública nos interroga sobre los límites del control estatal.

En este trabajo me centraré en la cuestión del derecho a la intimidad y la privacidad y su protección. La tesis que habré de sostener es que la configuración tradicional de este derecho no puede, por su propia naturaleza, servir de resguardo ante la nueva realidad de la vida en las redes sociales y que, en consecuencia, es preciso conservar ese derecho en su cauce tradicional y pensar en una nueva protección que se ajuste mejor al problema actual.

Es que, por un lado, el derecho a la privacidad tiene su límite en el consentimiento que el individuo presta a exponer su vida íntima y sólo negando la forma en que nos comportamos en las redes sociales podemos afirmar que no existe tal consentimiento; pero por otro lado, los abusos que se cometen con la información que compartimos en las redes no pueden quedar impunes. Nos encontramos, entonces, ante un horizonte paradójico: el Derecho que tradicionalmente sirvió de garantía de protección no encaja en la nueva realidad digital.

Existen muchos trabajos académicos sobre la privacidad y la sociedad digital; de hecho, la correlación entre ambas es quizás el tema más abordado cuando se habla de la relación entre Derecho y tecnología.

En general, la reflexión académica sobre el tema oscila entre dos posturas. Por un lado, se postula la expansión de la privacidad en términos absolutos a cualquier situación, aún a aquellas que tradicional-



mente estaban fuera de su foco de influencia, para proteger a los individuos de este Leviatán Digital<sup>9</sup>; por otro, se advierte una percepción de pérdida, de retroceso; se dice que la intimidad ha muerto; que este derecho no tiene cabida en el mundo de lo digital.

### 2.1. *El espesor de la intimidad*

Mucho ha cambiado la medida y extensión del derecho a la privacidad desde la publicación, en el año 1890, del conocido artículo de Warren y Brandeis<sup>10</sup>.

En aquella oportunidad en que se estableció el perfil del derecho a la privacidad o, en la expresión de Coley, del derecho a “ser dejado a solas” (*the right to be let alone*), la preocupación de los autores estaba impulsada porque “las fotografías instantáneas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y doméstica; y numerosos artefactos mecánicos amenazan con hacer realidad la predicción de que «lo que se susurra en los armarios se vociferará en los techos de las casas»”<sup>11</sup>.

Estos avances y peligros de la tecnología de aquella época tienen claras resonancias en lo que ocurre en la actualidad, pero lo verdaderamente peculiar del artículo de Warren y Brandeis es que advirtieron tempranamente que las respuestas que el orden jurídico (el *common law*, en su caso) podía ofrecer eran insuficientes para abarcar la complejidad de las tecnológicas emergentes y, en especial, de sus consecuencias y malos usos.

El conocido artículo recorre las distintas respuestas que daban los tribunales ante violaciones a la exposición involuntaria de la inti-

9. Faliero, Johanna C., *El derecho al anonimato: revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.

10. Warren, Samuel y Brandeis, Louis, “The Right to Privacy”, 4 *Harvard L.R.* 193, Dec. 15, 1890.

11. “Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that «what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops»”, ob. cit., p. 195.

midad de las personas comunes, y las descarta por insuficientes para cubrir la novedad que estaban transitando. Estas respuestas, se dice allí, se fundamentaban en dos derechos fundamentales: la protección de la vida y de la propiedad. Pero la privacidad, afirman, pertenece un poco a ambas si tomamos estas nociones en un sentido amplio; es decir, siempre que se considere dentro del concepto “vida” no solo la existencia biológica sino todo lo que hace a las condiciones de un buen vivir (*the right to enjoy life*) y, dentro de “propiedad”, las posesiones tanto materiales como inmateriales sin referencia a su valor económico<sup>12</sup>. Los autores, como es sabido, concluyen que el derecho a la privacidad debería desprenderse de estos dos orígenes para aportar una adecuada protección y constituir un derecho nuevo que contemple en toda su dimensión el fenómeno.

La Constitución argentina tiene una temprana tradición en materia de protección de la intimidad y la privacidad.

Impresiona el énfasis que el propio texto constitucional tiene en este punto. A excepción del Preámbulo, que tiene la fuerza expresiva de un programa de presentación “política”, nuestra Constitución suele ser medida en las palabras que emplea. Sin embargo, el artículo 19 escapa a este rasgo y tiene una fuerza expresiva inusitada: “(...) las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exenta de la autoridad de los magistrados”. La reserva de los actos que constituyen la intimidad únicamente para la relación con Dios y que, por ello, escapan a toda autoridad terrenal es, en el lenguaje constitucional, uno de los pocos espacios en los que se rechaza absoluta y totalmente la injerencia del Estado.

El alcance, tan amplio, de la protección de las “acciones privadas” obligó a determinar con precisión el significado de esta expresión y los supuestos que engloba.

12. “Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life –the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term «property» has grown to comprise every form of possession– intangible, as well as tangible”, ob. cit., p. 193.

La interpretación de este artículo y de su extensión ha sido objeto de innumerables comentarios. Sin embargo, la divergencia de opiniones podría resumirse esquemáticamente en dos fallos de la Corte Suprema. Por un lado, la que se describe en *Viñas Ibarra*<sup>13</sup>, que confina la protección solo a aquellas acciones que quedan retenidas en la conciencia de las personas; se dice allí que “el artículo 19 de la Constitución Nacional limita su ámbito específico a las acciones privadas de los hombres que no ofendan la moral o el orden público ni perjudiquen a terceros, es decir, no se concreten en actos exteriores que puedan incidir en los derechos de otros o afectar la convivencia social, el orden o la moral públicos y las instituciones básicas en que ellos se apoyan”<sup>14</sup>. Según esta postura, cualquier acción que tenga algún atisbo de exterioridad puede ser objeto de –parafraseando la Constitución– la autoridad de los magistrados.

Por otra parte, la postura opuesta es la que establece la Corte Suprema en el conocido caso *Ponzetti de Balbín*<sup>15</sup> y que el ministro Petracchi desarrolla en detalle en su voto concurrente. En este punto de vista, más allá del fuero íntimo de las personas, “se halla el derecho genérico al aseguramiento –incluso en lo material– de un área de exclusión solo reservada a cada persona y solo penetrable por su libre voluntad”<sup>16</sup>.

En síntesis, la discusión se centra en las características de las manifestaciones externas de la persona; en la primera postura, esta externalidad excluye de por sí la protección del artículo 19 y, en la segunda, dependerá de otras circunstancias y, por ello, algunos actos externos merecerán amparo constitucional.

Pero no es mi intención ingresar en esta cuestión sino resaltar lo que tienen ambas posturas en común y cómo el derecho a la privacidad en cualquiera de sus dos versiones no alcanza a abarcar la realidad de lo digital.

13. *Fallos*: 296:15.

14. Considerando 4°.

15. *Fallos*: 306:1892.

16. Considerando 20 del voto del ministro Petracchi.

## 2.2. Intimidación y consentimiento

Cuando Brandeis y Warren perfilaron la idiosincrasia de aquel “nuevo” derecho a la privacidad establecieron, entre sus características, que uno de sus límites es la voluntad del titular del derecho de dar a publicidad algún acto privado o cuando esta publicación se realiza con su consentimiento<sup>17</sup>. La protección constitucional, en el análisis de estos autores, cesa cuando la persona asiente libremente a que sus actos tomen estado público.

La exclusión de la protección constitucional cuando media consentimiento también está presente en la jurisprudencia constitucional argentina: en *Viñas Ibarra*, como es obvio, puesto que en esta postura cualquier exteriorización de un acto privado o íntimo escapa al ámbito de protección del artículo 19 de la Constitución Nacional, pero también se encuentra en *Ponzetti de Balbín*, tanto en el voto de la mayoría<sup>18</sup> como en el del ministro Petracchi<sup>19</sup>; esta posición se repite también en los todos los precedentes de la Corte Suprema sobre el tema.

Esta parece una consecuencia obvia y necesaria, puesto que la misma idea de privacidad implica la intención, la voluntad subjetiva, de excluir los actos o pensamientos propios del conocimiento de terceros. Lo íntimo, lo privado, es por definición aquello que cada persona desea excluir del ámbito de lo público.

17. “The right to privacy ceases upon the publication of the facts by the individual, or with his consent. This is but another application of the rule which has become familiar in the law of literary and artistic property. The cases there decided establish also what should be deemed a publication, the important principle in this connection being that a private communication of circulation for a restricted purpose is not a publication within the meaning of the law” (p. 218).

