

EL CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN EL DERECHO ANGLOSAJON Y EUROPEO¹

Christian Suárez Crothers

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Talca

RESUMEN

El trabajo realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1010453/2001, sobre “El derecho a la libertad de opinión e información frente al derecho al honor y a la vida privada”, se propone revisar las diferentes nociones que sobre el derecho a la vida privada se han esbozado en el Derecho comparado. El artículo muestra que se trata de un derecho de construcción compleja que ha tendido a adoptar una estructura general y abierta, al estilo de los derechos “catch all”. Se sostiene que esta forma de regulación del derecho no ha sido satisfactoria (en EE.UU., Francia o Italia) por la dificultad para delimitarlo de otros derechos cercanos, como el honor, la propia imagen, el secreto profesional o los derechos relativos a la integridad física o mental de una persona. Se postula, por tanto, avanzar hacia una noción razonable y reconocible del derecho fundamental de modo de facilitar una más eficaz protección.

CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Que el concepto de derecho a la vida privada sea confuso no debe causar extrañeza, dado que, pese a que su estudio ya se extiende desde hace algunas décadas, no es posible al día de hoy afirmar con certeza que sea un concepto jurídico claro y perfectamente delineado.

Se trata ciertamente de una noción compleja, que se encuentra en plena etapa de elaboración, y que debido a esta misma complejidad ha dado lugar a manifestaciones diversas en el derecho comparado. En el Derecho angloamericano, como veremos, irá extendiendo su irradiación, por vía jurisprudencial, hacia ámbitos que pudieron haber parecido insospechados para los primeros sostenedores de la moderna teoría de la *privacy*, y su misma evolución presenta en el derecho americano problemas variados y muy discutidos por la doctrina. En el derecho continental europeo ha recibido distintas denominaciones y así se habla de “riserva-

tezza”, “derecho a la vida privada”, “derecho a la intimidad”, “derechos pertenecientes a la esfera de la vida privada”, etc.

La noción, por tanto, no es unívoca y si bien presenta lógicas semejanzas entre los distintos ordenamientos que son materia de nuestro análisis, veremos que en la práctica la amplitud de su objeto, de su contenido y límites varía de país a país, incluso en el caso europeo donde se aprecia la necesidad de uniformar las legislaciones internas a la norma de la Convención de Roma que regula la institución.

Sostenemos la necesidad de plantear un concepto más específico de este derecho, de manera que sea posible una delimitación clara con otros, que teniendo cierta conexión con los de vida privada o intimidad, manifiestan una construcción lógica y jurídica distinta. Es lo que ocurre, ciertamente, con los derechos al honor, a la propia imagen o al secreto de las comunicaciones, entre otros que discurren por espacios jurídicos autónomos.

Se puede comprender que, en un primer momento, el ámbito de lo privado haya tenido como pilares el respeto a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones y la tutela de la reputación de las personas. Ello era concebible en una sociedad en que el individuo burgués era la

¹ Este trabajo se inscribe en la investigación sobre derecho a la vida privada y derecho a la información realizada en la Universidad de Talca.

medida de todas las cosas y el progreso, como diría Zagrebelsky², una verdadera necesidad fisiológica. Los derechos debían ordenarse, en consecuencia, en función de tal necesidad, concebidos como derechos-autonomía, vinculados al patrimonio y sujetos a escasos límites e interferencias.

Sin embargo, la creciente complejidad de la vida social, el término de la práctica meramente abstencionista del Estado y la extensión de los derechos a la mayoría ha venido a modificar el contenido de esta regulación, y a significar la idea de que los derechos están sujetos a límites. El mismo desarrollo tecnológico parece demostrar que el "orden espontáneo" de la naturaleza y de la sociedad escapa a la idea del equilibrio mecánico, tan querido a los padres fundadores del liberalismo, y más bien exige de intervenciones positivas de los grupos sociales y del Estado. Al decir de Zagrebelsky³, "*lo Stato non è chiamato solo a impedire ma anche a promuovere, impegnando positivamente a questo scopo le forze proprie e quelle dei soggetti privati*"⁴.

