

CONFIGURACION JURIDICA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD I: ORIGEN, DESARROLLO Y FUNDAMENTOS*

Hernán Corral Talciani

Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

I. INTRODUCCION: VIDA PRIVADA Y PUBLICA

La distinción entre un ámbito o esfera de vida privada y un ámbito de actuación pública está presente en los albores de nuestra tradición cultural. Ya Aristóteles concebía claramente como conceptos diferenciados la *oikos* (casa) de la *polis* (comunidad política)¹.

Algunos incluso han pensado que la diferencia entre lo privado y lo público es una característica antropológica que no nos es exclusiva, sino que compartimos con otras especies animales, en las cuales es posible observar también una lucha por preservar un ámbito de exclusividad territorial que se separa del espacio común de lo colectivo².

Sin lugar a dudas esta diferencia entre el ámbito de lo íntimo y el ámbito de lo público, de lo reservado para uno o solo para unos pocos, y de lo que se expone o se permite conocer a todos indiscriminadamente, es una cualidad natural del ser humano, que proviene de su misma conformación como individuo con vocación social. El “no es bueno que el hombre esté solo” (Gén 2, 18) debe conjugarse con el reclamo que lanzaría al ruedo el derecho a la vida privada: “el derecho a ser dejado solo” (*the right to be let alone*)³. Vida personal (privada) y vida social (pública) son dos dimensiones en las que transcurre la existencia humana y es inevitable que entre una y otra puedan existir cruces y enfrentamientos.

Para hacer un bosquejo histórico del origen de la privacidad y su desarrollo en nuestra cultura, debe distinguirse el fenómeno antropológico, la teoría o idea de la intimidad y el concepto de bien jurídico o derecho a la privacidad. No pretendemos hacer una elaboración histórica ni del fenómeno de la privacidad ni de su formulación teórica, sino solo del desarrollo del concepto jurídico. Respecto de las otras facetas, podemos quedarnos con las conclusiones del completo estudio de Ruiz Miguel: “el fenómeno de la intimidad es consubstancial al ser humano, el cual, aun en circunstancias en las que la intimidad resulta obstaculizada,

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación Fondecyt N° 1980066 de 1998, sobre “El respeto a la vida privada ante el Derecho Civil”.

¹ Aristóteles, *La Política*, 1252 y 1253.

² Cfr. Alan WESTIN, “The origins of Modern Claims to Privacy”, en Ferdinand David Schoeman, ed., *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge: Cambridge University Press, 1984, pp. 56-74, quien ha realizado estudios sobre animales que muestran que externamente el deseo de privacidad no es distintivamente humano. Tales estudios muestran, por ejemplo, que virtualmente todos los animales buscan períodos de aislamiento individual o la intimidad de pequeños grupos. Cfr. Judith DECEW, Judith Wagner, *In pursuit of privacy: Law, ethics, and the rise of technology*, Cornell University, New York, 1997, p. 12.

³ La expresión es tomada de un clásico tratado de fines del siglo XIX: Cooley, *On Torts*, 2ª edic., 1888, 29, y que se citaría como el resumen de la idea de un derecho a la vida privada por los norteamericanos Warren y Brandeis que propusieron por primera vez su reconocimiento judicial por las Cortes de Estados Unidos.

descubre nuevas posibilidades para protegerla. La idea de la intimidad no es innata al hombre. En Grecia apenas se atisba. Será con el cristianismo, y de modo singular con la obra de San Agustín, cuando la idea de intimidad se incorporará al acervo de nuestra cultura. El derecho a la intimidad, como tal, es una doctrina de finales del siglo XIX, no creada para defender la propiedad. Sin embargo, ciertas manifestaciones de la intimidad, como la inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, ya tuvieron reconocimiento jurídico en el Derecho romano o en la Edad Media⁴. En los párrafos siguientes nos introduciremos en el forjamiento y desarrollo del concepto de la privacidad como un bien jurídico o derecho.

Ya al comenzar hacemos ver que no existe consenso en la literatura jurídica en los modos de designación del tema que estudiamos. Se sabe que en castellano el término "privacidad" es un anglicismo no aceptado aún por la Real Academia de la Lengua, pero lo cierto es que es usado con frecuencia, incluso en la legislación⁵. Tiene la virtud de ser más amplio que la expresión preferida por los autores españoles: "intimidad", y revela mejor la entidad de bien jurídico a proteger que la simple expresión de "vida privada". Por su parte, la locución "el derecho al respeto de la vida privada" presenta el inconveniente de la falta de concisión. Advertimos a los lectores que en las páginas que siguen se usarán indistintamente estas expresiones, lo que nos parece hace más fluido el discurso y evita la siempre desagradable repetición de palabras idénticas. Nos parece en síntesis que "derecho a la vida privada", "derecho a la intimidad" y "derecho a la privacidad" bien pueden utilizarse como expresiones intercambiables.

II. EL SURGIMIENTO DE LA NOCIÓN DE UN DERECHO A LA VIDA PRIVADA

1. *La defensa propietaria de la vida privada: "La casa del hombre es su castillo"*

Hasta fines del siglo XIX no aparecía en las leyes ni en los escritos jurídicos la vida privada como objeto de especial protección jurídica. Y esto no era porque ella no existiera o no se la considerara como valor digno de respeto y consideración. Más bien lo que sucedía era que, por una parte, las posibles invasiones a la intimidad podían ser repelidas con cierta facilidad por los mismos afectados, y, por la otra, la forma en que podía ser atacada más fuertemente la vida privada era a través de una violación de la propiedad privada.

No es extraño, por lo mismo, que la defensa y tutela jurídica de la vida íntima aparezca como una forma de tutela de un ámbito físico o territorial sobre el cual se ejerce propiedad. Es la invasión de la morada por parte de terceros no autorizados por el propietario la que puede ser reprochada y repelida con diversos mecanismos procesales y sustantivos. En el derecho anglosajón se acuña la máxima *a man's house is his castle* (la casa del hombre es su castillo).

Aparece entonces la figura de la inviolabilidad del domicilio, tanto como garantía constitucional o derecho fundamental, como conducta penalmente tipificada, por la que se castiga el delito de violación domiciliaria.

La comunicación hasta entonces restringida a la correspondencia epistolar aparece también tutelada como derecho de propiedad. Se discute quién tiene el dominio sobre la carta. Y luego aparece como delito autónomo la violación de correspondencia.

⁴ RUIZ MIGUEL, Carlos, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 59.

⁵ Se habla de privacidad en la Ley N° 18.700, Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios: arts. 53.5 y 59; en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, modificada por la Ley N° 19.659, de 27 de diciembre de 1999: art. 37.5; en la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones: arts. 2.6.1 y 2.6.3; en el Reglamento para los establecimientos de rehabilitación de personas dependientes de sustancias psicoactivas (D. Sup. 2.298, Salud, de 1995), arts. 15 y 16, y en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (D: Sup. 518, Justicia, 22 de mayo de 1998): art. 41.

Pero tanto los derechos constitucionales reconocidos en relación con la inmunidad del domicilio y la correspondencia, como las figuras penales típicas, obedecen al deseo de proteger al individuo frente a la amenaza que proviene del Estado.

Para la mayor parte de las amenazas contra la vida privada, entendidas como incursiones de terceros en el ámbito territorial propio, basta la defensa jurídica de la propiedad y los recursos que le son reconocidos por el sistema.

Con mayor razón se da esto, cuando se absolutiza el derecho de propiedad como el derecho fundamental que otorga al individuo la independencia necesaria de la colectividad. En la concepción de Locke, la propiedad es el origen de todos los derechos⁶.

2. *Del paradigma de la propiedad al de la libertad*

La ampliación de la percepción del concepto de intimidad o vida privada como un interés digno de protección con autonomía del derecho de propiedad, parece tener su origen en el pensamiento de John Stuart Mill.

Aunque la expresión "*privacy*" parece haberse empleado antes ocasionalmente, hay acuerdo entre los autores que el sustrato ideológico que compondría la doctrina de la "*privacy*" norteamericana puede encontrarse en la obra de Mill denominada *On Liberty* (1859).

La doctrina de John Stuart Mill intenta ofrecer una nueva visión sobre los límites del poder en un régimen democrático. La amenaza para los individuos ya no la ve Mill en los abusos de un tirano o de una oligarquía, sino en el poder de las mayorías democráticas.

De acuerdo con su posición, la comunidad debe respetar no solo la libertad de opinión sino también la de conducta, es decir, su libertad, su conciencia, sus pensamientos, sentimientos, expresiones, gustos y propósitos. Solo para prevenir el daño a otros puede el poder público interferir con este ámbito de libertad: "*Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign*" ("sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano")⁷.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto Mary Ann Glendon, si bien la idea de libertad individual que propicia la filosofía del pensador norteamericano parece cercana a las ideas fuerzas de lo que puede llamarse el estilo de vida liberal, no son recordadas las razones profundas que llevaban a Mill a defender un ámbito de libertad individual. De acuerdo con su doctrina, la sociedad solo puede progresar sobre la base de hombres que tienen el don del genialidad y de la creatividad en las artes, el pensamiento, la cultura, la ciencia, etcétera. Estas personas, debido justamente a su genialidad, se presentan ante el hombre promedio, ante la masa, como extraños o excéntricos, y pueden padecer un fuerte intento de homogeneización por parte de los poderes sociales. Si no se asegurara a estas individualidades geniales un espacio propio para desarrollar su personalidad innovadora, la sociedad perdería el aporte que ellas podrían reportarle. Es cierto que las concepciones de los hombres y mujeres comunes pueden cambiar de tiempo en tiempo y de lugar en lugar, pero "*they are always a mass, that is to say, collective mediocrity*". Se trata, en consecuencia, no tanto de otorgar a todos los integrantes de la comunidad una esfera de decisión y desarrollo personal ya que la mayoría de ellos no lo necesitan, sino de asegurar esos espacios para que puedan ser utilizados por los líderes que la sociedad necesita. No hay pues una noción igualitarista, sino más bien elitista de la libertad⁸.

⁶ Cfr. LOCKE, John, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, trad. C. Mellizo, Alianza Editorial, Madrid, 1994, N° 44, p. 70: "aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de esta, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad". Cfr. también N° 122, p. 134.

⁷ MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, trad. Pablo Azcárate, Madrid, 1997, p. 68.

⁸ Mary Ann GLENDON, *Rights Talk. The impoverishment of Political Discourse*, The Free Press, New York, 1991, p. 53, señala que aunque las posiciones adoptadas por Mill en el capítulo "*Of Individuality*" respecto a lo que podríamos llamar "*life-style liberties*" son ampliamente aceptadas hoy, los argumentos con los que la apoya han sido olvidados, y merecen ser recordados, ya que son sorprendentemente contrastantes con los sentimientos igualitaristas invocados por la mayor parte de los actuales entusiastas defensores de los derechos.

De este modo, puede señalarse que en la doctrina de John Stuart Mill el ámbito de vida libre se contrapone, no ya al poder del Estado y de la ley, sino al poder del control social, al poder de las masas, del hombre común.

3. *La eclosión del concepto de "privacy": 1890*

Sobre las bases anteriores, la propiedad entendida como ámbito propio en el cual nadie puede entrar sin permiso del titular, y de la libertad como esfera de desarrollo y opción individual, se erige un fenómeno fáctico: la aparición de la fotografía y, con ella, de los medios de prensa y de comunicación masiva a finales del siglo XIX.

Aparece entonces una forma de invasión en lo propio o personal hasta entonces desconocida: las historias e imágenes íntimas pueden llegar a ser "voceadas desde las calles y los tejados". Esta suerte de intromisión no cesaría de diversificarse a lo largo de todo el siglo XX, con nuevos mecanismos de intrusión y difusión de lo privado: desde la intercepción de las comunicaciones telefónicas, pasando por la filmación, grabación y difusión televisiva, hasta el fichaje digital o la registración vía electrónica o cibernética.

La fundación del concepto del un "derecho a la vida privada" tiene autor y fecha cierta. La encontramos en el artículo publicado en *Harvard Law Review* por los jóvenes abogados y compañeros de escuela, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en el número correspondiente al año 1890⁹.

Se estima que fue un incidente familiar que afectó directamente a Samuel Warren, destacado integrante de la aristocracia bostoniana, lo que motivó a este a proponer a su amigo Brandeis la composición del ensayo que alcanzaría fama como uno de los mejores ejemplos de la influencia de los juristas en el desarrollo del Derecho estadounidense¹⁰.

El escrito de Warren y Brandeis parte de la enumeración de los abusos que ellos observan por el desarrollo indiscriminado de la prensa sensacionalista: "La intensidad y complejidad de la vida —escriben—, atendido los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto apartamiento del mundo, y el hombre, bajo el refinado influjo de la civilización, ha llegado a ser más sensible a la publicidad; de modo que la soledad y privacidad han llegado a ser más esenciales para el individuo. Pero las empresas e inventos modernos, invadiendo su privacidad le han producido un sufrimiento mental y angustia mayor que la que se le podría infligir por una mera lesión corporal"¹¹.

La propuesta de Warren y Brandeis consiste en deslindar del resto de los derechos ya reconocidos, especialmente de la propiedad y la libertad, un nuevo derecho que protegería a las personas contra los abusos de los mecanismos invasores de la vida privada. Usando el

⁹ WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, "The right to Privacy", en *Harvard Law Review* 4, 1890, pp. 193-220; hay traducción al castellano: WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, *El derecho a la intimidad*, trad. Pilar Baselga, Civitas, Madrid, 1995.

¹⁰ Cuenta PROSSER, William L., "Privacy", en *California Law Review*, 48, 1960, p. 383, que en 1890 la mujer de Samuel D. Warren era una joven matrona de Boston, que organizaba en su casa eventos sociales en gran escala. Era hija del senador Bayard, de Delaware, y su marido era un joven rico industrial de papel, que solo un año antes había renunciado a la práctica del Derecho para dedicarse por sí entero al negocio heredado. Los diarios de Boston y especialmente el *Sturday Evening Gazette*, especializado en "blue blood items", cubría sus fiestas con detalles altamente personales y embarazosos. El problema vino a su cúspide con ocasión de la boda de una hija, y Mr. Warren se enfadó. Junto con Brandeis redactaron el artículo pidiendo respeto a la vida privada ante los excesos del nuevo periodismo. Prosser comenta: "It was an annoyance for which the press, the advertisers and the entertainment industry of America were to pay a dearly over the next seventy years" ("fue un enojo por el cual la prensa, los anunciadores y la industria de la diversión de América iban a pagar caro en los próximos setenta años"). Prosser se apoya en la biografía de Brandeis (Mason, Brandeis, a free man's life 70, 1946). Sin embargo, el incidente de la boda ha sido puesto en duda, ya que se ha llegado a establecer, releyendo un estudio genealógico de la familia Warren, que en 1890 la hija mayor de este no podía tener más de siete años (habría nacido el 9 de abril de 1884). Cfr. KRAMER, Irwin, "The birth of privacy law: a century since Warren and Brandeis", en *Catholic University Law Review* vol. 39, 1990, 3, p. 709, nt. 45.