18. “En consecuencia, la presencia *no autorizada ni consentida* de un fotógrafo en una situación límite de carácter privado que furtivamente toma una fotografía (...) no admite justificación y su publicación configura una violación del derecho a la intimidad” (del considerando 10, el destacado me pertenece).

19. “(...) aseguramiento –incluso en lo material– de un área de exclusión solo reservada a cada persona y *solo penetrable por su libre voluntad*” (del considerando 20, el destacado me pertenece).

Esto es así en el entendimiento común de la palabra y en sus consecuencias jurídicas. La fuerza de este consentimiento es tal, que incluso hace caer la protección constitucional de la privacidad en sus atributos más materiales o, utilizando la expresión de Legarre, espaciales<sup>20</sup>. Podemos citar como ejemplo el caso *Florentino*<sup>21</sup>, en el que se admitió la validez del ingreso policial a un domicilio particular sin orden de un juez porque su titular lo consintió<sup>22</sup>, o *Zambrana Daza*<sup>23</sup>, que confirmó una condena por tráfico de estupefacientes de una mujer que concurrió al hospital y confesó a los médicos que tenía en el interior de su estómago envoltorios de látex con cocaína.

Ahora bien, la cuestión del consentimiento ocupa la jurisprudencia constitucional, pero siempre en su faz negativa; esto es, cuando es preciso determinar si ese consentimiento no existió o estuvo viciado, o cuando, a pesar de que existe una negativa a exponer aspectos de la persona que se consideran privados o íntimos, esta voluntad es inoponible por motivos de interés público.

El primer supuesto, la determinación de la existencia del consentimiento, puede verse, por ejemplo, en *B.R.E. c/ Policía Federal*<sup>24</sup>, en que se analizaba la potestad del Estado para someter a personal policial a un examen obligatorio de detección de Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y en el cual la Corte Suprema concluyó que ese consentimiento está implícito en el sometimiento al régimen policial. El segundo supuesto, el análisis del vicio en el consentimiento, en el conocido caso *Fiscal c/ Fernández*<sup>25</sup>, en el que se declaró la validez de la autorización otorgada a un policía encubierto para ingresar a un domicilio. Por último, la oposición al accionar estatal alegando violación de la privacidad puede verse en *Vázquez Ferrá*<sup>26</sup>

20. Legarre, Santiago, "Una teoría espacial de la privacidad constitucional", en Julio César Rivera (h.) *et alii*, *Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

21. *Fallos*: 306:1752.

22. *Fallos*: 313:612.

23. *Fallos*: 320:1717.

24. *Fallos*: 319:3040.

25. *Fallos*: 313:1305.

26. *Fallos*: 326:3758.

y *Gualtieri de Rugnone*<sup>27</sup>, los dos casos correlativos (y opuestos en sus conclusiones) sobre la posibilidad de extraer muestras de ADN de una persona que se opone a ello.

Es más difícil, en cambio, encontrar casos en los que un consentimiento libre y no viciado de exponer imágenes privadas, aun así, excluya sus efectos jurídicos naturales en el ámbito del Derecho<sup>28</sup>.

En síntesis, el consentimiento como criterio de determinación de la frontera entre lo privado (o íntimo) y lo público es el estándar general y aceptado.

Basta recorrer la jurisprudencia de la Corte Suprema que se relaciona con el artículo 19 para advertirlo: el consentimiento, en el sentido de voluntad de exclusión de la injerencia de terceros, siempre forma parte del concepto de privacidad. Así, se ha considerado, por ejemplo, en *Lambrechi*<sup>29</sup>, *Lucas Aón*<sup>30</sup> y *Roviralta*<sup>31</sup>, entre otros.

### 2.3. Consentimiento y redes sociales

Pero si el consentimiento forma parte constitutiva del límite a la esfera de protección de la privacidad y la intimidad, es evidente que su aplicación en las redes sociales resulta bastante problemática.

27. *Fallos*: 332:1835 y 1769.

28. Pablo Palazzi expone el caso (CNCrim., sala VI, 2-6-15, A., F. s/ nulidad) de una persona que fue identificada como autora de un delito por sus fotos en las redes sociales; cfr. Palazzi, Pablo, "Difusión no autorizada de imágenes íntimas (*revenge porn*)", *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 266-837, ED-DCCLXXV-838.

29. "No puede afirmarse que una filmación con fines eminentemente comerciales encierre un interés general social que justifique una indebida utilización de imágenes sin el consentimiento de las interesadas", *Fallos*: 311:1171, considerando 5°.

30. "Autorizada la utilización de una cámara Gesell por los juzgados dedicados a asuntos de familia, el derecho a la intimidad será debidamente resguardado si ella no puede utilizarse sin la expresa conformidad de todos los participantes", *Fallos*: 313:626, considerando 4°.

31. "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" (disidencia del Dr. Carlos S. Fayt, considerando 9°), *Fallos*: 327:789.

No es preciso ahondar mucho en la afirmación –que conocemos por experiencia personal y simple observación– de que los usuarios de redes sociales vuelcan enormes porciones de “la esfera doméstica y [e]l círculo familiar y de amistad, [y] otros aspectos de la personalidad espiritual o física (...) como la integridad corporal o la imagen”<sup>32</sup> en sus perfiles digitales. Estas acciones se realizan con el fin consciente y consentido (y, en general, buscado) de lograr la mayor repercusión posible de esos contenidos; se anhela obtener notoriedad dentro de los círculos de relaciones (amigos, seguidores).

Tampoco es posible negar que, para cualquier usuario de las redes sociales, es una consecuencia previsible y potencialmente esperable que esa imagen, ese texto o esa voz se extienda mucho más allá del círculo originario al que alcanzaba la publicación en sus orígenes.

Esta es una parte inherente a la lógica propia de las redes sociales, donde lo que llama la atención, lo que sale del cauce de lo que usualmente se ve, adquiere inmediatamente esta condición de propagación que tan bien se ha descrito con la expresión “viralización”: al igual que el “agente cero” de una enfermedad contagiosa, el dato digital comienza a propagarse en círculos concéntricos, desde aquellos que lo recibieron originalmente, a sus allegados y conocidos, y así sucesivamente, en un efecto de crecimiento geométrico difícil de prever.

32. “Que en cuanto al derecho a la privacidad e intimidad su fundamento se encuentra en el art. 19 de la Constitución Nacional. En relación directa con la libertad individual protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. En rigor, el derecho a la privacidad 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 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 su intromisión, siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbre o la persecución del crimen”, *Fallos*: 306:1892, considerando 8°.

Pero si, de un lado, este consentimiento pareciera suficiente para excluir la protección del derecho constitucional a la privacidad, del otro, no parece justo sostener el aniquilamiento liso y llano de la esfera de privacidad de la persona por esta nueva socialización en entornos digitales.

Lo que se intenta señalar es que sólo recurriendo a ficciones más o menos forzadas y no muy ajustadas a una realidad, a esta altura del avance de las redes sociales, el derecho a la privacidad y la intimidad pueden dar una respuesta adecuada a esta cuestión.

Basta recorrer estas respuestas, ensayadas en la doctrina y la jurisprudencia, para advertir esa sensación de “irrealidad argumentativa”.

Es evidente y encomiable que, en los esfuerzos de los operadores del Derecho, se advierte la búsqueda de una solución justa para casos que merecen reproche y/o una respuesta jurídica acorde; pero afirmar que existe una intención tácita o presunta de excluir la viralización puede sostenerse sólo con el precio de negar la evidencia de la realidad; se sostiene solo en el afán de encontrar respuestas acordes en institutos jurídicos conocidos a realidades novísimas que no están contempladas por ellos en toda su dimensión.

Esta distorsión bienintencionada puede verse en todos los espacios de intersección entre el uso de las redes sociales y el Derecho. Se niega el discernimiento o la validez del consentimiento en el caso de adolescentes<sup>33</sup>, en el ámbito de las relaciones de trabajo<sup>34</sup>, en el uso de información en fuentes abiertas con fines fiscales<sup>35</sup> o penales<sup>36</sup>; y, en general, en todos aquellos casos en que no pueda constatarse un

33. Astelarra, Belén María, “Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen”, *El Derecho - Diario*, Buenos Aires, Tomo 278, ED-DCCLXXVII-352.

34. Macoretta, Cora S., “Las redes sociales y la incidencia en el ámbito laboral”, *El Derecho - Diario*, Buenos Aires, Tomo 266, 793, ED-DCCLXXV-805.

35. Calderón Carrero, José Manuel, “Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el Derecho embridar a las nuevas tecnologías?”, *El Derecho Tributario*, Buenos Aires, marzo 2020, n° 1, ED-CMXIII-759.