De forma paralela, la vida privada deja de ser sólo una cuestión doméstica, para convertirse en una tarea de fomento del Estado, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En última instancia, puede decirse que el derecho no es concebido más como un privilegio, o como una pura manifestación del egoísmo, sino que se le vincula a la idea más profunda de dignidad. Se trata, como expresa Novoa Monreal⁵, de asegurar "la

integridad de la dignidad humana, por medio del amparo de una de las variadas manifestaciones de la personalidad".

Nos corresponde ahora referirnos a la evolución que el concepto ha manifestado en la doctrina de los autores.

De partida, el concepto mismo de intimidad no tiene ribetes fijos y ha sido históricamente diferente la manera de conceptualizarlo. Tanto es así que Martínez de Pisón Cavero considera que "*todo intento por delimitar el significado de «intimidad» parte con una dificultad previa: no existe —dice— un acuerdo generalizado sobre el término concreto a utilizar ni en la vida cotidiana ni entre los que estudian la cuestión*".

"*Se emplean por igual las expresiones «intimidad», «vida privada», o «esfera privada», «ámbito íntimo» o «privado», y la cada vez más común «privacidad», un neologismo que como los anteriores sirve para referirse a ese deseo de disfrutar lo personal y la pretensión consiguiente de exigir a los demás su respeto y, en su caso, su protección legal*"⁶.

Esta es la situación propia del término en España donde la legislación civil y penal suele recurrir a la expresión intimidad y no al concepto de vida privada. Sin embargo, esta última es la denominación que para la materia utiliza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En efecto, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, señala :

"*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*", para agregar luego que: "*No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la Ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito; la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás*".

No es irrelevante esta disposición para los efectos de la legislación española, toda vez que, como dispone el artículo 10.2 C.E.: "*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las li-*

² ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Il Diritto Mite. Legge, diritti, giustizia*. Giulio Einaudi Editore, Torino 1992, pp. 113.

³ *Ibidem*, pp. 124.

⁴ Es el mandato que en la Constitución española se expresa en su artículo 9.2 ("*Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*".) y en el artículo 1, inciso 4.º ("*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*").

⁵ NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Derecho a la Vida Privada y Libertad de Información. Un conflicto de derechos*. Siglo XXI Editores, México 1989, pp. 54.

⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Editorial Civitas, Madrid 1993, p. 28.

bertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, entre los cuales, como es evidente, se encuentra el Tratado de Roma.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el mismo sentido que hemos señalado antes, no cree posible ni conveniente una definición exhaustiva de la noción; sin embargo, considera “que el respeto a la vida privada debe también englobar, en cierta medida, el derecho del individuo a anudar y desarrollar relaciones con sus semejantes”⁷, cuestión que se plantea relevante en la medida en que permite en cierta forma al Tribunal establecer, en la sentencia Costello-Roberts, una cierta distinción entre intimidad y vida privada, en la medida que ya no considera a esta última como el “círculo íntimo” de una persona.

COMO CONCEPTO DERIVADO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En términos históricos, son los juristas franceses los primeros en elaborar la noción de “derechos de la personalidad”, entre los cuales se cuenta el derecho a la vida privada, mientras que en Alemania, hasta su reconocimiento en la Ley Fundamental de Bonn, el concepto había sido generalmente rechazado por la jurisprudencia⁸, siendo todavía menos claro su reconocimiento en Italia hasta la dictación de la Ley de 8 de abril de 1974⁹.

Los tribunales franceses fueron uniformando su jurisprudencia, aplicando las disposiciones del Código Civil relativas a la responsabilidad extracontractual, especialmente el artículo 1382 de dicho Código, hasta asegurar un más amplio respeto de la vida privada.

De hecho la noción misma de vida privada no formó parte del catálogo de ninguna de las constituciones y declaraciones de derechos del siglo XIX, no obstante que el derecho común de los distintos países consideró mecanismos de protección aplicables a distintos aspectos de la misma.

SOBRE LA INMINENCIA DE LA NOCIÓN DE VIDA PRIVADA

Como señala Novoa Monreal¹⁰, las proyecciones teóricas y prácticas del derecho a la vida privada son relativamente recientes, en todo caso posteriores a la segunda guerra mundial, cuando comienza a aparecer el concepto formulado en distintas declaraciones de derechos y elevado a la categoría de derecho constitucionalmente reconocido¹¹. Para este autor la importancia que el tema adquiere va acompañada del desarrollo de los medios de comunicación de masas y de los avances y descubrimientos técnicos, especialmente en lo concerniente a la captación de imágenes y sonidos y a su posterior reproducción, que se van constituyendo, cada vez más, en una seria amenaza a la vida privada de las personas.