¹¹ WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 196.

método del *common law*, Warren y Brandeis no hacen una propuesta de lo que nosotros llamaríamos de *lege ferendae*, sino que argumentan que ya la jurisprudencia de las Cortes estadounidenses se ha pronunciado afirmativamente otorgando su protección, y solo falta unificar y extraer el principio común de una variedad de sentencias que se fundan formalmente en el derecho de propiedad (sobre el uso de publicaciones, el contenido de cartas privadas, notas, etc.) y sin embargo más propiamente protegen “la inviolable personalidad” del autor o artista, en lo que los autores proponen denominar “*the righth to privacy*”.

En el planteamiento jurídico de Warren y Brandeis, subyacen los conceptos de propiedad, entendida a la manera de Locke, y de libertad individual, en la forma expuesta por John Stuart Mill¹². La concepción absolutista de la propiedad que proporciona independencia al individuo (“la casa del hombre es su castillo”), que deriva en libertad para adoptar un estilo de vida divergente de la masa social, permiten a Warren y Brandeis identificar el nuevo derecho que ellos formulan, el derecho a la vida privada, en términos individualistas, y que se refleja en la famosa frase que ellos toman de mano ajena: “*the righth to be let alone*”: el derecho a que los demás me dejen en paz o solo: “Que el individuo debe tener una protección integral en la persona y la propiedad es un principio tan viejo como el *common law*: pero de tanto en tanto ha sido necesario definir nuevamente la naturaleza y extensión de esa protección... Gradualmente, el objeto de estos derechos [a la vida, libertad y propiedad] se ampliaron; y ahora el derecho a la vida ha llegado a significar el derecho a gozar la vida, el derecho a ser dejado solo”¹³.

III. LA EVOLUCION DEL CONCEPTO EN EL DERECHO OCCIDENTAL

1. *El desarrollo de la privacy en el common law estadounidense*

a) Primeras reticencias y consagración en el derecho de *torts*

El artículo de Warren y Brandeis no obtuvo una inmediata repercusión en las sentencias de los tribunales norteamericanos, aunque cada vez debían enfrentarse con más casos en los que una persona se sentía agraviada por una publicación o fotografía indiscreta.

En 1902 la cuestión de la privacidad llegó a un caso de la Corte de Apelaciones de Nueva York, *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*¹⁴, en el cual el demandado había hecho uso de una fotografía de una mujer joven sin el consentimiento de esta para anunciar harina, con la leyenda “La harina de la familia”. En una decisión cuatro contra tres se declaró que el derecho a la privacidad no existía, y que la víctima no estaba protegida contra esa conducta. El resultado inmediato del caso fue un vendaval de pública reprobación y la Legislatura de Nueva York aprobó un estatuto para prohibir el uso comercial de retratos o fotos de una persona sin su permiso¹⁵. Tres años más tarde un caso igual llegó al conocimiento de la Corte Suprema de Georgia (*Pavensich vs. New England Life Insurance Co.*¹⁶), y ahora los jueces rechazaron el precedente de Robertson y reconocieron la existencia del derecho a la *privacy* como lo había descrito Warren y Brandeis. *Pavensich* llegó a ser lo que en el Derecho anglosajón se denomina un “*leading case*” que marcaría el comienzo de una entera línea jurisprudencial.

¹² GLENDON, M. A., ob. cit., pp. 52-53.

¹³ WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 193. En la traducción de Baselga, la famosa frase que Warren y Brandeis sacan de Cooley, *On Torts* 2ª edic., 1888, 29: “*the righth to be let alone*” es traducido por “el derecho a no ser molestado” (ob. cit., pp. 22 y 25). Nos parece que la traducción que proponemos es más fiel tanto a la literalidad como a la intención de la frase. Es el sentido, por ejemplo, que claramente le asigna GLENDON, M. A., ob. cit., p. 58.

¹⁴ 171 N. Y. 538, 64, N. E. 442, 1902.

¹⁵ Cfr. PROSSER, W., ob. cit., p. 385.

¹⁶ 122 Ga. 190, 50 S.E. 68 (1905).

La opinión pública fue también cada más favorable al reconocimiento de este derecho, y gradualmente en los treinta años siguientes se fue formando un cuerpo nutrido de jurisprudencia que, en el campo de lo que nosotros podríamos denominar responsabilidad extracontractual y que en el *common law* es el derecho de *torts*, reconoció una serie de acciones que tenían por objeto proteger a los individuos de intrusiones indebidas en sus asuntos personales. La doctrina fue también ampliamente favorable al nuevo concepto jurídico¹⁷.

La consagración y desarrollo no fue por un único cauce y los casos que sostenían la existencia de un *tort* en relación con la *privacy* eran dispersos y de difícil agrupación. Se referían tanto a los perjuicios derivados por la intrusión de terceros en espacios íntimos, como a la revelación de información reservada, y a la apropiación con fines de lucro del nombre o incluso de la apariencia de la víctima.

El conjunto disímil de sentencias que se sustentaban en el derecho a la vida privada fue objeto de un esfuerzo de sistematización por uno de los mayores expertos en *torts*, el Decano William Prosser. Después de estudiar unos trescientos casos, Prosser llegó a la conclusión de que existían cuatro tipos de violación de la intimidad: intrusión en el aislamiento y soledad de la víctima o de sus asuntos; revelación pública de hechos embarazosos; publicidad que presenta una imagen falsa de la víctima y apropiación lucrativa del nombre o la apariencia del afectado.

Aunque esta visión cuatripartita de la *privacy* ha sido discutida, lo cierto es que mereció consagración semioficial al ser recepcionada en el *Restatement of Torts*, que hasta en sus últimas ediciones mantiene la división¹⁸. Los tratados y manuales de estudio aún la siguen utilizando.

b) La expansión de la *privacy* como derecho constitucionalmente protegido

La palabra "*privacy*" no aparece en el texto de la Constitución norteamericana, por lo que seguramente ni Warren ni Brandeis pretendían fundar su derecho a la vida privada en alguna declaración de nivel constitucional.

Sin embargo, la cuestión se planteó por primera vez casi cuarenta años después de su famoso artículo. La Corte Suprema, uno de cuyos jueces era ahora uno de los autores de aquel trabajo, Louis Brandeis, tuvo que resolver si las grabaciones telefónicas de los oficiales federales violaban el derecho consagrado en la Cuarta Enmienda que protegía a las personas contra allanamientos y pesquisas indebidas (*unreasonable search and seizure*). La mayoría de la Corte estimó que no se violaba esa garantía por cuanto con las grabaciones realizadas con mecanismos modernos no se incurría en una "invasión física" a la persona o propiedad del sospechoso (*Olmstead v. United States*¹⁹).

La decisión fue y ha sido criticada como claramente errónea, pero lo que más influyó de ella es un voto disidente: el voto de Brandeis. Aquí el autor de la *privacy* como concepto propio del derecho de daños o *torts* y dirigido principalmente a evitar abusos de publicidad,

¹⁷ El artículo de Warren and Brandeis fue el primero de una larga lista de trabajos de re-vistas: LARREMORE, The Law of Privacy, 12, COLUM. L. REV. 693, 1912; RANGLAND, The right of Privacy, 17 KY. L. J. 101, 1929; WINFIELD, Privacy, 47 L. Q. REV. 23, 1931; GREEN, The Right of Privacy, 27 ILL. L. REV. 237, 1932; KACEDAN, The right of Privacy, 12 B.U.L. REV. 353, 600, 1932; DICKER, The right of Privacy, 70 U. S. L. REV. 435, 1936; HARPER & MCNEELY, A Re-examination of the Basis for Liability for Emotional Distress, 1938 WIS. L. REV. 426; NIZER, The right of Privacy, 39 MICH. L. REV. 713, 1948; FEINBERG, Recent Developments in the Law of Privacy, 48, COLUMB. L. REV. 713, 1948; LUDWING, "Peace of Mind" in 48 pieces vs. Uniform Right of Privacy, 32 MINN. L. REV. 734, 1948; YANKWICH, The right of Privacy, 27 NOTRE DAME LAW. 429, 1952; DAIMS, What Do We Mean by "Right to Privacy", 4 S.D.L. REV. 1, 1959. Solo muy pocos trabajos cuestionan el nuevo derecho: O'BRIEN, The right of Privacy, 2 COLUM. L. REV. 437, 1902; LISLE, The right of Privacy (a contra view), 19 KY. L. J. 137, 1931. Estos trabajos son mencionados en PROSSER, W., ob. cit., p. 384, nts. 6 y 7.

¹⁸ *Restatement of the Law*, second, Torts 2d, adaptado y promulgado por The American Law Institute, Sn. Paul, Minnesota, 1977.

¹⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928).

anticipa su paso al olimpo de los derechos constitucionales; el *right to be let alone* se convierte en una facultad protegida por la Constitución. Según el voto de Brandeis, la Cuarta y Quinta Enmienda de la Constitución estadounidense aseguran el derecho más general a estar solo, el que ya es concebido como “el más comprensivo de los derechos y el derecho más apreciado por los hombres civilizados”²⁰.

El planteamiento de Brandeis, en esa oportunidad derrotado, tendría una tremenda influencia en el medio académico y forense. Finalmente, su posición sería acogida por la misma Corte Suprema que antes la había descartado. La victoria del concepto constitucional de *privacy* tuvo que esperar, sin embargo, treinta y siete años más: hasta 1965²¹.

Se trata del caso *Griswold v. Connecticut*, en el cual se elevó a la Corte Suprema el examen de constitucionalidad de un *statute* que restringía el uso de contraceptivos.

La Corte estuvo por declarar la inconstitucionalidad, y para ello tomó base de varios casos anteriores en dos líneas que aquí confluyeron: en la primera se protegía a las familias de injerencias externas en sus procesos de decisión²² y en la segunda se protegía a convictos de esterilizaciones forzadas en atención a su libertad personal²³.

La invocación del derecho a la vida privada (*privacy*) no concitó, sin embargo, la unanimidad de los jueces que asintieron en la inconstitucionalidad. Mientras para dos de ellos la protección de la vida familiar y de la libertad personal eran suficiente fundamento de la decisión²⁴, otros cuatro consideraron que era necesario fundar el caso en el derecho a la vida privada.

La opinión principal del juez Douglas sostuvo que existía en la penumbra del texto constitucional “un derecho a la vida privada más antiguo que la misma Carta de los Derechos” y que tal noción protegía las íntimas relaciones entre marido y mujer y la lealtad bilateral de esas relaciones de las interferencias estatales²⁵.

El caso en sí mismo no tenía gran importancia práctica, puesto que Connecticut era uno de los pocos estados que mantenían esta antigua legislación, y por ello el problema era solo si el estatuto debía permanecer como tantas leyes obsoletas hasta que fuera derogado expresamente o si debía ser declarado inválido por inconstitucionalidad²⁶. Por otro lado, aunque se optara por la inconstitucionalidad y la mayoría invocara un derecho a la vida privada, la consagración de dicho derecho seguía haciendo referencia a un ámbito de intimidad en una comunidad: el matrimonio, y no se le concebía como un derecho individual a “ser dejado solo”. Finalmente, cabe precisar que la Corte en este caso no hizo más que aplicar a un caso nuevo los criterios antiguos de que la casa –y más aún el dormitorio– es un ámbito privado en el que el Estado no debe intervenir.

Sin embargo, los juristas y la doctrina construyeron sobre la decisión de *Griswold* una concepción de la *privacy* que iba mucho más allá de lo que el fallo en sí sostenía. De alguna manera, la sentencia servía como precioso instrumento en la batalla ideológico-jurídica que ya se estaba dando en los años sesenta para efectuar una transformación del derecho de familia y de los contornos de la moral pública²⁷.

²⁰ Ibid. 478.

²¹ Con anterioridad, la referencia a intereses privados aparece ocasionalmente en algunos fallos de la Corte Suprema: *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952); *Franck v. Maryland*, 359 U.S. 360 (1959); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²² *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925): derecho de los padres a otorgar a sus hijos enseñanza religiosa; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390, 402 (1923): derecho a que los hijos sean enseñados en lenguaje nativo; *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158, 166 (1944): respeto a “*the private realm*” de la vida familiar en la cual el Estado no puede entrar.

²³ *Skinner v. Oklahoma*, 316 U.S. 535, 541 (1942).

²⁴ Se trata de los jueces J. Harlan y J. White.

²⁵ *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 482 (1965). Los otros tres jueces, Goldberg, Brennan y Warren, hablaron también de un “*right of marital privacy*” que se fundaría en la Decimocuarta y en la Novena Enmienda de la Constitución.

²⁶ GLENDON, M. A., ob. cit., p. 56.

²⁷ Pocos años antes de *Griswold*, quien era entonces decano de la Facultad de Derecho de Harvard, Erwin Griswold ofreció una conferencia que tituló “*The Right to be Let Alone*”, donde señalaba que este derecho era nada

La doctrina estaba preparada, el fallo de Griswold se convertía en el arma necesaria para enarbolarse la concepción del derecho a la vida privada como un derecho de libertad y relativo a individuos, no a ámbitos o comunidades. Faltaba solo una nueva oportunidad; ella llegaría pronto.

c) La *privacy* como derecho individual a la libre decisión personal

En 1972, un estatuto del estado de Massachusetts, que restringía el expendio de contraceptivos a personas casadas, fue elevado a la Corte Suprema para que ejerciera el control de constitucionalidad. Nuevamente, se trataba de una previsión legal de escasa viabilidad, ya que Massachusetts era el único estado de la Unión que conservaba esta restricción. Pero era propicio para que la Corte terminara por acoger la concepción de la *privacy* que prevalecía ya en los principales círculos de la academia.

En *Eisenstadt v. Baird*, la Corte consideró que la *privacy* era un derecho básicamente de individuos: "el derecho del individuo, casado o soltero, para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales en materias tan fundamentales que pueden afectar a una persona, como es la decisión de si un niño debe o no nacer"²⁸.

La recepción de la doctrina de John Stuart Mill, que inspirara en parte a Warren y Brandeis, había sido finalmente llevada a su más completo desarrollo. Los individuos debían gozar de una esfera de autonomía de decisión que les permitiera optar libre y solitariamente lo que consideraran mejor para ellos, despreciando las convenciones sociales²⁹.

Aunque en sí mismo el caso de *Eisenstadt* tenía escaso relieve práctico, este tuvo una pronta repercusión en la sentencia que un año después (1973) levantaría un cúmulo de controversias en los fines del siglo XX y que hasta hoy no cesan. Se trata del caso de *Roe v. Wade* en el que la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre la constitucionalidad de un estatuto que castigaba el aborto.