36. Riquert, Marcelo A., “Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2015-E, 432.



consentimiento expreso y formalizado para la (re)publicación de imágenes, voces o textos fuera de su “lugar” original de publicación<sup>37</sup>.

Pero es imposible negar que cualquier usuario de redes sociales, más allá de aquello que acuerde en el contrato *click-and-wrap*<sup>38</sup> que celebra con la plataforma, se representa con toda claridad que lo que publica tiene una vocación innata a la viralización.

El problema principal en la sociedad-red es que, al compartir nuestra vida en las redes, se tiene pleno conocimiento de la potencialidad de su viralización, y la consentimos incondicionalmente. En rigor, la cuestión litigiosa no se produce porque la persona se vea sorprendida en su buena fe por la propagación de la imagen o la voz más allá del receptor concreto. La sorpresa (y la afectación) suele darse cuando la replicación del archivo adquiere unas dimensiones mayores de la que se estaba dispuesta a aceptar.

Los ejemplos abundan en los periódicos y aparecen regularmente: una foto, un video, un audio dirigido a un número indeterminado de “amigos” (en el sentido amplio que le dan a la expresión las redes sociales), que corre por las redes y se cuela a los medios de comunicación para sorpresa y consternación de su autor.

El problema principal es que la protección de la privacidad y la intimidad están diseñados para la realidad analógica, para el ámbito de lo físico. Es por eso que la misma noción de privacidad e intimidad incluyen, en la delimitación de sus fronteras específicas, la referencia al consentimiento de quien es el “autor” o el “protagonista” de las imágenes o registros de voz. En la realidad analógica esta frontera es clara, la exclusión de la mirada ajena es, también, un acto físico: la restricción del acceso a terceros a espacios o situaciones que se consideran privados.

Nos encontramos, entonces, ante un escenario paradójico: intentamos proteger la vida privada de personas que han consentido su exposición, y para hacerlo recurrimos a un derecho, el de la privacidad, que cesa, precisamente, por el libre consentimiento de la persona.

37. Navarro Floria, Juan G., “Derechos de la integridad espiritual”, en *El Derecho*, Buenos Aires, ED-CMXXIII-833.

38. Grover Dorado, John (h.), “Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino”, *El Derecho Diario*, Buenos Aires, Tomo 270, 641, ED-DCCLXXVI-347.

En consecuencia, parecería necesario construir un concepto que combine, a la vez, la publicidad de actos privados e íntimos y alguna limitación a esta publicidad.

### 3. EL CONCEPTO DE EXTIMIDAD

Recurrir a un concepto de una ciencia para trasvasarlo a otra implica siempre traicionar un poco (o mucho) su significado original. Éste, sin embargo, es el precio de los análisis interdisciplinarios que, como contrapartida, aportan una mirada diferente a los problemas.

Propongo y pretendo hacer precisamente esto con el término “extimidad”; además, cuento con el aval (o la excusa) de que ya se ha utilizado en relación con el mundo digital<sup>39</sup> y, también, en el Derecho<sup>40</sup>.

Usualmente se atribuye a Lacan la construcción de este neologismo, a pesar de que sólo es posible encontrar un par de referencias aisladas en su obra<sup>41</sup>. En rigor, el término acuñado por Lacan para describir la “exterioridad íntima” fue retomado por Miller, quien dedicó un curso entero al desarrollo del concepto<sup>42</sup>.

Según este último autor, el “término extimidad se construye sobre intimidad. No es su contrario, porque lo éxtimo es precisamente lo íntimo, incluso lo más íntimo –puesto que *intimus* ya es en latín un superlativo– (...) indica, sin embargo, que lo más íntimo está en el

39. Cfr. Tello, Lucía, “Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook”, *Comunicar*, Madrid, v. XXI, n° 41, 2013, pp. 205-213.

40. García Fernández, Dora, “El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad”, *Dereito*, Santiago de Compostela, Vol. 19, n° 2: 269-284, 2010, pp. 269-284.

41. “Quizás lo que describimos como ese lugar central, esa exterioridad íntima, esa extimidad”; Lacan, Jacques, *Libro 7. La ética del psicoanálisis*, Buenos Aires, Paidós, 1990, p. 171; “Esta distribución, su límite íntimo, condiciona justamente lo que en su tiempo, y con más palabras, por supuesto, más ilustraciones de las que puedo hacer aquí, designé como la vacuola, esta interdicción en el centro, que constituye, en suma, lo que nos es más cercano sin dejar de ser exterior. Habría que inventar la palabra *éxtimo* para designar lo que está en juego”. Lacan, Jacques, *De un Otro al otro, El Seminario, libro 16*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 206.

42. Miller, Jacques-Alain, *Extimidad*, Buenos Aires, Paidós, 2010.

exterior, que es como un cuerpo extraño<sup>43</sup>. En su concepción, la extimidad es un rótulo que busca, principalmente, disolver la separación entre lo interior y lo exterior del hombre, es un concepto que hace referencia a esa continuidad<sup>44</sup> y que quiere conjugarlo<sup>45</sup>.

Más allá de la pertinencia del término en el uso psicológico y, si las hay, las eventuales discusiones sobre su adecuación (o, llanamente, su existencia) en los espacios de la psiquis, el término extimidad nos remite al ámbito de la interioridad (en algunos pasajes Miller llega a identificar al inconsciente como un potencial éxtimo) que se devela, que sale de lo íntimo para hacerse ajeno al sujeto; para hacerse objeto.

Tanto Lacan como Miller exploraban este concepto en 1960 y 1986, respectivamente, por lo que no es posible asumir una aplicación expresa de la idea de extimidad, una noción referida al inconsciente humano, a la irrupción de las redes sociales, una realidad de índole sociológica. Esto no estaba, queda claro, en la intención de sus autores, ni tampoco el concepto está estructurado con precisión para describir fenómenos sociales.

Pero la idea de extimidad representa con bastante exactitud la situación a la que se viene haciendo referencia: una intimidad que se hace pública por voluntad o acción de quien es su “propietario” sin que deje de ser, a la vez, parte de su intimidad.

La aplicabilidad de este concepto se hace patente en el mundo de las redes, donde la construcción de exhibiciones de la intimidad es constitutiva a la propia dinámica del ecosistema digital. Desde los primarios *blogs* que tenían la estructura de un diario íntimo *on line*, pasando por Facebook, como paradigma de la conjunción de ese mismo estilo de diario que incorporaba imágenes, hasta llegar, por ejemplo, a Instagram y TikTok, donde la presencia de lo visual en forma de imagen o filmación es casi excluyente.

43. Ob. cit., p. 14.

44. “Si subrayamos el término extimidad, es para marcar que no hay ninguna complementariedad, ningún ajuste entre el adentro y el afuera, y que hay precisamente un afuera en el interior. Esto es lo que se trata de construir, de tornar pensable”, ob. cit., p. 31.

45. Ob. cit., p. 87.

La separación conceptual que permite el concepto de extimidad entre lo íntimo y privado, por un lado, y lo público, por el otro, puede emplearse en el Derecho. Ese espacio intermedio que deja entre ambos y al que se nombra como extimidad, pone en evidencia –en clave jurídica– que puede existir una porción de la realidad que merezca un tratamiento diferenciado. La frontera establecida por el Derecho entre lo público y lo privado puede transformarse en un espacio gradual, y la extimidad apunta a esa continuidad.

Se viene señalando con insistencia en la reflexión sobre la irrupción tecnológica en el individuo un corrimiento (o, incluso, la aniquilación) del espacio de la privacidad: “(...) el mundo occidental atraviesa serias transformaciones que afectan los modos en que los individuos configuran sus experiencias subjetivas. El *homo privatus* se disuelve al proyectar su intimidad en la visibilidad de las pantallas, y las subjetividades introdirigidas se extinguen para ceder el paso a las nuevas configuraciones alterdirigidas”<sup>46</sup>.

No es objeto de este trabajo entrar en la interesante discusión sobre la antropología en las redes y si estas implicarán el fin de la privacidad o su reducción a espacios cada vez más ínfimos, pero lo cierto es que la protección constitucional de la privacidad tal como está estructurada no da cuenta de lo que hemos identificado como extimidad.

Si se recorren los casos en que la Corte Suprema ha delineado el espacio de protección del derecho a la privacidad, no parece que puedan incluirse estas nuevas realidades.