Los organismos internacionales no se preocupan del derecho a la vida privada hasta 1968, fecha de celebración de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, realizada en Teherán, que tiene importancia, porque en ella se hace una implícita referencia a las amenazas que en su contra y en la de otros derechos tienen los últimos descubrimientos científicos y adelantos tecnológicos. Ello lleva, a su vez, a la Asamblea General de la ONU, a adoptar el 19 de diciembre de 1968 “su Resolución núm. 2450 (XXIII), en la que pide al secretario general preparar un informe sobre el respeto a la vida privada de los individuos y la integridad y soberanía de las naciones ante los progresos de las técnicas de registro y de otra índole... El secretario general expide su informe el 19 de noviembre de 1973”¹².

Nos parece interesante esta referencia, porque, como podemos ver, en la preocupación de Naciones Unidas no solamente está presente la protección de la vida privada de las personas, sino los problemas que para la propia integridad y soberanía de los Estados representa el desarrollo de las técnicas de registro y otras de semejante naturaleza, lo que engarza con la preocupación actual que sobre la vida interna de los propios Estados conlleva el desarrollo del tratamiento automatizado de los datos.

⁷ RUIZ MIGUEL, CARLOS. *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Cuadernos Civitas, Madrid, 1994, pp. 34.

⁸ LARENZ, KARL. *Derecho Civil. Parte General*, Edersa, Jaén 1978, pp. 163.

⁹ Vid. NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Op. cit.*, *Derecho a la vida privada...*, pp. 26 y 27.

¹⁰ Vid. *Ibidem*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹ En sentido contrario se manifiesta LUIS AGUIAR DE LUQUE, en: “Derecho a la intimidad; su proyección en la esfera económica” (Comunicación presentada al Seminario organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas el día 3 de junio de 1994), p. 4.

¹² Vid. NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Op. cit.*, *Derecho a la vida privada*, p. 29.

SU NOCIÓN EN LA DOCTRINA CLÁSICA

Sin embargo, si bien la preocupación por el derecho no se materializó tempranamente en los textos constitucionales o en las declaraciones de derechos, bien sabemos que fue de preocupación especial de los teóricos y filósofos políticos de rai-gambre liberal, que desde Paine¹³, Benjamín Constant¹⁴ y Stuart Mill¹⁵ se han venido refiriendo a la materia, hasta pensadores más recientes del nuevo liberalismo, en la medida que la intimidad forma parte fundamental de las libertades negativas, de ese derecho a ser protegido de la intromisión de los poderes públicos y a ser dejado solo. Sin embargo, sabemos también que ni el propio Stuart Mill, en su ensayo “Sobre la libertad”, pudo, como era su propósito, establecer ese marco racional diferenciador entre “lo público” y “lo privado”; al menos no del modo claro y distinto que se podía haber esperado.

Decía Stuart Mill: “...hay una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentida por ellos... Esta es, pues, la razón propia de la libertad humana. Comprende, primero, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas... En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queremos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos pueden pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de

cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismos límites, de asociación entre individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás; y en el supuesto de que las personas que se asocian sean mayores de edad y no vayan forzadas ni engañadas”¹⁶.

EL CONCEPTO MODERNO DE INTIMIDAD

La discusión moderna sobre la intimidad, no circula ya sólo sobre la idea kantiana del individuo autónomo sobre el cual se construye todo el edificio de las libertades, sea en la interpretación de Stuart Mill o de los aportes de Berlin¹⁷ con la distinción de libertad negativa y positiva, como límite a la acción de los demás, en el primer caso, y de posibilidades de hacer y de controlar, en el segundo.

A diferencia de lo que ocurría en el pasado, en el que la intimidad era un valor derivado de la personalidad¹⁸ o, incluso, de la propiedad, con la consiguiente visión patrimonialista del derecho, que se presta a tan evidentes críticas¹⁹, hoy se busca —como señala Martínez de Pisón Caveno— “hablar de la intimidad como un valor moral coherente y distinto de otros”²⁰, pasando por quienes relativizan el valor de la intimidad en sociedades tecnológicas desarrolladas y altamente masificadas.