De alguna manera la Corte ya había tomado un camino en *Eisenstadt*, que la forzaría nuevamente a declarar la inconstitucionalidad de una norma prohibitiva: si un individuo tiene el derecho a decidir si tiene o no tiene un hijo, también puede decidir sobre si el hijo nace o no nace. La Corte sostuvo, así, que el derecho a la vida privada era suficientemente amplio para dar cabida a la decisión de la mujer de interrumpir su embarazo³⁰. Para ello la Corte tuvo que negar la personalidad constitucional del feto, afirmando la opinión mayoritaria del juez Blackmun que la "la palabra 'persona', tal como es utilizada en la Decimocuarta Enmienda, no incluye al no nacido".

La Corte, sin embargo, no se limitó a declarar la inconstitucionalidad del estatuto de Texas que castigaba el aborto, sino que reguló con detalle la forma en que los estados podrían intervenir en la regulación sin incurrir en una vulneración del derecho constitucional de la vida privada. Así, se estableció que ninguna regulación podía dictarse para proteger los intereses del no nacido mientras este no era viable (se fijó el comienzo de la viabilidad en el tercer trimestre del embarazo); que en el segundo trimestre del embarazo solo podían disponerse medidas que tendieran a la protección de la salud de la madre pero sin afectar sus intereses privados, y en el tercero los estados podrían adoptar regulaciones para proteger la "potencial" vida del *nasciturus*, pero solo si tales regulaciones no afectaban la salud de la madre.

menos que el trasfondo de la Carta de los Derechos, una facultad esencial para la integridad y autonomía del individuo, para la vida del "inner man" (GRISWOLD, Erwin, "The Right to be Let Alone", en *55 Northwestern Law Review* 216, 1960) Cfr. GLENDON, M. A., ob. cit., p. 56.

²⁸ *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972).

²⁹ Como dice GLENDON, M. A., ob. cit., p. 57, "*Eisenstadt* no solo marcó la elevación del derecho a ser dejado solo a rango constitucional, sino que representó la aceptación substancial de las ideas de Mill acerca de la libertad de conducta".

³⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

Una serie de casos resueltos con posterioridad han afirmado el derecho de la madre "a ser dejada sola" en la decisión de abortar como un derecho absoluto³¹. Aunque en 1989 frente a una nueva integración pareció que la Corte podía modificar la doctrina de *Roe*, el caso *Webster v. Reproductive Health Services Inc* solo innovó permitiendo que un estado pudiera requerir exámenes para calificar la viabilidad del feto³². El derecho de la mujer a pedir un aborto en cualquier tiempo y contando solo con un médico que asevere un peligro para su salud en el más lato sentido, se mantenía.

Así, podrá afirmarse que en la esfera constitucional *the right to the privacy* llegó a ser el más absoluto de los derechos conocido en el sistema legal estadounidense³³.

Este concepto de *privacy* ha servido también como herramienta para resolver algunos casos relacionados con la tecnología reproductiva³⁴.

En 1986, sin embargo, la Corte pareció darse cuenta que la senda que llevaba al expandir la noción individualista de la *privacy* era arriesgada. Por estrecha mayoría, el Tribunal descartó la inconstitucionalidad de que se acusaba al estatuto de Georgia que castiga la actividad homosexual en el caso de *Bowers v. Hardwick*³⁵. La Corte no se preocupó de señalar por qué en este caso no cabía el "derecho a ser dejado solo", y únicamente se limitó a dictaminar que no existe un derecho constitucional a cometer sodomía.

El fallo ha sido criticado tanto por quienes ven una poco fundada contradicción con *Roe v. Wade* y una falta de profundización de los límites del derecho a la vida privada³⁶, como por quienes protestan ante un retroceso en la labor de la Corte de asegurar un amplio campo de acción para las decisiones personales relativas a la sexualidad, por lo que la homosexualidad debería admitirse como derecho protegido constitucionalmente.

De hecho, las Cortes estatales parecen querer proseguir la labor ya iniciada por la Suprema Corte y llevar hasta sus máximas consecuencias *the right to be let alone*³⁷.

³¹ En *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179 (1973), la noción de salud de la madre es definida tan ampliamente que el aborto se hace de fácil acceso incluso en los meses finales del embarazo. En *Colautti v. Franklin*, 439 U.S. 379 (1979) se declaró inconstitucional una ley que limitaba las elecciones médicas sobre técnicas de aborto, imponiendo aquellas que puedan dar oportunidad para que el niño nazca vivo. En *Thornburgh v. American College of Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), se declaró inconstitucional la entrega de información sobre aspectos como los riesgos del aborto, la posibilidad de recibir asistencia médica y ayuda para el niño. En *City of Akron v. Akron Center for Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), la Corte declaró inconstitucional una ordenanza local que requería un informe de facultativo que diera a conocer a la mujer embarazada el estado de desarrollo del feto y disponibilidad de asistencia por parte de agencias, e imponía un plazo de espera de 24 horas antes de otorgar el consentimiento.

La Corte mantuvo la naturaleza de derecho individual del aborto negando que fueran inconstitucionales las leyes que excluían del financiamiento público a los abortos no terapéuticos: *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977) y *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977).

³² *Webster v. Reproductive Health Services Inc*, 109 S. Ct. 3040 (1989).

³³ GLENDON, M. A., ob. cit., p. 60. Compara esta autora, la *privacy* norteamericana involucrada en los casos de aborto con la misma tendencia hacia la absolutización que caracterizara en otra época al derecho de propiedad (p. 58).

³⁴ Cfr. RAO, Radhika, "Reconceiving privacy: relationships and reproductive technology", en *UCLA Law Review* 45 (1998), 4, pp. 1077-1123.

³⁵ *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

³⁶ GLENDON, M. A., ob. cit., p. 60, señala que la Corte no explica en *Bowers* "por qué trató la actividad sexual entre adultos consentientes en la casa de uno de ellos como menos 'privado' que el aborto de fetos humanos realizado en concurrencias clínicas".

³⁷ Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Georgia en *Powell v. The State*, 23 de noviembre de 1998, 1998 WL 804568 (Ga) ha declarado inconstitucional por atentar contra el derecho a la privacidad, el estatuto que pena los actos de sodomía, los cuales son descritos como "todo acto sexual que envuelve los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra". En el caso, no se había logrado probar que el acusado había cometido violación anal en contra de su mujer de 17 años, por dudarse si esta consintió en el acto. Se le consideró entonces culpable de sodomía. La Corte Suprema de Georgia declara inconstitucional la ley, aduciendo que "es claro que el 'derecho a estar solo' garantizado por la Constitución de Georgia es mucho más extensivo que el derecho a la privacidad protegido por la Constitución de U.S."

2. Transmigración del concepto de "privacy" al Derecho europeo

a) Primeros atisbos

El problema de la invasión del ámbito privado por la invención de la fotografía y la circulación masiva de medios prensa también se hace sentir en Europa a finales del siglo XIX. Los autores suelen citar el incidente provocado por la fotografía de los restos mortales del Canciller alemán Von Bismark, que produce un fuerte dolor a la familia (1898)³⁸. En Francia es conocido el *affaire Rachel* de 1858, en el cual el retrato de la artista tomado en su lecho de muerte es publicado sin autorización de sus parientes³⁹.

De allí que las primeras respuestas legales se refirieran básicamente a la difusión no autorizada de imágenes o de informaciones de carácter personal. En Alemania se prohíbe la publicación o distribución de una imagen privada sin el consentimiento del interesado⁴⁰. En Francia, una ley de 1868 dispone que "toda publicación en un escrito periódico relativa a un hecho de la vida privada constituye una contravención penada con multa de 500 francos" (art. 11)⁴¹.

La construcción de un derecho o interés protegido a la vida privada comienza también a interesar a los autores, dentro del movimiento que da vida al concepto más general de "derechos de la personalidad". Así se citan los primeros trabajos de Cohn⁴² y de Giesker⁴³ de principios de siglo y, más posteriormente, el del italiano De Cupis⁴⁴.

b) Del ilícito civil a un derecho a la vida privada. Dudas y resistencias

Desde los años cuarenta comienza a proliferar en Europa una serie de casos relacionados con la utilización in consentida de fotografías o filmes de actrices o personas conocidas.

En Francia es quizás donde más fácilmente los tribunales aceptan que la vida privada debe ser protegida por sí misma, bastando para ello las herramientas que proporcionan los preceptos generales sobre responsabilidad por ilícitos civiles y principalmente el antiguo artículo 1382 del *Code Napoléon*. El primer caso de este tipo es el resuelto en 1955 por la Cour d'Appel de París sobre una revista (*FranceDimanche*) que había divulgado una relación de la vida de la famosa actriz Marlene Dietrich sin su consentimiento. Dijo la Corte que "*les souvenirs de la vie privée d'un individu appartient à son patrimoine moral*"⁴⁵.

Otras sentencias siguen este mismo derrotero hasta 1970⁴⁶, donde se produce una consagración legislativa del derecho a la vida privada mediante la modificación del art. 9 del

³⁸ Cfr. LINDON, Raymond, *Les droits de la personnalité: une création prétorienne*, Dalloz, Paris, 1974, p. 10, nt. 1.

³⁹ Trib. 1° ins. Seine, 16 de junio de 1858, D. P., 1858, 3, 62. También se menciona el reclamo del escritor Alejandro Dumas hijo, respecto de un retrato expuesto en una muestra de cuadros (Trib. Civ. de Seine 20 de junio de 1884, Ann. prop. ind., 1888, 280). Cfr. CENDON, Paulo, "Profili della tutela della vita privata in Francia", en Bessone M. y Giacobbe, G. (ed.), *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia*, Cedam, Padova, 1988, p. 131.

⁴⁰ Cfr. GLENDON, M. A., ob. cit., p. 61.

⁴¹ La ley fue iniciativa de Emile Ollivier y votada el 11 de mayo de 1868. La disposición desaparecería en la ley de prensa de 1881. Al parecer nunca tuvo aplicación (LINDON, R., ob. cit., p. 11). No obstante, fue inmortalizada al ser mencionada por Warren y Brandeis en su famoso artículo (cfr. WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 214, nt. 1).

⁴² COHN, *Neue Rechtsgüter*, Berlin 1902, cit. por Giacobbe, Giovanni, "Il diritto a alla riservatezza: verso nuovi confini di tutela della persona?" en Bessone M. y Giacobbe, G. (ed.), *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia*, Cedam, Padova, 1988, p. 3.

⁴³ GIESKER, *Das Recht des Privaten in der eigenen Geheimnisphäre*, Zurich, 1905, cit. por Giacobbe, G., ob. cit., p. 3.

⁴⁴ De CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè, reimp., Milano, 1973, t. I, pp. 256 y ss.

⁴⁵ Cour D' Apell de Paris, 16 de marzo de 1955, *Dalloz* 1955, 295. Cfr. FIGONE, Alberto "Il diritto alla riservatezza nell'ordinamento francese", en Bessone M. y Giacobbe, G. (ed.), *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia*, Cedam, Padova, 1988, p. 573.

⁴⁶ Trib. de Grande Instance de la Seine, 18 de marzo de 1966, *Dalloz*, 1966, 566: la fotografía de un hombre y una mujer que aparece ilustrando un artículo dedicado a la prostitución, antes que un hecho ilícito lesiona el

Código Civil francés, operada por la Ley 643/1970. Esta norma establece una clara tutela de la intimidad no solo frente a publicaciones invasivas, sino a todo tipo de investigaciones indiscretas. Sin perjuicio de mantener el régimen de responsabilidad, se faculta al juez para adoptar todas las medidas que sean necesarias para hacer cesar el hecho ilícito y también para evitarlo.

Otra característica del sistema francés de responsabilidad es el de otorgar indemnizaciones simbólicas, consistentes en un franco⁴⁷.

En otros países tanto la doctrina como la jurisprudencia se mostraron dubitativas a reconocer el derecho a la vida privada con autonomía y tutela específica. En Italia por ejemplo la doctrina se dividió en tres grandes corrientes. La primera es la de aquellos que reconocen ampliamente lo que se da en llamar "*diritto alla riservatezza*" como uno de los derechos subjetivos que se conectan a la protección del ser moral de la persona y para cuya construcción normativa basta el recurso a la analogía tomando como base la protección que el Código Civil reconoce respecto del derecho a la imagen⁴⁸. Para una segunda posición, la analogía con el derecho a la imagen debe descartarse y el derecho a la vida privada debiera encontrar su base, sea en los principios generales del ordenamiento jurídico sea en el concepto jurídico de persona cuya tutela comprendería la "*riservatezza*"⁴⁹. Finalmente, una tercera opinión niega que "*la riservatezza*" como tal pueda asumir los contornos de un derecho propiamente tal, y propicia una tutela indirecta a través de distintos mecanismos que, a su vez, eviten la consagración de un "*diritto alla indiscrezione*"⁵⁰.

La jurisprudencia italiana de instancia fue en los comienzos reacia a aceptar la existencia de un propio "*diritto alla riservatezza*". Mientras algunos tribunales la admiten, otros la niegan, si bien la mayoría juzga que debe limitarse el disfrute con fines lucrativos de la esfera privada por parte de sujetos ajenos a ella⁵¹. En 1956, la Corte de Casación rechazó terminantemente la existencia de un autónomo derecho a la vida privada a falta de disposición de ley que lo consagrara. El caso consistía en la reclamación que los herederos del celebre cantante Caruso interpusieron contra los autores de una película inspirada libremente en episodios de la vida del cantante. La Corte sostuvo que "ninguna disposición de ley autoriza a considerar que se haya sancionado, como principio general, el respeto absoluto a la intimidad de la vida privada y menos como límite a la libertad del arte... Cuando el conocimiento de los sucesos de la vida de otro no haya sido obtenido por medios de por sí ilícitos o que impongan la obligación del secreto, no está prohibido comunicar los hechos, sea privadamente a una o más personas, sea públicamente a medios de prensa, de obras teatrales o cinematográficas, de discursos... etc... El simple deseo de reserva [*riserbo*] no ha sido considerado por el legislador un interés tutelable..."⁵².

Una resistencia semejante se vio en el Derecho alemán. Tampoco existía en este ordenamiento una expresa previsión sobre el derecho a la intimidad. Los autores y los tribunales no veían la forma de encontrar una tutela específica a este interés. La "norma pórica" del sistema

derecho de propiedad sobre la imagen; Trib. de Grande Instance de la Seine, 24 de noviembre de 1965, en *Dalloz*, 1967, 451; responsabilidad por captar fotografías con teleobjetivo de la actriz Brigitte Bardot dentro de los muros de su casa; C. de Cassation 12 de julio de 1966, en *Gazette du Palais*, 1966, 2, 187; se ordena el secuestro del periódico que publica una fotografía del hijo del actor Gérard Philipe mientras yace en un lecho de hospital.