En sucesivos fallos ha abarcado dentro del foco de la privacidad a “la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad (...) (y) otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen”. Esta frase, que se repite en *Sciammaro*<sup>47</sup>,

46. Sibia, Paula, *La intimidad como espectáculo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 127.

47. “El derecho a la privacidad comprende no sólo el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, de modo que nadie pueda 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, y siempre que medie un interés superior en

## EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN...)

---

*Menem*<sup>48</sup>, *Ganora*<sup>49</sup>, *Gutheim*<sup>50</sup> y, recientemente, en *Pando de Mercado*<sup>51</sup>, apunta a dos espacios relacionales concretos del individuo: su esfera de relaciones cercanas (doméstica, familiar y de amistad) y su propia individualidad física (la integridad corporal y la imagen).

El espacio, también relacional, de las redes sociales, en que el individuo comparte voluntariamente su intimidad y privacidad con personas indeterminadas (aunque determinables), parece quedar vacante de protección.

Cuando la Corte Suprema enumera estos aspectos de la privacidad, enfatiza que nadie puede inmiscuirse en ellos y que al Estado le está reservada esta posibilidad sólo cuando medie un interés superior, como se dice en *Franco*<sup>52</sup> o, más estrictamente, cuando esa posibilidad de injerencia esté justificada por ley, como se precisa, por ejemplo, en *R.S.J.*<sup>53</sup> y *S.V.*<sup>54</sup>.

---

resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen” (voto de los Dres. Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, considerando 21), *Fallos*: 330:3685.

48. “El derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen”, *Fallos*: 324:2895, considerando 12.

49. La cita es textualmente idéntica a la que se encuentra en la nota que antecede, *Fallos*: 322:2139 (voto del ministro Boggiano, considerando 11).

50. Ídem nota anterior, *Fallos*: 316:703, considerando 8°.

51. Ídem nota anterior, *Fallos*: 343:2211, considerando 8°.

52. “(...) [N]adie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona, sin violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, y salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen”, *Fallos*: 330:4615 (punto III del dictamen del Procurador General, que la Corte compartió e hizo suyo).

53. “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” (disidencia del ministro Vázquez), *Fallos*: 326:4165, considerando 15.

54. La cita es textualmente idéntica a la que se encuentra en la nota anterior, *Fallos*: 324:975 (voto de los ministros Moliné O’Connor y López, considerando 20).

Pero siempre, sin excepción, en estos precedentes los espacios de privacidad excluidos de la intromisión ajena son aquellos “no destinados a ser difundidos, sin [el] consentimiento [de su titular] o el de sus familiares autorizados para ello”. Cabe preguntarse, entonces, si la información que se comparte en las redes puede incluirse dentro de esta delimitación. Y no sólo por el consentimiento del titular: ni siquiera parecería, por usar la expresión de esta jurisprudencia, que esa información, esa imagen, esa voz “no están destinadas a ser difundidas”. Más bien resultaría todo lo contrario: su propia naturaleza es la difusión.

#### 4. ¿PUEDE LA EXTIMIDAD SER UN “NUEVO” DERECHO?

La extimidad es, como se vio, un aspecto tanto de la interioridad como de la exterioridad del hombre que merece una atención específica del ordenamiento jurídico. Pero para que se pueda considerar al derecho a la extimidad merecedor de la condición de derecho fundamental, de derecho humano, es preciso comprobar ciertos aspectos fundamentales porque “no toda aspiración, por razonable que sea, es un «derecho», sino sólo aquélla que tiene en cuenta el imprescindible «ajustamiento» con las aspiraciones ajenas en la convivencia social”<sup>55</sup>.

En consecuencia, en primer lugar, cabe preguntarse si es posible inferir un derecho humano distinto de los que integran el elenco de los conocidos y reconocidos. En segundo lugar, si esto es así, debemos definir si el derecho a la extimidad tiene la estructura de un derecho fundamental; es decir, si este derecho subjetivo tiene su título en las bases estructurales de la naturaleza humana<sup>56</sup>.

Desde una visión estrictamente formalista, la respuesta a estos interrogantes sería una sola: en el momento en que este derecho sea positivizado obtendrá toda su validez y vigencia. Sin embargo, una perspectiva más ajustada a la naturaleza de las cosas sostiene que la

55. Ollero, Andrés, “Para una teoría «jurídica» de los Derechos Humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n° 35, 1983, p. 105.

56. Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho (el Derecho y los Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 88.

vigencia histórica de los derechos humanos es autónoma a su reconocimiento por las leyes positivas y es posible inferir una obligación jurídica de algún aspecto de la naturaleza humana sin que precise ser reconocido por la ley positiva: el imperativo deóntico surge de la propia naturaleza humana.

La pregunta sobre la posibilidad de derivar “nuevos” derechos, distintos a los que ya están definidos, listados o reconocidos, tiene una importancia fundamental.

De un lado, proponer derechos “nuevos” parecería conspirar contra la misma noción de derechos humanos: si estos cambian, varían o se multiplican, parecería que están sujetos a las vicisitudes del tiempo y, en consecuencia, no son derechos universales, inalienables e indivisibles. Por otro lado, afirmar la posibilidad de ampliar libremente el catálogo de derechos trae la amenaza de su crecimiento descontrolado y el surgimiento de meros intereses particulares con ropaje jurídico que suelen quedar en meras declamaciones ideológicas.

La cuestión, inscripta entre uno de los tópicos más interesantes de la Filosofía del Derecho y la Teoría de los Derechos Humanos, necesitaría una fundamentación que excede por mucho las intenciones, mucho más modestas, de este trabajo.

El profesor Javier Hervada se hace la pregunta sobre la variabilidad de los derechos y concluye, debido a su fundamento en la naturaleza humana, que “representa un criterio constante y permanente”, que éstos no están sujetos al cambio *per se*; sin embargo, da cuenta de la variación fáctica, de que “cualquier tabla actual de los derechos naturales llamados «fundamentales» o «humanos» contienen derechos o aspectos de ellos, apenas mencionados en tiempos anteriores”<sup>57</sup>.

La razón de esto, refiere, no se funda en que los derechos sean variables, sino que lo es su “enumeración concreta”. Esto se debe a varias causas, entre las que señala que: a) es posible profundizar y enriquecer el conocimiento de la naturaleza humana, lo que conduce a un más depurado conocimiento de los derechos correlativos; b) puede existir una variación histórica de los bienes o de los hechos que

57. Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, p. 117.

son el presupuesto de los derechos y c) los diferentes criterios científicos utilizados para la sistematización de los derechos pueden llevar a que algunos aspectos de esta normatividad sean considerados por algunos como derechos autónomos y por otros como incluidos en otros derechos.

Como se ve, a partir de estos criterios, puede encontrarse para el derecho a la extimidad su marco y fundamento.

Una hipótesis con fuertes argumentos es que la sociedad digital ha producido ciertos cambios antropológicos que influyen en la constitución del hombre en su dimensión histórica<sup>58</sup> y, por ende, en la dimensión de los derechos correlativos<sup>59</sup>; en consecuencia, la profundización en el conocimiento de ese “tipo humano digital” y de su estatuto puede traer como consecuencia nuevos derechos ajustados a ese entorno digital.

Esta nueva tipificación antropológica, por su parte, proviene de la novedad cultural que se identifica con la conectividad. El nuevo bien cultural que implica el mundo virtual (y que hoy es casi indispensable) genera nuevas relaciones, no solo interpersonales, sino con la propia “cosa” que es la digitalidad. Y, como sostiene Hervada, nuevos hechos son presupuesto de nuevos derechos.

Estos dos puntos justifican la posibilidad (solo la posibilidad) de que pueda originarse este nuevo derecho, el derecho a la extimidad. Si la constitución antropológica del hombre ha variado por causa de la sociedad digital, si la sociedad-red ha producido nuevos artefactos<sup>60</sup> cul-

58. Escobar, Arturo, “Bienvenido a Cyberia: notas para una antropología de la cibercultura”, *Revista de Estudios Sociales* n° 22, Bogotá, 2005, pp. 15-35; Durán, Ronald, “Ética de la tecnología: acerca de la moralidad de los artefactos técnicos”, *Unisinos Journal of Philosophy*, Rio Grande do Sul, 21(1), 2020, pp. 47-55.

59. El propio Hervada sostiene esta posibilidad siempre que no estemos hablando de la naturaleza propia del hombre, pero sí, para usar la frase orteguiana, “de sus circunstancias”; así, en la obra citada refiere que “[l]a condición histórica puede afectar a la medida de los Derechos Naturales respecto del (...) estado de la persona (...) el tipo humano resultante de la evolución histórica mediante el proceso cultural y civilizador” (ob. cit., p. 124).