El largo camino recorrido en la identificación de un concepto del derecho a la vida privada, traducible desde el punto de vista jurídico, se ha visto entonces influido por estas manifestaciones conflictivas de la vida social y de la cultura, sin que hasta la fecha suscite un consenso en aras de una solución común. Las principales concepciones del derecho se pueden clasificar en concepciones subjetivistas, que parten de una descripción insuficiente y más o menos arbitraria del derecho y concepciones objetivas, que buscan desentrañar su verdadero contenido.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

¹⁷ Cfr. BERLIN, ISAIAH. *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza Editorial, Madrid 1993, pp. 187 y ss.

¹⁸ No obstante, y quizá con buenas razones, este es el criterio seguido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en las STC 170/1987, de 30 de octubre y STC 231/1988, de 2 de diciembre.

¹⁹ Por todos ver: VITALIS, ANDRÉ, *Informatique, Pouvoir et Libertés*, Economica, París 1988, pp. 147 y ss.

²⁰ Vid. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ, en *op. cit.* *El derecho a la intimidad en...*, p. 54.

¹³ PAINE, THOMAS. *Derechos del Hombre*. Alianza Editorial, Madrid 1984, *passim*.

¹⁴ CONSTANT, BENJAMÍN. “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, en *Escritos Políticos*, Colección de clásicos políticos preparada por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, págs. 257 y ss.

¹⁵ MILL, J.S. *Sobre la libertad*, trad. de P. de Azcárate, prólogo de I. Berlin, 9ª edición, Madrid, Alianza Editorial, 1993.

Concepto subjetivo

Este tiene indudablemente su origen en el Derecho americano donde desde la clásica fórmula del juez Cooley se le definía como el derecho a ser dejado solo. Warren y Brandeis lo definieron como “el derecho del individuo de determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros”²¹ y Nizer, por su parte, lo definió como el derecho del individuo a una vida retirada y anónima²².

En el ámbito del derecho francés se le definiría como “el derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás”²³.

En Italia, bajo la denominación de derecho a la riservatezza se la entenderá como “la pretensión del individuo de ver impedida la curiosidad de otros, prohibiéndose la indiscreción y la publicidad no querida, el conocimiento y la divulgación de las vicisitudes personales y familiares”²⁴. En el Derecho argentino, como “el derecho personalísimo que permite sustraer a la persona de la publicidad o de otras turbaciones a su vida privada, el cual está limitado por las necesidades sociales y los intereses públicos”²⁵.

En el derecho chileno, Emilio Pfeffer parece inscribirse dentro de este mismo criterio al definir el derecho a la intimidad como “el derecho a poder estar solo si uno lo desea, a mantenerse apartado de la observación de los demás sin ser molestado, sin intromisiones en lo más personal de su vida”²⁶.

En los años 70, la Conferencia de Juristas Nórdicos, realizada en 1967 a iniciativa de la sección sueca de la Comisión Internacional de Juristas, pretendió alcanzar una máxima precisión descriptiva y delimitativa del concepto, partiendo desde sus aspectos prácticos. Se adoptó la definición del jurista sueco Stik-Stromholm, quien concebía la intimidad como “el derecho de una persona de ser libre de llevar su propia existencia como él la entiende, con el mínimo de interferencias exteriores”²⁷.

Dicho concepto habría de influir notablemente en la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa. De acuerdo con este, el derecho a la vida privada se resuelve en el amplio derecho de cada individuo de vivir su propia vida protegido de:

- a) injerencias en su vida privada, familiar y de hogar;
- b) injerencias en su integridad mental o física o su libertad moral o intelectual;
- c) ataques a su honra o a su reputación;
- d) verse colocado en situaciones equívocas;
- e) la revelación, fuera de propósito de hechos penosos de la vida privada;
- f) el uso de nombre, identidad o semejanza;
- g) ser copiado, atisbado, observado y acosado;
- h) violaciones a su correspondencia;
- i) abuso de sus medios de comunicación escritos u orales;
- j) revelación de información dada o recibida en virtud del secreto profesional²⁸.