⁴⁷ Trib. de Grande Instance de la Seine, 24 de noviembre de 1965, en *Dalloz*, 1967, 451.

⁴⁸ DE CUPIS, A., ob. cit., p. 326 y 258.

⁴⁹ GIAMPICCOLO, Giorgio, "La tutela giuridica della persona umana e il c.d. diritto alla riservatezza", en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1958, p. 471.

⁵⁰ PUGLIESE, "Il diritto alla riservatezza nei diritti della personalità", en *Rivista di Diritto Civile* 1963 I, pp. 614 y ss.

⁵¹ Ver la jurisprudencia citada por GIACOBBE, G., ob. cit., pp. 38-39.

⁵² Cass. 22 de diciembre de 1956, n. 4487, en *Giust. civ.* 1957, I, 5. La sentencia de Cass. 7 de diciembre de 1960, n. 3199, en *Foro it.*, 1961, I, 43, resolviendo sobre un caso en que se reclamaba por aparecer una persona en un filme publicitario alabando un producto con palabras no pronunciadas por ella, la Corte señaló que la ley italiana no tutela un derecho general a la vida privada.

de responsabilidad del *B.G.B.* de 1900 no parecía comprender la responsabilidad por la simple violación de la esfera privada de la vida personal. Según el § 823 “El que intencional o culposamente daña la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otros derechos de otra persona de un modo contrario al derecho, es obligado para con esta a reparar el daño resultante”. El foco de la cuestión se posicionaba sobre cómo entender la frase “otros derechos”. Los tribunales y la doctrina estimaron por largo tiempo que en estos “otros derechos” no cabían los llamados derechos de la personalidad. La protección de las publicaciones abusivas e invasivas a la vida privada debía someterse a los límites de una legislación especial⁵³.

c) La influencia constitucional y de los tratados internacionales

Después de la Segunda Guerra Mundial, las Constituciones democráticas que se dictan en los antiguos países del eje consagran un especial derecho al desenvolvimiento de la personalidad. Así, la Constitución alemana de 1949 señala en el art. 2 (1) que “todos tienen el derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad en tanto no se violen los derechos de otros ni se ofenda el orden constitucional ni la moral”. La Constitución italiana por su parte contiene una norma semejante en el art. 2⁵⁴.

Por otra parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales aprobado en 1950, si bien no menciona el derecho al desarrollo de la personalidad de todo individuo, establece claramente “el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia” (art. 8.1).

Estas disposiciones producen una reflexión que lleva a reformular las categorías civiles desde los principios constitucionales e internacionales relativos a los derechos humanos. Es así como en 1954 el *Bundesgerichtshof* sostuvo por vez primera que la interpretación tradicional del § 823.1 del *B.G.B.* debía ser revisada si se leía la expresión “otros derechos” a la luz del art. 2 de la Constitución de Bohn⁵⁵. Esta jurisprudencia se afirmó en la década de los años 50 del siglo XX⁵⁶. De esta forma, se entendió que había acción de responsabilidad para proteger a las personas contra la publicación o revelación no autorizada de materiales íntimos, como cartas privadas o informaciones de carácter médico.

Más tarde la jurisprudencia se ha fijado en los abusos que la informática puede ocasionar en relación con la vida privada. Es así como el *Bundesverfassungsgericht* denegó un censo federal por cerca de cuatro años por los potenciales abusos que se percibían en ciertas disposiciones de la Ley de Censos del año 1982 (“*Volkszählungsurteil*”), y que podían generar en el uso de la información requerida en perjuicio de la personalidad⁵⁷. En una famosa sentencia, el Tribunal desarrolló, sobre la base del derecho general de la personalidad, el derecho a la autodeterminación informativa, es decir, “el derecho o capacidad de cada persona como consecuencia de la idea de la autodeterminación, a decidir ella misma cuándo y dentro de qué límites o márgenes se pueden revelar circunstancias personales de la vida”⁵⁸.

En Italia, la consideración de las normas constitucionales e internacionales parecen también haber suscitado un giro en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aunque más matizado y leve. Se mantiene la negativa a considerar el *diritto alla riservatezza* como un

⁵³ Cfr. GLENDON, M. A., ob. cit., p. 62.

⁵⁴ Dice la norma que “La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, sea como individuo [*singolo*], sea en las formaciones sociales donde se desarrolla [*svolge*] su personalidad y requiere el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social”.

⁵⁵ *Bundesgerichtshof* Decision de 25 de mayo de 1954, 15 BGHZ 334.

⁵⁶ *Bundesgerichtshof* Decision de 26 de noviembre de 1954, 15 BGHZ 249; 2 de abril de 1957, 24 BGHZ 72; 14 de febrero de 1958, 26 BGHZ 349, y 18 de marzo de 1959, 30 BGHZ 7. Cfr. GLENDON, M. A., ob. cit., p. 63.

⁵⁷ La masiva recogida de datos (160 preguntas) destinados a su procesamiento electrónico, hizo sospechar a algunos sectores de la sociedad que no había finalidades estadísticas sino más bien de control por parte del Gobierno.

⁵⁸ Sent. Corte Const. Fed. 65, 1/42.

derecho autónomo tutelado por el ordenamiento jurídico italiano, pero en 1963 se proclama la protección de un derecho al desenvolvimiento de la personalidad que se ve agraviado si se difunden hechos de la vida privada sin autorización: “Debe admitirse la tutela –dice la Corte– en el caso de violación del derecho absoluto de la personalidad entendido como derecho *erga omnes* a la libertad de autodeterminación en el desarrollo de la personalidad del hombre como individuo. Tal derecho es violado si se divulgan noticias de la vida privada que, por su naturaleza, deban considerarse reservadas...”⁵⁹. De esta forma concluye la Corte que la violación de la vida privada como hecho lesivo del derecho absoluto de la personalidad produce la obligación de reparar los daños en el sentido del art. 2043 del Código Civil italiano. Es de observar que el fallo de la Corte de Casación, aparte del art. 2 de la Constitución, recurre a la autoridad del art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Finalmente, en 1975, la Corte de Casación admite la existencia del derecho a la vida privada. La Corte enumera tres posibles concepciones de la intimidad; dos de ellas son rechazadas, una por ser demasiado estrecha (intimidad meramente doméstica) y la otra por ser demasiado amplia (reserva de cualquier injerencia). La Corte señala compartir “una concepción intermedia” que “puede identificarse en las fórmulas que hacen referencia a una cierta esfera de la vida individual y familiar, a la ilesa intimidad personal en ciertas manifestaciones de la vida de relación, a todos aquellos acontecimientos, esto es, cuyo carácter íntimo viene dado por el hecho de que ellos se desarrollan en un domicilio ideal, no materialmente ligado a los tradicionales refugios de la persona humana (los muros domésticos o la correspondencia)”⁶⁰.

En Francia, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue ratificada en 1949. En cambio la Convención Europea de los Derechos Humanos solo fue ratificada en 1973. Es en esos años (1970) cuando se reforma el Código Civil para consagrar expresamente el derecho de cada uno a su vida privada (art. 9).

Antes, en 1966, se había dictado el nuevo Código Civil de Portugal, donde se establece una completa regulación de los derechos de la personalidad, y entre ellos el “*direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*” (art. 80 CC).

Hace excepción a esta recepción, el Derecho inglés, que se ha mantenido renuente a acoger la protección de la privacidad como un derecho que pueda tener su expresión en un *tort* específico y diferente a otras formas de ilícitos tradicionales. La reciente aprobación como derecho interno de la Convención Europea de Derechos Humanos podría significar un vuelvo en esta posición negativa.

d) El derecho a la vida privada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha debido conocer de reclamaciones que estiman violada la norma del art. 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que proclama el derecho de la persona a su intimidad en su vida privada y familiar, así como a su domicilio y correspondencia. De acuerdo a esta norma, se prohíben todas las intervenciones de la autoridad pública, salvo aquellas que estén previstas por la ley y constituyan una medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad pública o nacional, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás.

⁵⁹ Cass. 20 de abril de 1963, n. 990, en *Giust. civ.*, 1963, I, 1280. La Corte prosigue diciendo que ello sucede “a menos que no subsista un consentimiento siquiera implícito de la persona deducido de la actividad en concreto desarrollada, o bien, atendida la naturaleza de la misma actividad y del hecho divulgado, no subsista un interés público prevalente de conocimiento, que debe considerarse con respecto a los mencionados deberes de solidaridad inherentes a la posición asumida por el sujeto”.

⁶⁰ C. Cass. 27 de mayo de 1975, n. 2129, en *Dir. fam. pers.*, 1976, 611. Cfr. FIGONE, Alberto, “Il diritto alla riservatezza nella giurisprudenza italiana”, en Bessone, M. y Giacobbe, G., ob. cit., pp. 378-567.

Los fallos principales dicen relación con reclamaciones deducidas por particulares frente a injerencias de las autoridades estatales que, aunque se han realizado de conformidad al Derecho interno, son tachadas de violar el derecho a la vida privada garantizado por la Convención. El Tribunal ha tratado de ir diseñando una doctrina para entender cuándo la injerencia es lícita y cuándo transgrede los límites razonables y llega a lesionar indebidamente el derecho. Así, por ejemplo, ha señalado que si las atribuciones de un organismo estatal (en el caso la Administración de Aduanas francesa) son tan amplias que puede fijar, sin necesidad de orden judicial, la oportunidad, el número, la duración y las operaciones de control sobre el domicilio del afectado, se transgrede el derecho a la vida privada (*Funke v. Francia*, sentencia de 25 de febrero de 1993). Sin embargo, ha señalado que registros domiciliarios, retenciones de personas e incluso toma de fotografías como parte de un operativo para combatir al terrorismo están justificados (caso *Murray v. Reino Unido*, sentencia de fecha 28 de octubre de 1994).

También ha debido sentar criterios sobre la forma en que pueden ser autorizadas escuchas telefónicas. En el caso *Kruslin v. Francia*, de 24 de abril de 1990, señaló que los procedimientos para interceptar las conversaciones telefónicas debían fundarse en “una ley de singular precisión”. El Tribunal no consideró suficientes las garantías que otorgaba la legislación francesa para legitimar el grave ataque a la vida privada que representan estas intromisiones. Además, el Tribunal ha señalado que el sistema de *comptage* (procedimiento de control de las llamadas por el cual se registran los números marcados por un aparato) queda comprendido en la garantía de la vida privada (caso *Malone*, de 27 de septiembre de 1983). En relación con el derecho de los procesados privados de libertad o detenidos también proceden restricciones a la vida privada que permiten la injerencia en su correspondencia, pero con limitaciones y restricciones sopesadas sobre el principio de la proporcionalidad (así los casos *Golder*, de 21 de febrero de 1975; *Silver*, de 25 de marzo de 1983; *Cambell y Fell*, de 28 de junio de 1983; *Boyle y Rice* de 27 de abril de 1988 y *Schonenberger y Durmaz* de 20 de junio de 1988).

La jurisprudencia del Tribunal Europeo no suele incursionar en la vida privada entendida como poder para adoptar decisiones personales sobre el campo sexual. En un caso en que la intimidad y la libertad sexual estaban mezcladas por tratarse del derecho del Estado (Inglaterra) a sancionar actos colectivos de sadomasoquismos practicados en un recinto privado entre adultos consintientes, el Tribunal Europeo dictaminó que la injerencia del Estado estaba justificada y que no cabía hablar de violación al derecho de la vida privada (caso *Laskey, Jaggard y Brown v. Reino Unido* de 19 de febrero de 1997).

3. *El derecho a la vida privada en el ámbito latinoamericano*

En 1948, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se adelantó a la Declaración Universal de la O.N.U. y estableció en su art. 5 que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley, contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. En 1969 se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos, y en ella aparece consagrada de manera negativa el derecho a la privacidad: “Nadie debe ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación” (art. 11).

El derecho recibe una importante afirmación civil en Argentina. La Ley 21.173, de 1975, introduce el art. 1071 bis al Código Civil, por el cual se sanciona al que “arbitrariamente se entrometiere en la vida privada”.

También el Código Civil de Bolivia recepciona este nuevo derecho, y establece que “nadie puede perturbar o divulgar la vida íntima de una persona” (art. 18).

Las Constituciones americanas han recogido explícitamente este derecho. La Constitución de Venezuela fue una de las primeras en declarar que “toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada” (art. 59). Más reciente-

mente, las Constituciones de Brasil (art. 5.X) y de Perú (art. 2.7) garantizan la "intimidad" de las personas. A ellas hay que añadir la Constitución chilena de 1980 que explícitamente consagra el derecho al respeto y protección de la vida privada de la persona y su familia (art. 19 N° 4).

IV. FUNDAMENTACION Y CRITICA AL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

1. *La fundamentación liberal: la soberanía del individuo*

Ya desde su inicio una parte de la concepción de la privacidad ha sido entendida como una forma de expresión de la primacía de los intereses individuales por sobre las pretensiones de la sociedad, que calza con el liberalismo político de cuño individualista. Hay una cierta uniformidad de pareceres en señalar que la inspiración ideológica que constituye el sustrato del surgimiento de la *privacy* norteamericana y su posterior desarrollo pasando del campo de *torts* a los del ámbito constitucional, es la concepción política de John Stuart Mill cristalizada fundamentalmente en su famoso opúsculo *On liberty* publicado en 1859.

En realidad, gran parte de los tópicos del discurso liberal moderno: la tolerancia, el valor de la diversidad, la libre expresión, la relatividad de la verdad moral, la inviolabilidad del individuo, etc., están presentes en este libro, que, aunque ha sido acusado de falta de rigor intelectual, contiene un planteamiento especialmente persuasivo que, sin lugar a dudas, ha influido en el forjamiento del discurso de batalla del ideario liberal.

Si hay que buscar predecesores, pareciera que la vertiente arranca en Immanuel Kant y su noción del sujeto de derechos y la inviolabilidad de la personalidad, canalizado por Wilhem von Humboldt, cuya obra es citada con admiración por Mill⁶¹.