60. Sobre la noción de “artefactos” y su influencia, cfr. Monterroza-Ríos, Álvaro David, “El papel retroalimentador de los artefactos en el desarrollo de las técnicas humanas”, *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 11(20), Medellín, pp. 49-65.



turales, es inevitable que surjan nuevos derechos que den cuenta de esta nueva realidad. Si coincidimos en que los derechos humanos surgen de la exigencia de la naturaleza (humana y de las cosas), es razonable que asistamos al nacimiento de nuevos derechos que se deriven de ella.

La tesis que se acaba de despachar en breves párrafos exigiría también una fundamentación mucho más profunda y acabada, que no puede hacerse en las dimensiones escuetas de este trabajo. Empero, aun cuando se dudara de ella, es posible sostener igualmente que el derecho a la extimidad es un aspecto, un desprendimiento del derecho a la privacidad.

Si se repara que el derecho a la privacidad tal como está estructurado, por un lado, no alcanza a cubrir todos los aspectos de la privacidad digital y, por el otro, no es consistente en las respuestas que propone para los conflictos que caen dentro de su ámbito de incumbencia, se impone (siguiendo nuevamente a Hervada) una nueva “sistematización de los derechos”, con diferentes criterios científicos, que dé cuenta y postule ámbitos de protección que se ajusten mejor al marco de la digitalidad.

Los derechos humanos no son nada más (ni nada menos) que “el medio técnico-jurídico, el motor y la armadura, para promover y proteger de manera cualificada los bienes esenciales de la persona”<sup>61</sup>. De ello se sigue que postular la existencia de un derecho a la extimidad diferente a la privacidad tiene, al menos, ese objetivo primordial: proteger mejor ciertos aspectos de la persona que no acaban de encontrar una tutela mejor en otras categorías jurídicas.

### 5. LA EXTIMIDAD COMO DERECHO DISTINTO A LA INTIMIDAD

Los Derechos Humanos son algo más que el simple ropaje jurídico de intereses de individuos aislados; precisan tener una dimensión

61. Toller, Fernando M., “El carisma universitario en la promoción de los derechos fundamentales de la persona”, *Auctoritas Prudentium*, Guatemala, n° 5, 2011, p. 6.

social<sup>62</sup> para constituirse en derechos y no en mero reclamos egoístas. En consecuencia, la apertura al bien común y a la convivencia social son parte constitutiva de su naturaleza<sup>63</sup>.

Es, quizás, por la ausencia de esta condición que los estándares del derecho a la privacidad no terminan de ajustarse a las acciones de los individuos en el ecosistema de las redes sociales.

Como se vio, la defensa de la privacidad parte del presupuesto de que el individuo no presta su consentimiento para que hechos de su vida privada o íntima sean puestos a la luz pública; se vio, también, que invocar esta supuesta falta de consentimiento es, cuando menos, una distorsión de los hechos en el contexto de la digitalidad. Pero por otro lado, tampoco parece posible afirmarse que este consentimiento excluye absolutamente la responsabilidad de terceros y deja inermes a las personas contra los abusos que pueden darse en la viralización descontrolada de su información.

Asimismo, el problema es que, con el prisma del derecho a la privacidad, estas dos opciones se presentan como irreductibles: o se utiliza la ficción de un vicio o defecto del consentimiento (y en ese caso constituirá una violación a la privacidad cualquier hecho tan solo porque el afectado objete esa viralización), o se considera pleno el consentimiento y no habrá espacio para reclamo alguno en ninguna circunstancia. Se estará, en consecuencia, atrapado entre la arbitrariedad del sujeto y su desprotección. El derecho a la extimidad, por el contrario, puede aportar soluciones útiles ante esta dicotomía.

### ***5.1. El consentimiento***

En primer lugar, la demarcación entre el derecho a la privacidad y el derecho a la extimidad puede contemplar y modalizar este consentimiento.

62. Prado D., Maximiliano, "Limitación de los derechos humanos. Algunas consideraciones teóricas", *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 34, n° 1, 2007, pp. 61-90.

63. Poole, Diego, "Bien Común y Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, Navarra, n° 59, dic. 2008, pp. 97-133.

En las redes sociales existen dos niveles de consentimiento. El primero lo constituye el contrato que se celebra en el momento de la creación del perfil en la red social con el propietario de la aplicación (o de la página, o del algoritmo). En este supuesto se aplican las reglas tradicionales sobre la manifestación de la voluntad contractual<sup>64</sup>, y es plenamente válida la discusión sobre la naturaleza y efectividad de estos actos jurídicos. El segundo consentimiento está integrado por el comportamiento de la persona en la red social; para este supuesto son inoponibles las cláusulas contractuales (salvo la violación de las pautas de comportamiento), y las reglas aplicables serán extra-contractuales.

A partir de este deslinde, se pueden establecer ciertas pautas.

Todo lo que corresponde al aspecto contractual de la relación con la red social no cabe dentro de las fronteras específicas del derecho a la extimidad; en los supuestos que correspondan (la utilización de imágenes de la persona por parte de la red social, por ejemplo), estará en juego el derecho a la privacidad.

Por el contrario, en su actividad en las redes estará protegido y enmarcado por el derecho a la extimidad. Dentro de ese marco, el consentimiento cambia de significación.

Como se vio, no es posible afirmar que las personas desconocen la capacidad expansiva de las redes y lo que implica subir a ellas información personal. En consecuencia, el consentimiento a la viralización de lo que se publique allí será, en principio, la regla y, por ello, constituirá una cuestión de prueba acreditar la ausencia o vicio del consentimiento.

La prueba del consentimiento se extiende a varios aspectos, por ejemplo, cuándo la acción expansiva de una imagen constituye un uso ilegítimo de ella. Una persona puede haber compartido una imagen con un círculo más o menos amplio de amistades, conocidos o allegados, sin intención de que esa información se extendiera más allá de esa "frontera" que mentalmente ha fijado; esa delimitación constituye su extimidad y es razonable que el Derecho provea garantías

64. Tomeo, Fernando, "Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-C, 1025, AR/DOC/3469/2010.

para su protección, aunque ese límite debería ser objeto de prueba en el contexto de las capacidades y modalidades de la red social de que se trate y del comportamiento del propio sujeto. De allí que el contenido mismo de lo que se ha viralizado no tenga, en estas condiciones, entidad suficiente para constituir el único criterio para determinar si se han afectado los derechos de la persona.

## 5.2. *Público, privado e íntimo*

El derecho a la extimidad deberá redimensionar el significado propio de lo íntimo y lo privado. En este punto, las reglas se hacen más difusas y precisan de una elaboración concienzuda. Lo cierto es que una determinación con criterios estáticos y prefijados de lo que es íntimo, privado y público, no es acorde con la sociedad red.

En la reflexión académica y la jurisprudencia tradicional del derecho a la privacidad, las pautas de delimitación son suficientemente claras ya que están enfocadas en la libertad de prensa y sus posibilidades de inmiscuirse en la vida privada de las personas con el objeto de informar a la sociedad.

No vamos a extendernos sobre este tema. Basta con referir que, según estos estándares, la privacidad se ve disminuida frente al derecho de prensa debido a la condición de personalidad pública (o la participación en un suceso de interés) de las personas que alega la violación de su privacidad<sup>65</sup>.

Este criterio de delimitación del derecho a la privacidad apunta a la condición de la persona, es decir, se vincula fuertemente con la acción del individuo que, de algún modo, consiente la exposición pública. Ya sea porque pertenece a ámbitos públicos<sup>66</sup> o porque su condición de funcionario público exige que debe estar sometida al escrutinio público<sup>67</sup>, la jurisprudencia asume que esa decisión personal

65. Cfr., entre otros, Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2012.

66. Cfr., por ejemplo, "Boston Medical Group", *Fallos*: 340:1111.

67. Cfr. "Patitó", *Fallos*: 331:1530.

implica de por sí el consentimiento para que se reduzca el ámbito de lo privado.

Sin embargo, en la lógica de las redes sociales, esta potencialidad de convertirse en una persona pública se ha extendido de tal manera que, también, este criterio se ha diluido. En la actualidad, no es necesario asumir una actitud ni cumplir una función específica para obtener esa notoriedad, cualquier acción que se realice en las redes puede colocar a la persona, a veces sorpresivamente, en esa posición<sup>68</sup>.

En síntesis, resultan inaplicables esos criterios según los cuales la condición de privado o público de los actos está referenciado a la condición de la persona. En la actualidad, cualquier acto pueden ser potencialmente público o privado sin importar su contenido ni quién lo emita.