Manifestamos nuestra coincidencia con la crítica que este autor hace de este marco descriptivo, el que se traduce en tres órdenes de materias: 1. El defecto de incurrir en expresiones de índole general carentes de contenido concreto; 2. El incluir aspectos que corresponden a otros derechos humanos, y 3. El valerse de expresiones genéricas que exceden el campo del derecho a la vida privada²⁹.

Otros autores, como Lindon, Lyon Caen y Chiossone, construyen el concepto de derecho a la vida privada en torno a la noción de circunstancias de la vida familiar y afectiva, como las propias de la vida profesional³⁰, siempre dentro de los marcos de la concepción que analizamos.

²¹ WARREN y BRANDEIS en “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, 1980, Vol. IV, núm. 5, *op. cit.*, p. 198, dicen: “The right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to others”. Existe traducción al español de este artículo, con el nombre de *El derecho a la intimidad*, con una introducción a cargo de BENIGNO PENDÁS y traducción a cargo de PILAR BASELGA, Cuadernos Civitas, Madrid 1995.

²² *Michigan Law Review*, 39-526, citado por RIVERA, JULIO CÉSAR. “El Derecho a la Vida Privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparadas”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, febrero 1989, p. 101.

²³ CARBONIER. *Droit Civil*, Tomo I, 1965, p. 239.

²⁴ RESCIGNO, citado por NOVOA MONREAL, *op. cit.*, p. 39.

²⁵ RIVERA, JULIO CÉSAR. *Op. cit.*, p. 100.

²⁶ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica Ediar ConoSur, Tomo I, p. 386.

²⁷ RIVERA, JULIO CÉSAR. “El Derecho a la Vida Privada. Su regulación y contenido en la legislación y jurisprudencia comparadas”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, febrero 1989, p. 101.

²⁸ NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Op. cit.*, p. 38.

²⁹ *Ibidem*, p. 39.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 39 y 40.

El concepto objetivo

Se caracteriza por el intento de agrupar diversos hechos o circunstancias, a través de los cuales se busca desentrañar su verdadero significado. Entre los autores que adoptan este concepto, podemos citar, siguiendo a Novoa Monreal, a Loebenstein, para quien el derecho a la vida privada se manifiesta en el respeto al cuerpo y al alma del individuo, y conforme a ello debe asegurarse su protección frente a problemas tales como la indagación de la paternidad, las encuestas de opinión, los test de proyección psicológica, etc.; a R. Nerson, que distingue entre lo que normalmente entra en el ámbito de la vida privada y aquello que se encuentra fuera, que vendría a ser la actividad del hombre que se despliega en público, participando en la vida pública; a F. Bricola, para quien el derecho comprende la inviolabilidad del domicilio, el respeto a la tranquilidad privada, el derecho al secreto de la correspondencia y el derecho al carácter confidencial de la palabra; a Mantovani, que distingue entre el aspecto físico corporal (imagen, constitución y defectos físicos), el perfil psíquico (carácter y anomalías), el afectivo (sentimientos y afectos), situación material (condiciones económicas, nivel de vida) y las relaciones (amorosas, económicas, profesionales y familiares), y a Prosser, aunque este sigue más bien, como veremos, un sistema casuístico.

En España este criterio objetivo es sostenido, aunque en una esfera más filosófica que jurídica, por Sánchez Agesta para quien el derecho a la intimidad es “una esfera inderogable de libertad personal en que se desenvuelven la racionalidad y la vida privada de los individuos”³¹.

Pero en este ámbito es la doctrina alemana la que ha hecho el mayor aporte con la formulación de la teoría de las esferas, por la cual se distinguen varios ámbitos de secreto que dan lugar a correlativos niveles de protección.

OTROS CRITERIOS CONCEPTUALES

Una clasificación distinta a la anterior es la realizada por Martínez de Pisón Cavero, que distingue tres grandes grupos de opinión en torno a la privacidad: (1) los que ponen énfasis en la intimidad como piedra angular de la moralidad, (2) los escépticos y, finalmente, (3) los que buscan su recomposición conceptual insistiendo en su sentido

coherente y distinto. En estos casos nos encontramos más propiamente frente a concepciones³² sobre la vida privada que hacen alusión a los marcos referenciales que le sirven de fundamento. No se trata sólo de adoptar fórmulas conceptuales que permitan, como hemos visto antes, precisar su contenido jurídico, sino más bien una toma de posición frente al carácter del derecho y a su justificación moral.