El objeto de Mill es plantearse el clásico tema de la relación entre libertad individual y poder colectivo, bajo un nuevo *prima*. Para Mill la cuestión de la libertad de las personas no radica solo en su independencia de la intervención que puedan tener en sus vidas los órganos del aparato del Estado. La opresión de una autoridad política tiránica no es la única posible de concebir en las sociedades modernas. Existe también la tiranía de la opinión pública, de las fuerzas vivas de la sociedad, en principio enemigas de todo lo que pueda transgredir los férreos cánones en los que se encuadra el comportamiento individual. Dice Mill, en este sentido, que si la mayoría se erige en tirano, "ejerce una tiranía social más formidable que muchas opresiones políticas, ya que si bien, de ordinario, no tiene a su servicio penas tan graves, deja menos medios de escapar a ella, pues penetra mucho más en los detalles de la vida y llega a encadenar el alma"⁶². Esta tiranía se manifiesta en la costumbre cuyo "despotismo...es en todas partes el eterno obstáculo al desenvolvimiento humano"⁶³ Por ello la libertad implica la protección no solo contra los excesos de poder del gobierno sino defensa contra las aspiraciones de control social que tienden a "ahogar el desenvolvimiento y, si posible fuera, a impedir la formación de individualidades originales y a obligar a todos los caracteres a modelarse sobre el suyo propio"⁶⁴.

Para ello el pensador británico ve como un instrumento indispensable consagrar la más amplia libertad de discusión, de manera que ninguna forma de opinión pueda ser reprimida aunque se alegue que sea errónea o peligrosa para los demás. En primer lugar, porque cuando se reprimen opiniones se corre el serio riesgo de que se impida la difusión de doctrinas que son verdaderas; en segundo lugar, porque aun cuando se trate de verdades conviene que ellas

⁶¹ Cfr. GLENDON, M. A., ob. cit., p. 71.

⁶² MILL, J. S., ob. cit., pp. 61-62.

⁶³ MILL, J. S., ob. cit., p. 146.

⁶⁴ MILL, J. S., ob. cit., p. 62.

sean discutidas y contradichas para que sus sostenedores comprendan sus fundamentos y su alcance: "la fatal tendencia de la humanidad a dejar de pensar en una cosa en cuanto deja de ser dudosa, es causa de la mitad de sus errores"⁶⁵. Finalmente, en tercer lugar, alega Mill que con la libertad de pensamiento y expresión se posibilita que las doctrinas se complementen e *enriquezcan mutuamente por los elementos de verdad que cada una de ellas posee, y que salen a la luz gracias al choque y la confrontación entre ellas*. Pone como un ejemplo de esta conclusión el caso de la doctrina moral cristiana que, según Mill, fue más bien una reacción negativa contra el paganismo que una moral positiva y omnicompreensiva, por lo que esta debe ser complementada por "aquellos valores seculares (llamados así a falta de nombre más adecuado), los cuales hasta ahora coexistían y suplementaban la ética cristiana"⁶⁶.

Afirmada la necesidad de la libre discusión de las ideas para impedir el control social, Mill avanza un paso más: no solo el ser humano ha de poder sostener cualquier opinión, sino que además ha de poder actuar conforme a las opiniones que profese. De la libertad de expresión debe transitarse a la libertad de acción: "De igual modo que es útil, en tanto la humanidad sea imperfecta, que existan diferentes opiniones, lo es que existan diferentes maneras de vivir"⁶⁷. Esta libertad de forjar el proyecto individual de la vida es no solo necesaria para el bienestar social sino para el pleno desenvolvimiento de las facultades humanas: "El que deje al mundo, o cuando menos a su mundo, elegir por él su plan de vida no necesita ninguna otra facultad más que la de la imitación propia de los monos. El que escoge por sí mismo su plan de vida, emplea todas sus facultades"⁶⁸. Constata Mill que el valor de la originalidad no es apreciado por la generalidad de los hombres, por lo que debe argumentarse para demostrar la utilidad que presenta para la sociedad la existencia de una libertad amplia de acción, que pueda desmarcarse de las costumbres y modos de hacer predominantes. En su visión, la primera utilidad que esta libertad produce es que permite que florezcan individualidades que pueden servir de ejemplo e inspiración para las masas que suelen tender a la mediocridad. Además, aun cuando los hombres de actuar "original" no sean especialmente dignos de ejemplo, proporcionan una valiosa ayuda para quebrar la presión social por uniformar los comportamientos y ahogar la diversidad: "el mero ejemplo de disconformidad, la mera repulsa a hincar la rodilla ante la costumbre es en sí misma un servicio. Precisamente porque la tiranía de la opinión es tal que hace de la excentricidad un reproche, es deseable, a fin de quebrar esa tiranía, que haya gente excéntrica... El mayor peligro de nuestro tiempo se muestra bien en el escaso número de personas que se deciden a ser excéntricas"⁶⁹.

No descuida Mill en su ensayo el problema de los límites a la libertad del desenvolvimiento de la individualidad. Todo un capítulo de su obra se refiere a esta cuestión. En general, el planteamiento aquí se centra en la idea de perjuicio y lesión a los derechos de los demás. Según Mill, la injerencia de la sociedad no puede justificarse en el perjuicio que una persona se cause a sí misma por los actos que ella libremente asume. En cambio, existe esa justificación cuando los actos de una persona causan perjuicio a los intereses de los demás, si esos intereses han sido declarados legalmente o tácitamente entendidos como derechos⁷⁰. No

⁶⁵ MILL, J. S., ob. cit., p. 111. Acepta, sin embargo Mill, que después de la discusión pueda venir un universal reconocimiento sobre la verdad de una doctrina, aunque de todas formas señala como una desventaja que equilibra los beneficios de ese general asentimiento, la pérdida de la necesidad de explicar o defender esa opinión de sus contradictores (p. 112).

⁶⁶ MILL, J. S., ob. cit., p. 120. De lo contrario, señala Mill, "resultará, si no está resultando, un tipo de carácter bajo, abyecto y servil, que si puede someterse a lo que se llama Voluntad Suprema es incapaz de elevarse a la conexión de la Suprema Bondad o de simpatizar con ella" (pp. 120-121).

⁶⁷ MILL, J. S., ob. cit., p. 127.

⁶⁸ MILL, J. S., ob. cit. p. 130. Agrega que "en proporción al desenvolvimiento de su individualidad, cada persona adquiere un mayor valor para sí mismo y es capaz, por consiguiente, de adquirir un mayor valor para los demás" (ob. cit., p. 136).

⁶⁹ MILL, J. S., ob. cit., p. 142.

⁷⁰ MILL, J. S., ob. cit., p. 152. "Los actos de un individuo pueden ser perjudiciales a otros, o no tener la debida consideración hacia su bienestar, sin llegar a la violación de ninguno de sus derechos constituidos. El ofensor puede entonces ser justamente castigado por la opinión, aunque no por la ley" (p. 153).

obstante, su concepto de perjuicio no es todo lo preciso que sería de desear, y es más amplio de lo que podría pensarse: así por ejemplo sostiene que existe perjuicio por la conducta individual de alguien que lo lleve a descuidar los deberes para con su familia o con el público⁷¹; asimismo, habría perjuicio no solo cuando efectivamente se cause un daño, sino también cuando existe “un riesgo definido de perjuicio, sea para un individuo o para el público”⁷²; incluso llega a afirmar sin titubeos que ciertos actos que, si bien desarrollados bajo reserva son inmundos, no lo son “si se ejecutan con publicidad”, ya que “constituyen una violación de las buenas costumbres y, cayendo dentro de la categoría de ofensas contra los demás, pueden ser justamente prohibidos”⁷³.

Aunque el escrito de Warren y Brandeis no contiene mención expresa de la doctrina de Mill, es un lugar común sostener que el esfuerzo por construir un derecho a la privacidad se fundamenta en la idea de que el individuo debe verse libre de toda injerencia del control social. Warren y Brandeis habrían aplicado la doctrina liberal de Mill a un sector en ese momento relevante de injerencia social: los medios de prensa. Según Warren y Brandeis, la “*privacy*” es una manifestación del principio general de la “*inviolate personalliy*”⁷⁴. Sin embargo, el ensayo de Warren y Brandeis, en su letra, no es plenamente fiel a la ideología liberal de Mill. En ningún momento funda el derecho a la intimidad en el derecho a la originalidad individual y de apartarse de los cánones de moralidad social como quisiera Mill. Al contrario, puede señalarse que el alegato de los juristas norteamericanos es de algún modo moralizante: es un esfuerzo por impedir que los medios de prensa enturbien el ambiente moral de la sociedad de su tiempo⁷⁵. De allí que no tengan inconveniente en afirmar que el derecho a la intimidad tiene limitaciones, y que ellas pueden fundarse en el interés público⁷⁶.

Parece dudoso, en consecuencia, conectar directamente a Mill el surgimiento del derecho a la intimidad en los Estados Unidos y su desarrollo posterior inmediato en el campo de la responsabilidad civil (*torts*). En cambio, el giro que el concepto de “*privacy*” adquiere cuando se le considera desde el punto de vista constitucional como una prohibición de injerencia de las normas jurídicas en ámbitos de decisión personal, es claramente tributaria de la concepción individualista de John Stuart Mill. Es aquí donde el derecho a la intimidad pasa a transformarse en una zona de autonomía que se garantiza al individuo para que la sociedad no pueda interferir con sus cánones y estándares comunes y vividos por la masa colectiva. Adquiere así un significado diferente la famosa frase del juez Coolley de que el hombre tiene derecho a ser dejado solo (*the righth to be let alone*), que si bien es invocada por Warren y

⁷¹ MILL, J. S., ob. cit., p. 161.

⁷² MILL, J. S., ob. cit., p. 162. Reconoce Mill que puede haber casos en que la autoridad o un particular deban intervenir para prevenir los efectos dañinos de un crimen: “La función preventiva del Gobierno es, sin embargo, mucho más expuesta a abuso, en perjuicio de la libertad, que la función punitiva, pues difícilmente podrá encontrarse una parte de la legítima libertad de acción de un ser humano, que no admita ser fundadamente considerada como favorable a una u otra forma de delincuencia. No obstante, si una autoridad pública, y hasta una persona privada, ven a uno que evidentemente se prepara para cometer un crimen, no están obligados a contemplarlo inactivos hasta que el crimen se haya cometido, sino que pueden intervenir para evitarlo” (p. 181).

⁷³ MILL, J. S., ob. cit., p. 184. Continúa Mill señalando que “De esta especie son las ofensas a la decencia, sobre las cuales es innecesario insistir, tanto más cuanto solo indirectamente se relacionan con nuestro asunto, ya que la publicidad es con igual fundamento objetable en el caso de muchos actos no condenables en sí ni tenidos por tales”.

⁷⁴ WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 205. Más adelante agregan: “no se divisa en qué principio puede fundarse el derecho a restringir la publicación y reproducción de las llamadas obras artísticas o literarias, sino es en el derecho a la privacidad, como una parte del más general derecho a la inmunidad de la persona, el derecho a la propia personalidad” (p. 207).

⁷⁵ La preocupación fundamental de los autores era un problema moral: “la prensa está transponiendo en todas las direcciones los claros límites de la propiedad y de la decencia” (WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 196). En el mismo sentido, escriben más adelante que “si usted no puede reproducir el rostro de una mujer en una fotografía, cuánto menos debe ser tolerado que se reproduzca su rostro, su figura, y sus acciones, para descripciones gráficas subidas de tono destinadas a satisfacer una imaginación burda y depravada” (p. 214).

⁷⁶ WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 214.

Brandeis para graficar su oposición a la invasión periodística, pasa ahora a simbolizar de una mejor manera el pensamiento político que ve en la persona una individualidad que mientras más se aleje de la comunidad menor puede realizar su libertad y su independiente personalidad. Una vez comprendido de esta manera el derecho a la intimidad, la idea arrastra inevitablemente la noción de intimidad en el campo de la responsabilidad. Ultimamente y frente a los problemas planteados por la tecnología informática y el procesamiento de datos personales, el derecho a la intimidad aparece fundado en la autonomía informativa, lo que viene a refrendar su parentesco con *el self-control* del que escribía Mill en 1859.

2. La visión colectivista. La crítica de Marx

Para una visión ideológica opuesta al liberalismo ético y político, como es el colectivismo marxista, la idea de un ámbito privado en el que el individuo se mantiene aislado y al margen de los intereses de la comunidad no es garantía de libertad, sino más bien la fórmula por la cual la sociedad burguesa sutilmente mantiene la opresión bajo un espejismo de libre decisión.

Karl Marx no pudo vérselas con el concepto de derecho al respeto a la vida privada, así elaborado, pero sí con su raíz anterior que era el derecho de propiedad, entendido en la época justamente como un ámbito de acción en la cual el particular no debía sufrir injerencia alguna por parte de la comunidad política. La propiedad era garantía de la libertad. Solo respetando el derecho absoluto de propiedad podía existir la libertad del individuo y este librarse de las determinaciones y coacciones de la autoridad pública.

La misma retórica de los derechos humanos es denunciada por Marx en un escrito de 1844 como funcional a los intereses de los opresores. Así puede escribir sobre la noción liberal de los derechos del hombre: "Registremos, ante todo, el hecho de que los llamados derechos humanos, los *droits de l'homme*, a diferencia de los *droits du citoyen*, no son otra cosa que los derechos del *miembro de la sociedad burguesa*, es decir, del hombre egoísta, del hombre separado del hombre y de la comunidad"⁷⁷. De acuerdo con este planteamiento los derechos humanos y la libertad no serían más que el medio por el cual se disgrega al hombre de sus compañeros, para anular su potencia subversiva de las estructuras de poder ya consolidadas sobre la base de una imagen de "hombre ciudadano" que participa en las decisiones políticas como una idea general y sin llegar a identificarse con el ser humano particular y concreto.

La crítica a la formulación liberal de los derechos humanos, como medios para supuestamente fortalecer al individuo al tiempo que se lo deja inerme frente al control de los poderosos separándolo de la clase social a la que pertenece, es clara y categórica: "Ninguno de los llamados derechos humanos, va, por tanto, más allá del hombre egoísta, del hombre como miembro de la sociedad burguesa, es decir, del individuo replegado en sí mismo, en su interés privado y en su arbitrariedad privada, y disociado de la comunidad. Muy lejos de concebir al hombre como ser genérico, estos derechos hacen aparecer, por el contrario, la vida genérica misma, la sociedad, como un marco externo a los individuos, como una limitación de su independencia originaria. El único nexo que los mantiene en cohesión es la necesidad natural, la necesidad y el interés privado, la conservación de su propiedad y de su persona egoísta"⁷⁸.

⁷⁷ MARX, Karl, "La cuestión judía", en Marx, Karl y Engels, Friedrich, *Sobre la religión*, Hugo Assmann edit., Ediciones Sígueme, Salamanca 1974, pp. 124-125. La cursiva es del original.