Existe un único límite claro: la obtención de imágenes, grabaciones o filmaciones que se realiza subrepticamente es siempre una intromisión ilegítima. Más allá, corresponderá determinar en cada caso cuándo un contenido es público o privado. Observamos con asiduidad viralizaciones de imágenes en las que se advierte, por su contenido, que la persona tiene conocimiento de que está siendo registrada. Sin embargo, a pesar de que el registro digital muestra este consentimiento, es necesario analizar el caso puesto que en algunas ocasiones no puede extraerse de él que también consintió su publicación en las redes o, si la consintió, si contempló la viralización<sup>69</sup>. Para fijar este límite, el propio contenido del archivo no puede ser el único criterio; ni para admitir ni excluir el consentimiento.

68. Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio Sebastián, “Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores”, *La Ley*, Buenos Aires, 13/07/2020, 10, AR/DOC/1926/2020.

69. Un ejemplo claro de estos casos son los supuestos denominados de “porno-venganza” (cfr. Vaninetti, Hugo A., “Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn”, *La Ley*, Buenos Aires, 2019-B, 777). Por eso, consecuente con lo que aquí se sostiene, me parece incorrecta la denominación, que hoy se postula, de estas acciones como “publicación no consentida de imágenes íntimas” (cfr. Bochatay, Patricio, “La mal llamada «porno-venganza» desde las normas y la justicia”, *La Ley*, CABA, Buenos Aires, 2020 - julio).

Dejemos de lado el rechazo o repulsa que nos provoque una sociedad que no tiene empacho en mostrar y publicar actos que ocurren en la privacidad de las alcobas y los hogares: puede parecernos un retroceso, o la misma decadencia de la sociedad, pero no por ello debemos concluir que esas acciones caen bajo el paraguas de la protección constitucional de la privacidad y deben protegerse en toda ocasión. El Derecho no puede proteger lo que las personas voluntariamente exponen.

Es más, cumpliría el Derecho más acabadamente con su función pedagógica y ejemplar si, en lugar de que la protección constitucional dependa exclusivamente de la voluntad caprichosa del individuo, existieran reglas objetivas sobre los actos que merecen protección y los que no lo merecen. De esa manera, el individuo tendrá conciencia de que sus actos tienen consecuencias y que no le será posible reclamar la reparación o la indemnización sólo porque la voluntaria exposición de su intimidad se expande más de lo que hubiera deseado o porque produjo efectos secundarios que no esperaba. En estas condiciones jurídicas, la decisión del individuo de producir y publicar esas escenas será más meditada.

## 6. ¿QUÉ QUEDA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD?

Esta pregunta constituye una reflexión final necesaria ante la alternativa de postular un derecho a la extimidad con la extensión que aquí se propone. El derecho a la extimidad, podría objetarse, se solapa con el ámbito de aplicación del derecho a la privacidad.

Sin embargo, considero que, por el contrario, la delimitación precisa de ambos derechos puede ser beneficiosa también para el derecho de privacidad.

Esta delimitación merecería un análisis de ambos derechos y de su ámbito de incumbencia que (nuevamente) excede las posibilidades de este trabajo. Sin embargo, en lo que sigue se esbozarán algunas pautas al respecto.

Dentro del marco del derecho a la privacidad se mantendría el principio general de que la publicación de actos íntimos está reservada al consentimiento de la persona. En consecuencia, cuando de

las imágenes o los archivos en discusión pueda determinarse que la persona ignoraba que estaba siendo grabada, no hará falta la prueba sobre la condición de “privado” del acto, tal como se postuló respecto del derecho a la extimidad; todos aquellos actos que por su naturaleza puedan ser considerados tales, lo serán.

También, el derecho a la privacidad servirá como garantía contra el uso económico de la imagen ajena. Estos casos tendrían las mismas consecuencias: el consentimiento no se presume y la condición “objetiva” de íntimos o privados de los actos se presume, salvo prueba en contrario.

Una última consideración. Si bien no forma parte de la tesis de este trabajo y, por lo tanto, no me he detenido en la cuestión, a la luz de la jurisprudencia citada, el lector habrá advertido que los contornos del derecho a la privacidad son en la actualidad bastante dilatados.

Separar el derecho a la extimidad del derecho a la privacidad puede traer, como consecuencia colateral, que el segundo encuentre sus dimensiones adecuadas. La teoría ya citada del profesor Legarre postula el retorno a una “teoría espacial de la privacidad” que vuelva las cosas a su cauce.

Esto parecería una solución adecuada si tenemos en cuenta que, fuera de los casos que ocurren en la virtualidad, hoy se intenta oponer el derecho a la privacidad contra actos que suceden en ámbitos claramente públicos. La impugnación, bajo el paraguas de la privacidad, del uso de video para el control de la seguridad, incluso, en la propia vía pública, es un buen ejemplo de ello. No quiero, en estas últimas líneas, arriesgar una postura: sólo dejar asentado que esa discusión tiene bastante más vetas para explorar que una simple dicotomía entre privacidad y seguridad.

### 7. EXCURSUS: LA EXTIMIDAD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La Constitución Nacional parece dejarnos fácil la respuesta a la creación de nuevos derechos fundamentales: la afirmación del artículo 33, según el cual 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”, parecería ser un aval para predicar cualquier nuevo derecho que pueda inferirse de la naturaleza social del hombre.

Pero este gran aporte de nuestra Carta Magna merece, si queremos ser prudentes, una reflexión superadora que traspase el argumento sofisticado de solo acudir a la “habilitación” constitucional del artículo.

Se propuso aquí la existencia de un derecho, el de la extimidad, que reúne las condiciones para ser considerado un derecho fundamental, un derecho humano. Si esto es así, su recepción legislativa suena como insuficiente, y una reforma constitucional, como desmesurada.

Pero esta no es la única manera en que el texto constitucional se ha desplegado para reconocer derechos fundamentales. La acción de los jueces (y, en especial, de los jueces constitucionales) ha rendido largos y benéficos frutos en este sentido.

Un lugar común sería recordar el nacimiento del amparo, nacido mucho antes que su recepción constitucional en los conocidos fallos *Siri*<sup>70</sup> y *Kot*<sup>71</sup> o el de las acciones de clase a partir de *Halabi*<sup>72</sup>. Pero en rigor, en estos casos la Corte Suprema no reconoció nuevos derechos, sino que ideó nuevas formas para su protección.

Sin embargo, más allá de estos ejemplos notorios, la jurisprudencia constitucional, con la paulatina sedimentación que es esperable de ella, ha extraído en numerosas ocasiones derechos no reconocidos de forma expresa de la Constitución.

Es el caso, por ejemplo, del derecho al honor. Éste no tiene una recepción explícita en nuestra Constitución, salvo por algunas referencias en otros contextos<sup>73</sup>. Sin embargo, la jurisprudencia constitu-

70. Fallos: 239:459.

71. Fallos: 241:291.

72. Fallos: 332:111.

73. Cfr., por ejemplo, el artículo 29: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el *honor* o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.



cional terminó por incluirlo en el elenco de sus derechos, aunque no fue así en un principio. En el caso *Riu*<sup>74</sup>, por ejemplo, se dijo que “el derecho a la libre expresión no confiere inmunidad frente a la admitida existencia de un hecho que agravia al honor, interés humano legítimamente protegido por el Código Penal”<sup>75</sup>. La Corte no consideró, como puede verse, que existía un conflicto de derechos constitucionales sino de un derecho, el de prensa, con un interés legítimo protegido por normas infraconstitucionales.

Esta postura fue confirmada posteriormente en *Fernández Valdéz*<sup>76</sup>, tanto por la mayoría<sup>77</sup>, como por la disidencia, quien, lisa y llanamente, consideró que un interés no podía contraponerse a un derecho (el de prensa) directamente contemplado en la Constitución<sup>78</sup>.

Sin embargo, en el conocido caso *Campillay c/ La Razón*<sup>79</sup>, la recepción constitucional es plena; de hecho, la Corte la admite con una escueta referencia: “(...) la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restante Derechos Constitucionales, entre los que se encuentran el de la integri-

74. Fallos: 265:186.

75. Considerando 4°.

76. Fallos: 284:345.

77. “Que el honor de las personas es un interés humano que la ley penal protege (Fallos: 265:186, cons. 4°), y por virtud de las normas que resguardan la personalidad y la libertad, todo ofendido tiene derecho a la reparación oportuna. Conceder y hacer efectiva esa reparación es función de los jueces. Acatar sus decisiones y colaborar con ellos para realizar la justicia, es deber de todos los ciudadanos, que no puede soslayarse merced a la invocación, no razonablemente motivada, de los derechos incorporados a la Constitución Nacional, ya que la tutela de estos últimos ha de armonizar con las medidas legales pertinentes para la eficaz represión de los delitos” (considerando 13).