La intimidad como noción de valor moral

El primer grupo de opinión estaría caracterizado por el intento de demostrar que la intimidad se relaciona con la idea del valor del individuo, su autonomía y dignidad, como por aquellos que resaltan los aspectos interpersonales de la misma, como una vía de lograr el libre desarrollo de la personalidad.

Entre quienes invocan a la dignidad humana como el valor fundamental del que deriva la intimidad, se encuentra la posición esbozada por Warren y Brandeis que se traduciría en la formulación del *right to be let alone*, sin profundizar demasiado en el sentido del derecho a la intimidad, posición en la cual puede incluirse, entre los autores españoles, a Enrique Pérez Luño.

En esta misma línea, aunque reactiva, destaca la posición de W. L. Prosser, quien buscando escapar a la noción unitaria del derecho derivado del concepto de dignidad, con intención descriptiva, enuncia los diversos casos que la jurisprudencia norteamericana suele incluir entre las violaciones al *right to privacy*, considerando cuatro formas de intromisión en la privacidad: (a) la intrusión en el ámbito personal, (b) la revelación de asuntos privados, (c) la información de falsedades y (d) el empleo del nombre la imagen o de cualquier seña de identidad personal. La concepción unitaria de Warren se diluiría aquí en una serie de intereses diversos susceptibles de ser amparados por la *privacy*.

³² Diferenciamos aquí, siguiendo la pauta diferenciadora introducida por DWORKIN, entre concepto y concepción. El tema lo plantea DWORKIN vinculado al término equidad. Dice así: “Cuando apelo al concepto de equidad, apelo a lo que significa equidad, y no doy especial importancia a mis opiniones al respecto. Cuando formulo una concepción de la equidad, especifico lo que yo entiendo por equidad y, por consiguiente, mi opinión es lo esencial del asunto...” Ver, DWORKIN, RONALD. *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona 1989, p. 215.

³¹ SÁNCHEZ AGESTA, LUIS. *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Edersa, Madrid 1989, p. 125.

Frente al análisis de casos efectuado por Prosser, surge la interpretación de S. I. Benn, en su artículo "*Privacy, Freedom and Respect for Persons*".

Este autor considera que el derecho a la intimidad se encuentra fundamentado no en intereses diversos derivados de casos individuales, sino de una suerte de principio general de respeto hacia las personas, recurriendo a las explicaciones tradicionales del pensamiento liberal, en orden al deber mínimo de consideración y de trato hacia los demás, que toma de la noción kantiana de persona. En la misma posición se situarían autores como E. L. Beardsley, H. Gross y J. R. Pennock, aunque estos últimos valoran la capacidad de controlar lo que de la vida privada, sentimientos o actividades es susceptible de ser conocido por los demás. Ese control aparece como fundamental para el ejercicio del *self-respect*, autorrespeto o dignidad.

Con un énfasis en la vertiente social del problema se plantea J. Reiman, en su artículo "*Privacy, Intimacy, and Personhood*".

Sin menospreciar la relevancia de la intimidad para el valor moral del individuo, busca contextualizarla, para lo cual la inserta en los contextos sociales en que el individuo intenta protegerla. De ello deduce la tesis de que la *privacy* es una práctica social sólo comprensible desde la óptica de la comunidad, en la medida que constituye un valor fundamental de convivencia y de desarrollo de la personalidad de los sujetos. De este modo explica que las instituciones totales, como la cárcel o los hospitales psiquiátricos, operarían una especie de desprivatización de la privacidad, de mortificación de uno mismo, al convertir en públicos actos de naturaleza esencialmente privados.

Las posturas escépticas

Las posturas escépticas del segundo grupo señalado por Martínez de Pisón Cavero se caracterizarían, más que por un simple escepticismo, por una fuerte reacción a las concepciones anteriores, especialmente en lo referido al carácter unitario del derecho, como derivado del concepto de dignidad humana, personalidad o autorrespeto, que haría concebir en él un núcleo conceptual sobre el cual se levanta toda su construcción jurídica.