⁷⁸ MARX, K., ob. cit., pp. 126-127. Agrega Marx que "ya es algo misterioso el que un pueblo que comienza precisamente a liberarse, que comienza a derribar todas las barreras entre los distintos miembros que lo componen y a crearse una conciencia política, que este pueblo proclame solemnemente la legitimidad del hombre egoísta, disociado de sus semejantes y de la comunidad (*Déclaration* de 1979); y más aún que repita esta misma proclamación en un momento en que solo la más heroica abnegación puede salvar a la nación y viene, por tanto, imperiosamente exigida, en un momento en que se pone a la orden del día el sacrificio de todos los intereses en aras de la sociedad burguesa y que el egoísmo debe ser castigado como un crimen (*Déclarations des droits de l'homme*,

En la doctrina de Marx la libertad en la concepción liberal individualista no emancipa al hombre, sino que lo confina en una prisión de aislamiento: “el derecho humano de la libertad no se basa en la unión del hombre con el hombre, sino, por el contrario, en la separación del hombre con respecto al hombre. Es el *derecho* a esta disociación, el derecho del individuo delimitado, *limitado* a sí mismo”⁷⁹. Es imposible no conectar esta frase con el derecho a ser dejado solo en que se basa la concepción individualista liberal del derecho a la intimidad.

Según Glendon, los planteamientos críticos de Marx a la concepción individualista de los derechos humanos, basados en la sociabilidad natural del hombre, han ayudado que en Europa, a través de los partidos socialistas, laboristas, socialdemócratas y social cristianos, se hayan atemperado los efectos del individualismo radical⁸⁰.

3. *La crítica feminista*

Un sector del feminismo norteamericano ha acusado que la retórica del derecho a la *privacy* envuelve una forma encubierta de mantener el desequilibrio entre los sexos. En una línea similar a la argumetación marxista contra los derechos individuales se plantea que la distinción entre lo público y lo privado funciona como un mecanismo de control social que tiende a legitimar la primacía del varón y la subordinación de la mujer.

La separación entre una esfera pública y una privada ha sido objeto de numerosos estudios de autores que pueden incluirse en el movimiento feminista. Así se mencionan los trabajos de Susan Moller Okin, Zillah Eisenstein y Juan Bethkle Elstain⁸¹. La idea central de estos estudios es que la separación conceptual entre un ámbito público y uno privado sostenido por el pensamiento liberal es uno de los fundamentos del dominio del varón sobre la mujer. La distinción entre lo privado y lo público es, según la visión feminista, una teorización de la distinción entre familia y Estado, entre casa y ciudad, y en último término del dominio que se acuerda al hombre y del dominio que se acuerda a la mujer. Según Eisenstein, por ejemplo, aunque la diferencia entre el ámbito público y el privado han variado según las sociedades históricas, hay un común denominador que permanece, y así aunque la diferencia entre familia y Estado no se desarrolla sino cuando se establece la sociedad burguesa, en la sociedad feudal también se reconocía que el dominio público como masculino y el dominio privado como femenino. Para Eisenstein, “no hay un significado constante de los términos público y privado más allá que su diferenciación sexual...”⁸²

De esta forma, la idea que preside al Estado liberal de reservar la zona de privacidad para la familia y el ámbito doméstico, por una parte excluye a las mujeres de su participación en la esfera pública para recluirlas entre los muros del hogar, y por la otra las somete a la subordinación constante frente al macho, ya que por definición se pretende que el Estado no puede tener injerencia dentro del ámbito privado o familiar. La subordinación de la mujer se revela en el ámbito privado que parece inaccesible a cualquiera cosa más allá del mismo. Las instituciones propias de la privacidad mantienen a las mujeres domesticadas, aisladas, y por tanto política e ideológicamente silenciosas. Así lo sostiene Catherin Mackinon, para quien la

etc., de 1795). Pero este hecho resulta todavía más misterioso cuando vemos que los emancipadores políticos rebajan incluso la ciudadanía, la *comunidad política*, al papel de simple medio para la conservación de estos llamados derechos humanos; que, por tanto, se declara al *ciudadano* servidor del *hombre* egoísta, se degrada la esfera en que el hombre se comporta como comunidad por debajo de la esfera en que el hombre se comporta como un ser parcial; que, por último, no se considera como *verdadero y auténtico* hombre al hombre en cuanto ciudadano, sino al hombre en cuanto burgués”.

⁷⁹ MARX, K., ob. cit., p. 125. La cursiva es del original.

⁸⁰ GLENDON, M. A., ob. cit., p. 70.

⁸¹ Los trabajos son citados por Dahlerup, Drude, “Conusing conceptos – confusin reality: a theoretical discussion of the patriarchal state”, en Showstack, Anne (edit.), *Women and the State. The shifting boundaries of public and private*, Unwin Hyman, London, reimpr. 1989, p. 104.

⁸² EISENSTEIN, Zillah, citado por Dahlerup, D., ob. cit., p. 105.

idea jurídica de privacidad da por supuesto que en la esfera privada existe equiparidad entre varones y mujeres, y “a través de esta perspectiva, el concepto legal de privacidad puede y ha amparado el lugar de la agresión, de la violación marital, y de la explotación de la labor doméstica de la mujer”⁸³.

Se asegura así que la “*darker zone of privacy*” es un campo potencial de dominación, degradación y humillación física de las mujeres y otros seres indefensos.

Asimismo, se piensa que hay intereses económicos en esta conformación ideológica, ya que si el cuidado de los niños, incluyendo la salud, es solo responsabilidad de los padres, y normalmente atribuible solo a las madres, las oportunidades de vida y educación de muchos niños no privilegiados serán marginales⁸⁴.

Se oponen por esto a la fundamentación que se da al aborto como un derecho fundado en la *privacy*, ya que ello significa solamente que el aborto es un asunto con el que la mujer debe hacer frente sin ayuda o apoyo de la colectividad. De esta manera, el fallo de la Corte Suprema que se negó a declarar la inconstitucionalidad de una ley que excluía al aborto de los programas médicos federales⁸⁵ se presenta como consecuente con el fallo de *Roe v. Wade* en que se sentó la privacidad de la mujer respecto a la terminación de un embarazo⁸⁶.

La visión negativa que el feminismo más combativo tiene del derecho a la intimidad no es compartida en forma general. Hay quienes piensan que el identificar la distinción entre lo público y lo privado con la diferencia de sexos es una generalización que no se condice con la realidad. Se ha podido comprobar que en el forjamiento de la ideología liberal, si bien la mujer era ubicada en el ámbito familiar (privado), el varón no era conminado a vivir en el ámbito público y también estaba presente en la esfera de la familia: “En la teoría liberal, la nueva esfera pública fue una esfera para varones jefes de hogares. La esfera pública fue integrada por los hombres, pero también la familia. Las mujeres tenían una esfera, los hombres, al menos, dos”⁸⁷.

De esta manera, hay quienes se autoproclican feministas pero lejos de negar valor al derecho a la intimidad para la emancipación de la mujer, lo ven como una herramienta para su mejor desarrollo sin perjuicio de la necesaria intervención que debe tener la autoridad estatal para evitar la violencia y la discriminación de la mujer en el ámbito reservado del hogar. Judith DeCew, por ejemplo, concluye que “Podemos estar en desacuerdo con la visión que niega valor a la diferencia entre las esferas pública y privada, pero a la vez podemos apreciar la importancia de restringir el poder gubernamental sobre los individuos tanto hombres como mujeres. Las mujeres tienen un rol en la preservación de la privacidad a pesar de que el hecho es que puede ser una fuente de peligro para ellas”⁸⁸.

Entonces, la cuestión no parece ser desautorizar sin más el discurso de la vida privada, sino encontrar criterios racionales para decidir cuándo el poder público puede intervenir y cuándo no debe hacerlo, y cómo esa intervención o la ausencia de ella puede favorecer la posición de la mujer, tanto en la familia como en las demás esferas en las que se desarrollan sus potencialidades como persona⁸⁹.

⁸³ MACKINNON, Catharine, “Feminism, Marxism, Method, and the State. Toward Feminist Jurisprudence” en *Sins: Journal of Women in Culture and Society* 8 (1983), pp. 635-658, citado por Schoeman, Ferdinand David, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, U.S.A., 1992, p. 14.

⁸⁴ Cfr. SCHOEMAN, F., ob. cit., p. 14.

⁸⁵ *Harris v. McRae*, 448 U. S. 297 (1980).

⁸⁶ Dice MACKINON, C., ob. cit., p. 192: “las mujeres fueron dotadas de un derecho al aborto como un privilegio privado, no como un derecho público... La mayor parte del control que las mujeres ganaron con la legalización ha ido directamente a las manos de los hombres —maridos, doctores, o padres— y lo que permanece en las manos de las mujeres es ahora materia para reclamación intentada a través de la regulación”.

⁸⁷ DAHLERUP, D., ob. cit., p. 105.

⁸⁸ DECEW, Judith, ob. cit., p. 90.

⁸⁹ Sostiene DAHLERUP, D., ob. cit., p. 108, que “En la presente discusión de la distinción público/privado, dos puntos de vista son presentados: uno es que la intervención del Estado fomenta la opresión de la mujer; la otra es que el Estado, dejando las relaciones intrafamiliares en la esfera ‘privada’ contribuye a la continuación de la

No obstante, permanece como válida la crítica al planteamiento liberal del derecho a la vida privada que denuncia que aísla a las mujeres del entorno social. En este sentido, la crítica feminista reproduce en términos similares la crítica marxista de que el lenguaje de la *privacy* lo que hace es sacar a la mujer de la verificación colectiva y del apoyo del Estado: “Cuando una mujer es segregada en lo privado, separada a la vez la una de la otra, un derecho a esa privacidad aísla a las mujeres unas de otras y de los recursos públicos”⁹⁰. A lo que esta interpretación feminista agrega que “este derecho a la vida privada es un derecho de los hombres ‘a ser dejados solos’ para oprimir a las mujeres una a una”⁹¹.

4. *La crítica del análisis económico del Derecho*

La corriente de pensamiento que busca identificar criterios de solución a los problemas de colisión entre intereses jurídicos en conflicto a través del análisis de los costos y beneficios económicos de cada decisión, ha también considerado el derecho a la intimidad como un objeto en el que la Escuela llamada *Law and Economics* tiene algo que decir.

Uno de los principales exponentes de esta corriente de pensamiento jurídico, el profesor de la Universidad de Chicago, Richard Posner, le ha dedicado a la materia un destacado artículo.

La visión de Posner parte por desmitificar el derecho a la vida privada planteando que esta no es más que un bien económico que todos tenemos conjuntamente con otro: el de la curiosidad. Estos dos bienes son entendidos por Posner no como fines en sí mismos, sino como bienes intermedios para lograr otros fines⁹².

Enseguida sostiene que la “demanda por información privada” es comprensible cuando una relación actual o potencial, sea comercial o personal, crea oportunidades de ganar para el demandante, lo que es obvio para el inspector del Servicio de Impuestos, para el novio, para el conviviente, acreedor y competidor, entre otros buscadores de información. Incluso estima comprensible la curiosidad casual por las vidas de amigos y colegas, ya que ella nos permite formarnos una imagen más adecuada de aquellos, y el conocimiento así obtenido es útil en nuestro trato social⁹³.

Asegura que incluso la información basada en chismes que existe en la prensa actual y que Warren y Brandeis deploraron como “curiosidad ociosa” tiene su justificación, ya que existe en el público una demanda por ese tipo de información que les provee de modelos de vida y conducta. La oferta no crea la demanda, afirma Postner, y detrás de esta relación “prensa del corazón” curiosidad del público ve una relación económica expresada en los siguientes términos: “Hay aparentemente muy poca privacidad en las sociedades pobres, donde, consecuentemente, la gente puede fácilmente observar de primera mano la intimidad de las vidas de otros. La vigilancia personal es un lujo en las sociedades ricas, porque la gente vive en condiciones que les proporcionan altas cotas de privacidad de tal observación y porque el valor (y por tanto el costo de oportunidad) del tiempo es mayor –demasiado grande para merecer una asignación de tiempo para mirar a los vecinos. La gente de las sociedades ricas vio un método alternativo de informarse sobre cómo viven los demás y la prensa lo proveyó. Una función legítima e importante de la prensa es proveer especialización de la curiosidad en las sociedades donde los costos de obtener información han llegado ser demasiado altos para el ‘fiscón [Nosey Parker]’”⁹⁴.

opresión de la mujer. Este desacuerdo lleva a una conclusión: que la discusión debe ser más específica respecto a cuál tipo de Estado está interfiriendo, en cuál tipo de sociedad. Mi conclusión desde esta breve discusión es que en vez de un debate genérico sobre la distinción entre lo público y lo privado, preferiría estudios específicos sobre el objeto y el contexto de la acción gubernamental y sus consecuencias para la posición de la mujer”.

⁹⁰ MACKINON, C., ob. cit., p. 194.

⁹¹ MACKINON, C., ob. cit., p. 194.

⁹² POSNER, Richard A., “The right of privacy”, en *Georgia Law Review*, 12 (3), 1978, p. 394.

⁹³ POSNER, R., ob. cit., p. 395.

⁹⁴ POSNER, R., ob. cit., p. 397.

Niega Posner que deba concederse un derecho de propiedad (o control para evitar que se difunda) sobre aspectos de la vida privada. Esta información suele ser la que desacredita a su titular, y muy a menudo el motivo por el que se desea que permanezca reservada es tergiversar la imagen de uno en una transacción, o al menos explotar esa ocultación en beneficio propio, como por ejemplo si un hombre oculta a su novia que es estéril. Según Posner, así como se estima una solución incorrecta e ineficiente el permitir que un vendedor oculte o distorsione la información sobre la cualidad del objeto vendido, así lo es también la pretensión de que una persona pueda mantener la exclusividad de información personal que interesa a otros con los que está tratando: "La gente se vende a sí misma tanto como sus bienes"⁹⁵. No le parece respuesta suficiente que exista un derecho a la privacidad o a ser dejado solo: "No es una respuesta que tales individuos tengan 'el derecho a ser dejados solos'. Muy poca gente quiere ser dejada sola. La gente quiere manipular el mundo a través de la revelación selectiva de hechos acerca de sí mismos"⁹⁶.

Sin embargo, una cosa es negar la exclusividad de la información y otra la de declarar lícitos todos los medios para obtenerla. Según Posner debe mantenerse la prohibición de acceso a terceros de las comunicaciones, de las cartas y documentos personales y del mismo hogar, donde son mayores los costos de permitir la publicidad de lo que ocurre en ella que el mantener la privacidad. Por ejemplo, si se hicieran públicas todas las comunicaciones más que incrementar el conocimiento de los terceros se obtendría solo que las comunicaciones fueran más formales y menos efectivas en cuanto tales⁹⁷.

Posner sintetiza su postura en que un derecho a la privacidad, sustentado en la eficiencia económica, debería 1) otorgar protección a los secretos de negocios o comerciales por los cuales los hombres de empresa explotan su superior conocimiento o habilidades; 2) no conceder, en general, esa protección a los hechos personales de la gente como mala salud, mal carácter, sobre los cuales no podrá otorgarse un derecho de exclusividad, aunque sí para prevenir su descubrimiento mediante métodos indudablemente intrusivos, y 3) limitar, tanto como sea posible, las escuchas comunicacionales y otras formas de vigilancia intrusiva a la vigilancia de actividades ilegales⁹⁸.