78. “Que sin duda es legítimo el interés del ofendido en obtener la difusión del pronunciamiento que deja a salvo su honor. Pero en caso de colisión con el derecho de los editores de publicaciones periódicas de seleccionar libremente el material de ellas, corresponde acordar primacía a este último dado que está directamente garantizado por la Constitución Nacional en su art. 14”, del considerando 6° del voto en disidencia de los ministros Ortiz Basualdo y Cabral.

79. Fallos: 308:789.

dad moral y el honor de las personas (arts. 14 y 33 de la Constitución Nacional)”<sup>80</sup>.

A partir de allí, la recepción es plena, como puede verse en fallos subsiguientes: *Schoklender*<sup>81</sup>, *Abad*<sup>82</sup>, *Zurita*<sup>83</sup>, *Cancela*<sup>84</sup>, entre muchos otros. Recientemente, en el ya citado *Pando de Mercado*, la Corte Suprema explicita: “(...) el reconocimiento y la protección del derecho al honor –derecho fundamental, inherente a la persona humana, en tanto importa la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona– encuentran fundamento constitucional en el art. 33 de la Ley Fundamental y en los tratados internacionales que cuentan con jerarquía constitucional desde su reforma en 1994”<sup>85</sup>.

Como el honor, otros derechos que hoy gozan de indiscutible estatuto constitucional han sido extraídos por la Corte Suprema a partir de interpretaciones que superan el simple texto.

Si bien el honor no se identifica exactamente con el derecho a la extimidad, tienen muchos puntos en común. En el precedente *Martínez de Sucre*<sup>86</sup>, la Corte Suprema lo define como la “estimación que cada persona hace de sí misma como del reconocimiento que los demás hacen de su dignidad”, y agrega que “el ataque al honor se proyecta tanto en el marco interno de la propia persona afectada, e incluso de su familia, como en el ámbito social, y –por lo tanto– profesional y laboral en el que cada individuo desarrolla su actividad”<sup>87</sup>. Además, en la situación actual<sup>88</sup> tiene importantes esferas de

80. Considerando 5°.

81. *Fallos*: 311:1438, considerando 8°.

82. *Fallos*: 315:632, considerando 5°.

83. *Fallos*: 316:3191, considerando 4°.

84. *Fallos*: 321:2637, considerando 8°.

85. Del considerando 7°.

86. *Fallos*: 342:1777.

87. Del considerando 7° del voto concurrente del ministro Rosatti.

88. “En las sociedades contemporáneas el carácter masivo de los medios de comunicación potencia la trascendencia de la libertad de expresión y el rol que cumple para el ejercicio de autogobierno colectivo pero también implica mucha mayor aptitud para causar daños, especialmente al honor y a la intimidad de terceros” (considerando 4°, *Fallos*: 340:1364).

vinculación con las cuestiones que rodean la protección de la información, tal como surge de los precedentes vinculado con el hábeas data<sup>89</sup>.

En consecuencia, el derecho a la extimidad, al fundamentarse sobre las mismas bases de la naturaleza humana que permiten inferir la existencia del honor como un derecho protegido constitucionalmente, tiene allí también su origen. No es, en definitiva, necesaria una recepción en la legislación positiva lo que se precisa, sino el despliegue de estos valores mediante la interpretación constitucional en el contexto fáctico de la sociedad-red.

Tengo en claro que la fundamentación propuesta es deficiente. La estructura básica del argumento que acabo de exponer, es decir, que si es posible extraer el derecho al honor del artículo 33 sin que tenga una recepción constitucional explícita también será viable extraer el derecho a la extimidad puesto que ambos se derivan de los mismos aspectos de la naturaleza humana, merecería una mayor fundamentación.

Es que este razonamiento es endeble y sólo se sostiene si se asume que el derecho al honor tiene la condición de derecho fundamental. Pero para sostener esta afirmación pueden invocarse un par de argumentos. El primero es el de autoridad, según el cual el derecho al honor es un derecho fundamental porque la Corte Suprema así lo ha afirmado y tiene recepción positiva en importantes instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; el segundo precisaría demostrar las razones por las cuales el derecho al honor forma parte de los imperativos deónticos que se desprenden de la naturaleza humana.

Pero extenderme sobre el tema resultaría excesivo para este *excursus*, cuyo modesto objetivo es dejar asentado que la posibilidad de derivar el derecho a la extimidad de la Constitución Nacional sólo precisa de su desarrollo en la interpretación constitucional.

89. Cfr., en este sentido, *Fallos*: 322:259, 322:2023, 328:797, 339:827, entre otros.

## CONCLUSIÓN

La extimidad, como puro hecho de la realidad, existe. La conducta social en los entornos virtuales navega entre esa aspiración a que los contenidos propios se viralicen y el miedo a que esa misma viralización se des controle.

Alegar la protección del derecho a la privacidad ante una mayor viralización que la deseada constituye un uso abusivo del derecho, puesto que la eficiencia de la protección depende exclusivamente de la voluntad de quien realizó la publicación; en estas condiciones es una afectación a la privacidad todo aquello que la persona considere tal. En las variables actuales, no siempre se está protegiendo un derecho sino, muchas veces, las consecuencias no deseadas (aunque contempladas como posibles) de un acto propio, voluntario y consentido.

El derecho a la extimidad puede ser un instrumento conceptual útil para que los meros intereses y la irresponsabilidad no encuentren una garantía jurídica que, en una teoría de los derechos fundamentales consistente y sólida, debe estar al servicio de derechos humanos que protejan aspectos integrales de la persona, ajustados a la convivencia social. El ordenamiento jurídico debe defender los derechos de las personas, no sus egoísmos.

El derecho a la extimidad, tal como se lo propone, permite recurrir a una redefinición del concepto de consentimiento en el contexto de las redes sociales y, en especial, la naturaleza de los actos privados aplicada a la información digital. Una imagen o una voz no tienen, en ese contexto, condición de privados *per se*, sino dependientes de las circunstancias de su producción y publicación.

Toda información puede ser protegida por el derecho a la extimidad... o ninguna.

Dependerá de la conjunción del consentimiento del sujeto y el contenido publicado. O, como explica Miller: “Éxtimo, el seno. Éxtimas, las heces. Éxtima, la mirada. Éxtima, la voz. Basta con esto para indicar que no se trata, en su estatuto introducido por la frustración, de su materialidad”<sup>90</sup>.

90. Miller, ob. cit., p. 38.

### BIBLIOGRAFÍA

- Astelarra, Belén María, "Adolescentes y redes sociales: consideraciones jurídicas sobre la disposición de la propia imagen", *El Derecho - Diario*, Tomo 278, ED-DCCLXXVII-352.
- Basterra, Marcela I., *Derecho a la información vs. Derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2012.
- Bochatay, Patricio, "La mal llamada «pornovenganza» desde las normas y la justicia", *LLCABA* 2020 (julio).
- Calderón Carrero, José Manuel, "Algoritmos de inteligencia artificial con fines de control fiscal: ¿puede el Derecho embridar a las nuevas tecnologías?", *El Derecho Tributario*, marzo 2020 n° 1, ED-CMXIII-759.
- Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura, fin del milenio*, vol. 3, México, Siglo XXI, 2002.
- , *La era de la información*, Vol. I: "La Sociedad Red", México, Siglo XXI, 2002.
- Del Carril, Enrique H., "Los derechos sociales como anomalías. Reflexiones en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano", *Revista de Derecho*, Vol. 8, n° 8, 2007, pp. 227-247.
- Durán, Ronald, "Ética de la tecnología: acerca de la moralidad de los artefactos técnicos", *Unisinos Journal of Philosophy* 21(1), Santiago de Chile, 2020, pp. 47-55. - Escobar, Arturo, "Bienvenido a Cyberia: notas para una antropología de la cibercultura", *Revista de Estudios Sociales* n° 22, 2005, pp. 15.35.
- Faliero, Johanna C., *El derecho al anonimato: revolucionando el paradigma de protección en tiempos de la posprivacidad*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2019.
- Ferreyra, Eduardo, "Reconocimiento facial en el espacio público de CABA y los peligros para los derechos humanos", *LLCABA* 2020 (febrero), AR/DOC/317/2020..
- García Fernández, Dora, "El derecho a la intimidad y el fenómeno de la extimidad", *Dereito*, Vol. 19, n° 2: 269-284, Santiago de Compostela, 2010, pp. 269-284.
- Grover Dorado, John (h.), "Los contratos electrónicos de consumo en el Derecho argentino", *El Derecho Diario*, Tomo 270, 641, ED-DCCLXXVI-347.
- , "Derecho a la privacidad y protección de datos personales en las condiciones de uso y políticas de privacidad de las redes sociales", *El Derecho Diario*, Tomo 268, 609, 2016, ED-DCCLXXVI-59.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Buenos Aires, Ábaco, 2008, p. 117.