Insisten en la vulnerabilidad moral del valor de persona. En ese sentido, sus partidarios aprecian el análisis de Prosser sobre los diversos intereses que resultan protegidos por la idea de privacidad, aunque no comparten con aquél su vinculación finalista a un valor moral de dignidad.

Consideran que ante el déficit del valor moral debe recurrirse a otras nociones del derecho que expliquen el derecho a la intimidad, como el dere-

cho de propiedad y otros derechos que se relacionen con la persona, porque, en última instancia, el derecho a la intimidad no tiene algo propio que lo caracterice y le dé unidad (Schoeman y J. Thomson).

En su versión más extrema hay quienes lleguen a sostener (R. Wasserstrom) que hablar de intimidad es una cuestión puramente convencional, vinculada a una determinada civilización y cultura, una pura ficción, una suerte de engaño y de hipocrecía social que sería conveniente desterrar, toda vez que se vincula decisivamente a la enfermedad del narcisismo y de la huida del yo al ámbito privado. Entre los problemas que se derivan de esta actitud se encuentra el abandono de los hombres de los quehaceres públicos, que ya calificara Tocqueville, al referirse a la sociedad íntima como una de las servidumbres modernas. Esta posición considera que el dilema público-privado es un dilema falso, engañoso y dañino.

Reconceptualización funcional de la intimidad

Finalmente, el tercer grupo representaría una visión más pragmática del derecho a la intimidad que, sin restarle importancia a su valor moral, busca reconstruir su estructura unitaria y coherente, ya no sobre las nociones de dignidad humana y personalidad, sino sobre criterios funcionales.

El núcleo duro de la intimidad (Ruth Gavison) estaría constituido por la posibilidad que terceros extraños tienen de acceder a nuestra vida, violentando nuestro espacio privado. En consecuencia, limitar ese acceso es el mecanismo a través del cual es posible identificar y dar sentido a la intimidad.

El deseo de limitar el acceso surge del sentimiento de repulsa del individuo a la pérdida, violación o invasión de la vida privada. En esa perspectiva se entienden mejor las funciones que la intimidad cumple en la promoción de la libertad, la autonomía personal, las relaciones íntimas, la propia identidad y en la legitimación, en suma, de una sociedad libre.

Gavison considera que son tres los elementos que componen la estructura del concepto de intimidad, en una escala gradual que va desde una intimidad perfecta a una imperfecta.

El primero de estos elementos estaría constituido por el secreto, que dice relación con la cantidad de información que se tiene sobre un individuo.

El segundo, por el anonimato, relacionado con la atención que se presta a una persona que pierde intimidad cuando es observada de manera no querida y, por último, la soledad, consistente en impedir el acceso real y directo a un individuo.

Los tres conceptos se unen por la noción de accesibilidad, de manera que es perfectamente posible perder intimidad a través de uno de ellos, sin que los dos restantes se vean afectados.

Con este concepto “neutral” Gavison busca amparar toda la gama de violaciones posibles a la intimidad: desde la recogida, almacenaje y computarización de la información, hasta la violación de la correspondencia, las miradas furtivas o las escuchas telefónicas. Acto seguido, debe relacionarse el concepto con sus funciones, entre las que señala: la libertad de acceso físico, la promoción de la libertad de acción, libertad para la censura y el ridículo, promoción de la salud mental, de la autonomía, de las relaciones humanas o de la *limiting exposure* o “libertad para decidir cuándo y en qué circunstancias pueden revelarse datos o aspectos sobre su vida”³³.

Expuestas a grandes rasgos las principales teorías que han buscado desentrañar el concepto de vida privada, debemos observar que no compartimos aquellas teorías subjetivas que se basan en criterios puramente descriptivos, porque no resuelven el problema de proteger un derecho delimitado en su objeto, contenido y límites, como tampoco una noción que busque reconducir a un solo concepto todos los derechos que históricamente han encontrado su propio ámbito de autonomía. Las tesis funcionalistas, por otra parte, reciben una explicación lógica dentro de las características propias del derecho anglosajón y del *common law*, que necesita reconceptualizar una noción heterogénea y problemática como la de *privacy*, pero no tienen sentido en el derecho continental, donde, por lo general, la noción de vida privada ha sido más restringida.