Termina previniendo que los legisladores no debieran ampliar la privacidad de los particulares, sino más bien la de las sociedades, organizaciones y empresas, ya que esta amenaza es contraria a lo que debería esperarse si las consideraciones de eficiencia fueran las que inspiraran la legislación sobre privacidad⁹⁹.

La teoría de Posner es útil para comprender alguno de los mecanismos que pueden llevar a buscar soluciones racionales en los conflictos envueltos en el derecho a la intimidad, pero no parece que pueda fundarse en ella todo el funcionamiento de la teoría. Se le ha criticado que incluso su análisis es inconsecuente, pues si bien concluye que la privacidad, esto es, el ocultar información personal es un bien económico, excluye que el titular pueda tener un derecho de propiedad sobre él¹⁰⁰. Además, se denuncia que haciendo del elemento diferenciador, para dar protección al secreto de ciertas información, el que el secreto incentive la inversión en la producción de una información socialmente valiosa, se sale del campo meramente económico para expresar un juicio de valor¹⁰¹. La crítica de fondo es que el estudio de Posner no logra capturar el significado de la privacidad como un valor final, y no como un

⁹⁵ POSNER, R., ob. cit., p. 399.

⁹⁶ POSNER, R., ob. cit., p. 400, admite, sin embargo, que cuando se trata de información que no es desacreditadora, como por ejemplo el ser visto desnudo, puede otorgarse exclusividad, ya que la reticencia en mostrarla no es fuente de costo social y presenta costos de transacción bajos.

⁹⁷ POSNER, R., ob. cit., pp. 401-402.

⁹⁸ POSNER, R., ob. cit., pp. 434.

⁹⁹ POSNER, R., ob. cit., p. 452.

¹⁰⁰ BLOUSTEIN, Edward, "Privacy is dear at any price: a response to professor Posner's Economic Theory", en *Giorgia Law Review* 12, 1978, p. 440, se pregunta por qué Posner rechaza en este aspecto el libre mercado.

¹⁰¹ BLOUSTEIN, E., ob. cit., p. 441.

mero instrumento económico: “el mercado –escribe su contradictor Blounstein– nos dice algo sobre la realidad social pero está lejos de decírnoslo todo y, frecuentemente, está lejos de decírnos lo suficiente”¹⁰².

5. *La fundamentación postmoderna: la dignidad humana*

Como alternativa a la explicación liberal originaria fundada en el poder soberano del individuo para determinar su conducta por sobre los lineamientos de la masa social, aparece en la segunda mitad del siglo veinte una fundamentación del derecho a la vida privada que conecta con la idea de dignidad del ser humano.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, señala en su art. 1º que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad”, lo que es repetido por muchos textos internacionales y constitucionales, como la Constitución alemana (art. 1º) y la chilena (art. 1º).

De allí que pase a ser una doctrina fuertemente recurrida la que basa el respeto que se debe a los individuos humanos a que ellos son por sí mismos “dignos”, tienen “dignidad” y de esa dignidad emerge para los demás y para la sociedad un deber de protección y respeto que se impone por sobre valoraciones utilitaristas.

La vida privada de la persona parece entonces un elemento o un ingrediente de esa dignidad que posee todo ser humano por el hecho de ser un fin en sí mismo, y nunca meramente un medio para el logro de objetivos medidos con criterios de utilidad ajenos a la realización personal del mismo sujeto.

En el ámbito estadounidense se ha defendido en forma precisa que es el principio de la dignidad humana el que proporciona el fundamento común y real de la protección que goza la intimidad a través del Derecho de *torts* (responsabilidad civil) como en la legislación particular, especialmente la de carácter penal. Se recuerda ya que Warren y Brandeis hablaron del principio de la “*inviolate personality*”¹⁰³ para apuntar al centro de lo lesionado por las actividades de la prensa sensacionalista y chismosa que ellos denunciaban. El desarrollo del concepto de intimidad se ve ligado entonces al valor preeminente de la libertad y la dignidad del ser humano. Ha sido Edward Blounstein, profesor de la Universidad de Nueva York, quien ha mantenido esta posición. En su opinión, cuando se produce una lesión de la privacidad, “el daño se infiere a nuestra individualidad, a nuestra dignidad como individuos, y el remedio legal representa una reivindicación social del espíritu humano que ha sido amenazado más que una recompensa por la pérdida sufrida”¹⁰⁴. De esta forma, no hay diferencia entre el principio sobre el que se basa la articulación de los demás hechos productivos de responsabilidad (*torts*) que también se refieren a la dignidad e individualidad del hombre de las invasiones a la privacidad; la diferencia solo está en los medios a través de los cuales se lesiona esa dignidad. En el ámbito de la intimidad, la dignidad se ve amenazada a través de la intrusión física en la intimidad personal o por el uso de técnicas de publicidad para convertir en espectáculo público lo que es un comportamiento privado.

Esta posición se manifiesta en contra de la visión de la privacidad que ofrece la Escuela de *Law and Economics*, ya que considera que justamente el bien de la vida privada, aunque pueda contener un componente económico, es fundamentalmente un valor de otra categoría: “La autoestima que aflora del derecho a la vida privada es un valor único y no susceptible de cambio”¹⁰⁵.

¹⁰² BLOUSTEIN, E., ob. cit., p. 442.

¹⁰³ WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 205.

¹⁰⁴ BLOUSTEIN, Edward, “Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean Prosser”, en *New York University Law Review*, 39, 1964, p. 1003.

¹⁰⁵ BLOUSTEIN, E., “Privacy is dear...” cit., p. 447.

La posición que fundamenta el derecho a la vida privada en la intrínseca dignidad del ser humano presenta la debilidad de la excesiva generalidad y de imprecisión. Generalidad, por cuanto cualquier ataque a la persona puede ser visto como un rebajamiento de su dignidad. Imprecisión, por cuanto el concepto de dignidad puede admitir las más diversas elaboraciones doctrinales y políticas. De allí que no pueda uno contentarse con afirmar que el respeto a la vida privada se basa en la dignidad que se reconoce a todo ser humano, si no se responde a la pregunta de ¿qué se entiende por dignidad?

La dignidad puede interpretarse en un sentido individualista y así, por medio de un rodeo ciertamente elegante, llegamos a las mismas conclusiones de los viejos tercios del liberalismo político. Concretamente, la versión de dignidad que presenta Bloustein es una que entronca con el pensamiento político liberal: la dignidad residiría en la posibilidad de que el ser humano se distancie de la masa, que tenga un autodomínio y un control de sus decisiones que le permitan una independencia y realizarse como individuo. Así se podrá afirmar que si un individuo pierde la vida privada, se perderá en la masa, "pasa a ser fungible, ya no es un individuo"¹⁰⁶. Podemos reconocer aquí las mismas inflexiones del discurso de John Stuart Mill en su ensayo sobre la libertad. Existe el peligro de regresar por esta vía al hombre egoísta que ve en la privacidad la forma de autoafirmarse y al mismo tiempo de desvincularse de su inevitable proyección social.

Además tampoco parece certero que una disminución de la privacidad traiga aparejado una menor creatividad o individualidad. Posner critica a Bloustein el no explicar por qué un hombre más conformista y que sigue los patrones sociales de conducta sea poco digno. Agrega que la experiencia demuestra que la creatividad y la individualidad también han florecido en sociedades con niveles menores de privacidad a los hoy existentes, como por ejemplo en la Grecia antigua, la Italia renacentista o la Inglaterra isabelina¹⁰⁷.

Es cierto que podemos aceptar un concepto no individualista de dignidad humana y resaltar, como hace Cea Egaña, junto con la autodeterminación la responsabilidad¹⁰⁸, pero se mantiene el problema de que la dignidad humana, al ser la raíz común de todos los derechos esenciales de la naturaleza humana, no puede explicar las especificidad de ninguno de ellos.

6. Una fundamentación antropológica: la relacionalidad del ser humano

a) La dignidad humana: el hombre como un fin en sí

A nuestro juicio la dignidad humana como fuente de los derechos fundamentales es una noción que permite descubrir que tales derechos no son concesiones de ningún poder o convención de aquellos que los gozan, sino que obedecen a una fundamentación objetiva y trascendente. Son derechos que se reconocen o se descubren en el mismo y en todo ser humano. Seguimos en este particular el iluminador análisis del filósofo alemán Robert Spaemann¹⁰⁹,

¹⁰⁶ BLOUSTEIN, E., "Privacy as an aspect..." cit., p. 1003. Reproducimos el párrafo completo, pues es muy evocador del discurso de Mill: "El hombre que es forzado a vivir cada minuto de su vida entre otros y respecto del cual toda necesidad, pensamiento, deseo, gusto o gratificación está sometido al escrutinio público, ha sido privado de la individualidad y de su dignidad humana. Tal individuo se hace uno con la masa. Sus opiniones, al ser públicas, tienden a no ser nunca diferentes; sus aspiraciones, al ser conocidas, tienden siempre a ser las convencionalmente aceptadas; sus sentimientos, al ser exhibidos abiertamente, tienden a perder su cualidad de calidez personal única para venir a ser los sentimientos de un hombre cualquiera. Tal ser, aunque vivo [sentient], es fungible; él no es un individuo".

¹⁰⁷ POSNER, R., ob. cit., p. 407.

¹⁰⁸ CEA EGAÑA, José Luis, "El derecho constitucional a la intimidad", en *Gaceta Jurídica* N° 194, 1996, p. 27. En su opinión, la dignidad es el fundamento del derecho a la intimidad y debe entenderse por tal "un valor espiritual y moral inherente a la persona. Ella se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás".

¹⁰⁹ SPAEMANN, Robert, "Sobre el concepto de dignidad humana", en *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*, trad. D. Innerarity y J. Olmo, Rialp, Madrid, 1989, pp. 89-123.

según el cual en un sentido amplio la dignidad es una cualidad indefinible y simple, cuya comprensión se adquiere por intuición mediante ejemplos. Así se puede hablar de la dignidad de un león, de un roble, de la dignidad de ciertos oficios, de que un comportamiento humano es más digno que otro, etc. La nota común de estos modos de aparición de la dignidad reside en “la expresión de un descansar en-sí-mismo, de una independencia interior, y no como compensación de la debilidad”¹¹⁰. Ahora bien, hay algo que distingue el concepto de dignidad utilizado para designar aquello que debe ser respetado por antonomasia en el ser humano, idea que surge con el estoicismo y el cristianismo.

Un primera aproximación puede llevar a pensar que el ser humano se distancia del resto de los demás seres, y en particular de los demás seres vivos, por considerarse él mismo un fin para sí. De esta manera, la dignidad vendría a significar que todo hombre es un fin para sí mismo, y que no podría ser utilizado como medio para el cumplimiento de metas ajenas a su interés. Es la respuesta que sugiere la impronta kantiana del pensamiento liberal actual.

No obstante, como bien apunta Spaemann, esto no hace justicia a los demás seres, que también son un fin para sí, y lleva a considerar que la dignidad humana no es más que una superioridad que los mismos hombres acuerdan concederse a sí mismos por el hecho de ser tales. La dignidad humana no puede fundarse en esta complicidad compartida. Hay que ir más allá: para superar el callejón sin salida a que nos lleva el planteamiento liberal, Spaemann propone distinguir en lo que es la consideración del hombre como “un fin para sí” y la consideración del hombre como “un fin en sí”; la dignidad implica reconocer que el hombre es un fin absoluto en sí mismo, pero no un fin para sí mismo. Si la dignidad residiera en que el hombre es un fin para sí mismo, entonces, el asesinato en secreto y sin dolor de un hombre que carece de familia, no debería ser castigado, ya que la vida del asesinado solo tiene valor para él, y muerto el sujeto ya no existe ese valor. Lo mismo podría decirse para la aniquilación completa de la especie humana por medio de una catástrofe atómica. Desaparecidos los hombres, no puede hablarse de pérdida de valor de la vida humana. Para afirmar lo contrario debería o sobrevivir un hombre cualquiera, o existir un Ser trascendente para el cual la desaparición de la especie sea “lamentable”: Dios. De esta manera, el concepto de dignidad evoca lo sagrado y entronca la metafísica con la religión: “Solo el valor del hombre ‘en sí’ –no únicamente para los hombres– hace de su vida algo sagrado y confiere al concepto de dignidad esa dimensión ontológica sin la cual no puede pensarse siquiera lo que con ese concepto se quiere expresar. El concepto de dignidad significa algo sagrado”¹¹¹.

De esta forma, no puede distinguirse el hombre de los demás seres en que el hombre debe ser tratado como fin, y nunca como un medio. También el resto de las cosas debe ser tratado como un fin, ya que el utilizarlas para fines extraños a los que les asigna la naturaleza requiere ser justificado racionalmente. Esto proporciona una fuerte consistencia a la preocupación ecológica. Spaemann transforma la frase kantiana que reza “obra de tal modo que no trates a la humanidad ni en tu persona ni en la de otros meramente como medio, sino siempre al mismo tiempo también como fin” en “obra de tal modo que no consideres nada en el mundo meramente como medio, sino siempre al mismo tiempo también como un fin”¹¹².

Ahora bien, si todas las cosas, incluido el hombre, deben ser usados como fines, a la vez que como medios, ¿dónde radica la diferencia? Lo específico del “fin en sí mismo” que asignamos a la dignidad humana proviene de que las cosas no son capaces de asumir como propias las relaciones de finalidad en la que se involucran: se tienen siempre como centro de su propio ser y a él refieren todo lo que les rodea. En cambio, el ser humano no remite necesariamente todo el entorno a sí mismo; puede asumir que él también a su vez es entorno

¹¹⁰ SPAEMANN, R., ob. cit., p. 98.

¹¹¹ SPAEMANN, R., ob. cit., p. 102.

¹¹² SPAEMANN, R., ob. cit., p. 103: “Así, por ejemplo –prosigue el autor–, necesitan justificación los experimentos con animales, y el dolor de un animal debe ser tenido en cuenta como un factor más a la hora de ponderar los distintos bienes en juego”.

para otros. De esta manera, el hombre se hace persona, y adquiere un valor absoluto. La nota diferencial es justamente que el ser humano puede ponerse a sí mismo al servicio de algo distinto de sí, llegando incluso al sacrificio de sí mismo. El concepto de dignidad pasa del orden ontológico al orden moral: como el hombre puede relativizar sus propios intereses para atender los intereses ajenos, puede pretender que se respete su *status* absoluto de sujeto¹¹³.