- Lacan, Jaques, *De un Otro al otro. Libro 16*, Buenos Aires, Paidós, 2008, p. 206.
- , *La ética del psicoanálisis. Libro 7*, Buenos Aires, Paidós, 1990,
- Legarre, Santiago, "Una teoría espacial de la privacidad constitucional", en Julio César Rivera (h.) *et allí, Tratado de los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.
- Luzza, Yamila Y., "El derecho a la privacidad frente a injerencias estatales en la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos", *La Ley Sup. Penal*, 2019 (octubre), 2019-E, 930, AR/DOC/342/2019.
- Macoretta, Cora S., "Las redes sociales y la incidencia en el ámbito laboral", *El Derecho - Diario*, Tomo 266, 793, ED-DCCLXXV-805.
- Marhaba, Débora y Barocelli, Sergio Sebastián, "Los influencers como nueva forma de publicidad y la protección de los consumidores", *La Ley*, Buenos Aires, 13/07/2020, 10, AR/DOC/1926/2020.
- Martínez de Pisón, José, "Las generaciones de derechos", en Betegón, J. *et alii* (coords.), *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 409-435.
- Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho (el Derecho y los Derechos Humanos)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.
- Mender Bini, Susana Eloísa, "Privacidad y protección de datos personales. Tratamiento de sus vulnerabilidades en los Estados Unidos, Argentina y la Unión Europa (Sesgos, fortalezas y similitudes en su legislación y jurisprudencia)", *El Derecho Diario*, Tomo 288, 2020, ED-CMXXI-637.
- Miller, Jacques-Alain, *Extimidad*, Buenos Aires, Paidós, 2010.
- Monterroza-Ríos, A. D., "El papel retroalimentador de los artefactos en el desarrollo de las técnicas humanas", en *Trilogía Ciencia Tecnología Sociedad*, 11(20), pp. 49-65.
- Navarro Floria, Juan G., "Derechos de la integridad espiritual", en *El Derecho*, ED-CMXXIII-833.
- Ollero, Andrés, "Para una teoría «jurídica» de los Derechos Humanos", *Revista de Estudios Políticos* n° 35, 1983.
- Palazzi, Pablo, "Difusión no autorizada de imágenes íntimas (revenge porn)", *El Derecho Diario*, Tomo 266-837, ED-DCCLXXV-838.
- Poole, Diego, "Bien Común y Derechos Humanos", *Persona y Derecho*, Navarra, n° 59, dic. 2008, pp. 97-133.
- Riquert, Marcelo A., "Las redes sociales como nuevo medio orientador de pesquisas criminales", *LL* 2015-E, 432.
- Sibilia, Paula, *La intimidad como espectáculo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 127.
- Tapscott, Don y Tapscott, Alex *La Revolución Blockchain*, Barcelona, Planeta, 2017.

- Tello, Lucía, "Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook", *Comunicar* n° 41, v. XXI, Madrid, 2013, pp. 205-213.
- Toller, Fernando M., "El carisma universitario en la promoción de los derechos fundamentales de la persona", *Auctoritas Prudentium* n° 5, Guatemala, 2011, pp. 5-29.
- Tomeo, Fernando, "Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil", *La Ley*, Buenos Aires, 2010-C, 1025, AR/DOC/3469/2010.
- Vaninetti, Hugo A., "Difusión no consentida de imágenes íntimas en Internet y las TIC. Acerca del revenge porn", *LL* 2019-B, 777.
- Warren, Samuel y Brandeis, Louis, "The Right to Privacy", 4 *Harvard Law Review*, 193, Dec. 15, 1890.

### *Jurisprudencia*

- Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias* (1992), 7 de abril de 1992, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 315:632.
- Boston Medical Group S.A. c/ Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. y otros s/ daños y perjuicios* (2017), 29 de agosto de 2017, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 340:1111.
- B.R.E. c/ Policía Federal Argentina s/ amparo* (1996), 17 de diciembre de 1996, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 319:3040.
- Campillay, Julio César c/ La Razón y otros* (1986), Corte Suprema de Justicia de la Nación, 15 de mayo de 1986, *Fallos*: 308:789.
- Cancela, Omar Jesús c/ Artear SAI y otros* (1998), 29 de septiembre de 1998, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 321:2637.
- Fernández Valdéz, Manuel Guillermo s/ amparo* (1972), 11 de diciembre de 1972, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 284:345.
- Ferrer, Florentino Clemente s/ inf. art. 189 bis del Código Penal, incs. 3° y 5°* (1990), 10 de julio de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:612.
- Fiscal c/ Fernández, Víctor Hugo s/ av. infracción Ley N° 20.771* (1990), 11 de diciembre de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:1305.
- Florentino, Diego Enrique* (1984), 27 de noviembre de 1984, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 306:1752.
- Franco, Julio César c/ Diario La Mañana y/u otros s/ daños y perjuicios* (2007), 30 de octubre de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 330:4615.

- Ganora, Mario Fernando y otra s/ hábeas corpus* (1999), 16 de septiembre de 1999, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 322:2139.
- Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años - Inc. de apel. de Prieto Guillermo Gabriel* (2009), 11 de agosto de 2009, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 332:1769.
- Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años - Causa n° 46/85* (2009), 11 de agosto de 2009, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 332:1835.
- Gutheim, Federico c/ Alemann, Juan* (1993), 15 de abril de 1993, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 316:703.
- Halabi Ernesto c/ PEN – Ley N° 25.873 – Decreto N° 1.563/2004 s/ amparo Ley N° 16.986* (2009), 24 de febrero de 2009, *Fallos*: 332:111.
- Lucas, Aon y Cárdenas, Eduardo José (Jueces Nac.) s/ avocación (Instalación de una “cámara gesell” –asuntos de familia–)* (1990), 10 de julio de 1990, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 313:626.
- Martínez de Sucre, Virgilio Juan c/ Martínez, José Carlos s/ daños y perjuicios* (2019), 29 de octubre de 2019, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 342:1777.
- Martín, Edgardo Héctor c/ Telearte S.A. y otros s/ daños y perjuicios* (2017), 3 de octubre de 2017, *Fallos*: 340:1364.
- Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/ daños y perjuicios* (2001), 25 de septiembre de 2001, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 324:2895.
- Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios* (2020), 22 de diciembre de 2020, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 343:2211.
- Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros s/ daños y perjuicios* (2008), 24 de junio de 2008, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 331:1530.
- Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.* (1984), 11 de diciembre de 1984, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 306:1892.
- R., S. J. c/ Arte Gráfico Editorial Argentino S.A. y otra* (2003), 14 de octubre de 2003, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 326:4165.
- Riú, Carlos Pedro s/ injurias* (1966), 5 de agosto de 1966, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 265:186.
- Roviralta, Huberto c/ Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios* (2004), 30 de marzo de 2004, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 327:789.
- Samuel Kot S.R.L.* (1958), 5 de septiembre de 1958, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 241:291.
- Schoklender, Sergio Mauricio s/ causa N° 19.889* (1988), 11 de agosto de 1988, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 311:1438.



## EL DERECHO A LA EXTIMIDAD (LA PROTECCIÓN...)

---

*Sciammaro, Liliana c/ Diario El Sol s/ daños y perjuicios* (2007), 28 de agosto de 2007, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 330:3685.

*Siri, Ángel* (1957), 27 de diciembre de 1957, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 239:459.

*S.V. c/ M.D.A. s/ medidas precautorias* (2001), 3 de abril de 2001, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 324:975.

*Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ retención de documento y prueba hemática (incidente de apelación en autos s/ sustracción de menores de 10 años)* (2003), 30 de septiembre de 2003, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 326:3758.

*Viñas Ibarra, Elvira A. c/ Sánchez Loria, Raúl* (1976), 5 de octubre de 1976, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 296:15.- *Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la Ley N° 23.737* (1997), 12 de agosto de 1997, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 320:1717.

*Zurita, Carlos R. c/ Editorial El Liberal S.R.L. s/ daños y perjuicios* (1993), 22 de diciembre de 1993, Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 316:3191.

### ***Normativa***

Constitución de la Nación Argentina, publicada según Ley N° 24.430 (BO 10/1/1995).