Si la dignidad en este sentido moral corresponde a un “poder desconsiderarse así”¹¹⁴, entonces puede haber distintos grados de dignidad tanto en el plano constitutivo (por ejemplo, la dignidad de un juez o de un profesor) como en el plano personal, dependiendo de la calidad moral de los hombres. Pero siempre existe un mínimo de dignidad de la cual el hombre no puede ser desposeído, porque nunca puede perder la libertad en tanto que moralidad posible¹¹⁵. Todos los seres humanos por el único hecho de pertenecer a la especie poseen este mínimo de dignidad infranqueable.

Habiendo llegado al concepto moral de dignidad, debe analizarse su derivación jurídica. Spaemann pone de manifiesto que pueden haber dos maneras de comprender la norma constitucional alemana de que “la dignidad del hombre es inviolable” (I,1). Una es la posición maximalista que cree poder derivar de este principio la necesidad no solo de respetar todos los derechos sino de accionar positivamente para su efectiva realización. La segunda es minimalista y piensa que la dignidad permanece como un sustrato moral de carácter absoluto que no puede servir como argumento en el balance de bienes o intereses jurídicos.

La posición maximalista, tan socorrida en la actualidad, no es, sin embargo, fundada y tiene el riesgo de terminar lesionando arbitrariamente la misma dignidad humana. Más que un programa de optimización de fines, el respeto a la dignidad impone un deber para el Estado y los particulares de respetar un límite en la búsqueda de objetivos de optimización. De lo contrario, se cae en el problema de ponderación de bienes y se comienza a preguntar a cuánto se debe elevar la suma total de la dignidad humana a fin de estar legitimados para lesionarla en un caso singular. De este modo, “la exigencia incondicionada de respeto a la dignidad humana es incompatible con la exigencia de su máxima promoción activa”¹¹⁶.

Sin embargo, tampoco resulta plausible la tesis minimalista, ya que existen comportamientos concretos que lesionan objetivamente el respeto debido a la dignidad humana. Spaemann menciona como casos cuatro supuestos: el asesinato directa e intencionado de inocentes, la tortura, la exhibición sexual para un voyerismo anónimo en espectáculos o películas pornográficas y la procreación artificial. La procreación artificial mediante técnicas que sustituyen el encuentro sexual resulta contraria a la dignidad humana, ya que “pertenece a la forma temporal de la persona humana que su comienzo no esté en las manos de una producción intencional, sino que acontezca con motivo de un acto humano que no tiene en absoluto como fin inmediato la elaboración de un ‘producto’”¹¹⁷.

¹¹³ SPAEMANN, R., ob. cit., p. 105, señala que “porque el hombre es, como ser moral, una representación de lo absoluto, por eso y solo por eso, le corresponde aquello que llamamos ‘dignidad humana’”.

¹¹⁴ SPAEMANN, R., p. 109.

¹¹⁵ Se cuestiona SPAEMANN, R., ob. cit., pp. 107-109, por qué puede afirmarse que los embriones humanos y los enfermos mentales profundos tienen dignidad humana, ya que no presentan actualmente las características de racionalidad y libertad. Sin rechazar la explicación de la doctrina clásica que piensa que lo que en una determinada especie se manifiesta para una gran mayoría, es un índice de lo que debe valer para todos, invoca un argumento pragmático-trascendental: “Cuando tenemos que habérmolas con un ser que descende del hombre, debemos respetar en él la disposición a ser un yo, a la libertad como dignidad. De esto resulta lo siguiente: si la pretensión de pertenecer a la sociedad humana quedara al juicio de la mayoría, habríamos de definir en virtud de qué propiedades se posee dignidad humana y se pueden exigir los derechos correspondientes. Pero esto sería suprimir absolutamente la idea misma de derechos humanos. Estos presuponen que todo hombre, en tanto que miembro de la humanidad, puede hacer valer sus derechos frente a otros, lo cual significaría a su vez que la pertenencia a la especie *homo sapiens* solo puede basarse en aquella dignidad mínima que llamamos dignidad humana” (p. 109).

¹¹⁶ SPAEMANN, R., ob. cit., p. 112. Señala que “nadie lo ha visto más claro que Kant. Del carácter de fin en sí mismo del hombre no deduce nunca que ese ‘fin’ deba ser promovido o ‘realizado’ de algún modo” (pp. 112-113).

¹¹⁷ SPAEMANN, R., ob. cit., p. 117.

Por todo lo anterior, la dignidad se convierte en la fuente suprema de los derechos humanos, si se los quiere concebir al margen de las doctrinas positivistas o convencionalistas. El hombre como un fin en sí mismo, pero cuyo valor absoluto depende justamente de la posibilidad de abrirse a otros, es una idea que permite fundar de mejor manera la raíz de sus derechos inviolables y a la vez de sus responsabilidades y deberes.

No es sin embargo suficiente para explicar por sí misma la necesidad de existencia y de respeto de un ámbito de funcionamiento privado de los individuos. ¿Por qué la dignidad humana podría ser lesionada por la intromisión en la vida privada de las personas?

b) La vida de relación como elemento esencial de la naturaleza humana

En la concepción de la dignidad a la que hemos adherido existe ya apuntada una segunda nota que podríamos añadir, con el fin de especificación, a los elementos que definen lo humano. Decíamos que la dignidad propia de los seres humanos, y que la distingue de la de las demás cosas existentes, reside en una forma de desinterés por sí mismo, que proviene de la existencia y comprensión de un interés en los demás. El ser humano es consciente de que coexiste con otros de su misma especie, que comparten con él la misma dignidad de ser fines en sí, y a los que no cabe utilizar solo como medio.

La vida humana es, por lo tanto, necesariamente una vida de relación. El ser humano desde su aparición en el mundo hasta su muerte está, lo quiera o no lo quiera, relacionado con otros de su misma especie, en el sentido de que él no puede ser nunca autorreferente como lo son el resto de las cosas: para bien o para mal, él cuenta con los demás, y los demás cuentan con él. En palabras de Javier Hervada podemos indicar que la persona siendo individuo, es más que eso, “es un ser-en-relación, justamente porque, en virtud de su riqueza ontológica, es capaz de abrirse a los demás, de expandirse, en la alteridad, o sea, permaneciendo ella misma”¹¹⁸.

Esto comprende la conocida característica que ya Aristóteles había afirmado consistente en la natural sociabilidad del hombre, pero no la agota. No solo el ser humano vive integrado a una comunidad de seres como él, sino que no puede realizar su existencia sin una red compleja y múltiple de innumerables relaciones interpersonales y multipersonales que le proporcionan el sustento necesario para desarrollar la existencia de un modo digno, esto es, como un fin en sí mismo, pero no como un fin para sí mismo.

De este modo, la existencia de relaciones en la familia, entre cónyuge o entre padres e hijos, en la amistad, en el círculo de conocidos, en la empresa o trabajo, en asociaciones religiosas, de bien público, de recreación, deportivas, etc., manifiestan y expresan la relación necesaria de toda existencia propiamente humana.

La relación es la que posibilita que la dignidad humana sea específicamente humana. Los seres no humanos no asumen su existencia como una vida de relación. La dignidad humana entendida como ese fin en sí mismo que hace absoluto el valor del ser humano, y la relación de su naturaleza que lo presenta siempre como un ser “con otro”, constituye a nuestro juicio una explicación más comprensiva y coherente de la pretensión de proteger y potenciar un espacio íntimo que llamamos vida privada.

En efecto, si no existiera la posibilidad de excluir a terceros ajenos a un determinado contexto de vida de un individuo, este no podría iniciar, mantener o desarrollar relaciones con otras personas en las más diversas formas de comunicación de intereses que presenta la existencia. Nadie podría mantener y realizar su personalidad en relaciones como por ejemplo la conyugal o la de padres e hijos si la conducta de los sujetos que componen la relación estuviera siempre expuesta al conocimiento o injerencia de terceros ajenos a los fines de la

¹¹⁸ HERVADA, Javier, “Los derechos inherentes a la dignidad de la persona humana”, en *Escritos de Derecho Natural*, Eunsa, 2ª edic., Pamplona, 1993, p. 681.

relación. Lo mismo puede decirse del resto de las relaciones de socialibilidad que establecen los hombres y mujeres en el seno de una comunidad para desarrollar las distintas facetas de su personalidad, tanto en el plano intelectual, afectivo o comunicacional.

Esto nos trae como corolario de que la vida privada como bien jurídico, y el derecho a que ella sea respetada, lejos de construirse bajo la imagen de un sujeto de derechos que busca la soledad y que lo dejen en paz, puede y debe explicarse sobre la base de un sujeto de derechos que en su esencial dignidad necesita relacionarse con sus semejantes y requiere para desarrollar relaciones satisfactorias y vínculos autorrealizadores de la posibilidad de llevarlos a cabo sin que se sometidos a la vigilancia o control de terceros ajenos a ella.

No es acertado, por tanto, fundamentar el derecho a la vida privada como una especie de reivindicación de libertad frente a un Estado invasor y controlador. La concepción del derecho a la privacidad como una herramienta táctica para excluir la regulación o intervención estatal o política de ciertos aspectos de la vida humana es equivocada. La comunidad política debe, por supuesto, como presupuesto indispensable para respetar la dignidad humana y su naturaleza racional evitar inmiscuirse en los espacios de privacidad que requieren las distintas relaciones, asociaciones y colectivos en los que cada ser humano desarrolla su personalidad. Pero al mismo tiempo deberá velar para que esas distintas relaciones confluyan armónicamente y no se conviertan en mecanismos de control y de utilización de un individuo en contra de otro. El rol del Estado es insustituible en la labor de propender a que las relaciones humanas a través de las cuales se organiza la sociedad tiendan o, al menos, no dañen el bien de la comunidad.

La visión de la tradición liberal, forjada a través de los aportes de Hobbes, Locke, Rousseau y Kant, que exalta la individualidad y la autosuficiencia como valores absolutos y en conflicto siempre con las pretensiones de la colectividad, no parece realista ni objetiva. El hombre no es un "solitario", sino más bien un "comunicador". La soledad no es la suprema ansia de los seres humanos de carne y hueso, sino más bien ser amados y amar, ser comprendidos y comprender, ser conocidos y conocer. La intimidad es la condición necesaria de la sociabilidad del hombre.

La imagen del hombre autosuficiente y celoso de su individualidad no responde a los parámetros reales entre los cuales se desenvuelve la vida humana. En el análisis de Mary Ann Glendon esta concepción del ser humano como una criatura autosuficiente explica el distinto desarrollo que ha tenido la idea de privacidad en Estados Unidos y en Europa; mientras en Estados Unidos la autoindependencia se erige como la característica esencial del sujeto de derechos, en las constituciones y convenciones internacionales europeas junto con respetarse la individualidad "los hombres y las mujeres son vistos como seres esencialmente sociales, situado dentro de relaciones. Las personas no 'entran' en sociedad; ellas están constituidas por la sociedad y a su vez la constituyen"¹¹⁹.

De esta manera, no puede prescindirse de la sociedad cuando se trata de la personalidad individual, ni siquiera de los modos de comportarse que se revelan como tributarios de las prácticas sociales. Se puede criticar así la teoría liberal de Mill señalando que desconoce el valor que la misma presión social tiene en la conducta individual, sea para incentivarla o para reprobarla. Además, la fe en que el hombre individual busca su propio bien a través de la razón netamente individual, es un mito: los estudios de la sociología actual revelan que la razón social no opera aisladamente, sino en el contexto de una realidad social. Por otro lado, el conocido estándar que permite a la teoría de Mill delimitar entre lo que puede ser reprimido legalmente y lo que no: el no hacer daño a otros es una fórmula extremadamente abierta y ambigua. ¿Es que no se daña a los demás cuando un comportamiento hiere un principio de

¹¹⁹ GLENDON, M. A., ob. cit., p. 74. Como consecuencia de la retórica de la *privacy* fundada en el hiperindividualismo, observa que en Estados Unidos los programas de ayuda social para las mujeres divorciadas y en general de asistencia familiar son mucho menos desarrollados en esta nación que en Europa.

moralidad mínima que se deriva de la misma dignidad humana y que afecta por tanto a toda la sociedad obligada a respetarla como tal? ¿Un atentado a un bien común y compartido no es perjudicial para los miembros que conforman la comunidad a la que ese valor se refiere?

c) La vida privada como bien de la persona más que del individuo

En la visión antropológica que hemos asumido, el ser humano, como fin en sí y por ello portador de una dignidad inviolable, y esencialmente vinculado y comunicado con los demás, más que individuo es persona. La persona posee una individualidad, ciertamente, pero es al mismo tiempo social, abierta y receptiva a los demás.

El derecho a la vida privada debe ser más que el derecho del individuo, el derecho de la persona, en sus dos facetas: valor individual y vocación social.

Esta concepción más integrada del sujeto titular de derechos, al cual se le reconoce una facultad de tutela de la vida privada, proporciona dos importantes herramientas para abordar los complejos y delicados problemas que presenta la elaboración concreta de los supuestos de protección de la vida privada y de su relación con la vida pública: en primer lugar, posibilita una comprensión mejor de los anhelos de intimidad y de la forma en que debe tenderse a su satisfacción por los diversos mecanismos y técnicas jurídicas; pero además, en segundo término, nos proporciona luz para dilucidar las limitaciones que la protección a la vida privada debe conocer en atención a la prevalencia de intereses colectivos. Como señala Giacobbe, refiriéndose a la situación italiana y francesa: “El debate, todavía en curso, en orden a la exigencia de recuperación de lo ‘privado’ respecto de lo ‘público’, se presenta ciertamente elementos significativos para la individualización de esferas –siempre más amplias de tutela y garantía del sujeto– en el sistema de relaciones sociales, privadas y públicas, no importa necesariamente la búsqueda de lo ‘individual’ –según el tradicional significado que se le atribuye al término– sino, al contrario, consiente la más incisiva tutela de lo ‘personal’, en aquella relación –y con contraposición– entre lo público y lo privado que, al menos en el cuadro de nuestra Constitución, encuentra, en línea de tendencia, superación a través del emerger de lo ‘social’, expresión, esta, que caracteriza el valor de la persona. En este ámbito parece que pueda legítimamente afirmarse que la problemática relativa a la tutela de la esfera privada del sujeto sea susceptible de ser coherentemente insertada dentro de las líneas de tutela de la persona, de las cuales recoge un aspecto esencial que viene coordinado en su dimensión social: bajo esta perspectiva parece justificada la compleja orientación de la jurisprudencia –italiana y francesa– que aparece constantemente conectada a las exigencias de composición –en relación a las garantías de la esfera privada del sujeto– entre interés del particular e interés de la colectividad, según mecanismos de tutela adoptados de vez en vez en relación a las circunstancias específicas”¹²⁰.

¹²⁰ GIACOBBE, G., ob cit., pp. 11-12.