No estoy con esto sugiriendo que debe abrazarse la noción escéptica, que, por una parte, rechaza la práctica de recurrir a un concepto unitario para explicar el derecho y, por otra, niega la existencia en el derecho de elementos que le sean propios. Estoy muy lejos de ello, principalmente porque pretender encontrar la solución correcta recurriendo a derechos como el de propiedad u otros, para brindar protección a la vida privada, parece ser un camino que históricamente ha demostrado su fracaso. Es evidente que, tanto en Europa como en los EE.UU., esta vía mostró múltiples insuficiencias, por cuanto las instituciones de garantía de estos otros derechos miraban obviamente a objetivos bien distintos, y las técnicas de protección a través de mecanismos tales como la responsabilidad civil ha mantenido durante largo tiempo

a la jurisprudencia en una tierra de nadie. Una concepción como esta lleva al absurdo de la construcción de Wasserstrom, que presenta una falta de comprensión del sentido moderno del derecho a la intimidad. Hoy no se trata de la protección hipócrita de una noción construida para salvaguardia del egoísmo de una clase privilegiada, ni del abandono de lo público por una simple huida a la esfera doméstica, que indudablemente rechazamos. Es algo mucho más profundo lo que está en juego. Es la idea de dignidad humana que exige ser rescatada de la manipulación de los poderes de hecho.

En este sentido es que el concepto de dignidad manifiesta toda su riqueza. No para intentar un nuevo retorno a la ambigüedad a través de una noción extremadamente amplia del derecho a la vida privada, sino para dar fundamento a este y a otros derechos dentro del marco de una sociedad que ya no se regula por el mero espontaneismo de la vida social, económica o política. El concepto de dignidad es válido dentro de la exigencia que nace para el Estado de proteger al individuo de las consecuencias lesivas que la idea dieciochesca de manifestación ilimitada de la voluntad ha generado en el cuerpo social. La autonomía ilimitada de la voluntad dentro del orden espontáneo ha demostrado ser una falacia, en la medida que ha puesto en peligro el propio *hábitat* humano, dificultado a su vez por el desarrollo de poderes fácticos desmesurados que ponen en tela de juicio el Estado Social y Democrático de Derecho. La apelación al concepto de dignidad se nos representa así como una invocación progresista al restablecimiento de los desequilibrios provocados por la irracionalidad de dicho orden y por la necesidad de proteger auténticamente la libertad.

De manera que el camino parece ser el de desembocar en una noción razonable del derecho a la vida privada. No concebirlo como una suerte de mitológica medusa, sino como un derecho perfectamente diferenciable y claro en cuanto a su contenido y límites.

Un intento en este sentido ha sido el que ha formulado Novoa Monreal y a él nos adherimos.

El concepto de vida privada tiene para Novoa las siguientes características:

- a) El desarrollo de una actividad especialmente dirigida a entrometerse en la intimidad ajena, tomando conocimiento de aspectos que la víctima ha querido mantener como reservados, aun cuando no proceda a su divulgación (ELEMENTO OBJETIVO)³⁴.

³³ Sobre todo lo anterior, Vid. NOVOA MONREAL, *op. cit.*, págs. 55 a 77, de las cuales he extraído parte de las referencias anteriores.

³⁴ *Ibidem*, p. 59.

- b) El deseo de una persona, bajo su propia concepción de la intimidad, de que ciertos hechos no sean conocidos (ELEMENTO SUBJETIVO)³⁵.
- c) El recato o pudor de esa persona que no desea que tales aspectos se conozcan, aun cuando objetivamente no lesionen su imagen, su honor u otros bienes jurídicos relacionados (BIEN JURIDICO PROTEGIDO)³⁶.
- d) Irrelevancia de la verdad o falsedad de los aspectos que la víctima deseaba mantener ocultos³⁷.

A nuestro juicio, estas características permiten distinguir el derecho a la vida privada del derecho al honor, del derecho a la propia imagen, del secreto profesional y de los derechos relativos a la integridad física o mental de una persona.

Utilizando estos elementos podríamos definir el derecho a la vida privada como el derecho de toda persona a mantener fuera del conocimiento de terceros aquellos aspectos de su vida corporal o anímica que le provocan recato o pudor, aun cuando no afecten su honor, imagen o integridad física o mental, toda vez que le resultan íntimos, no obstante la falsedad o veracidad objetiva de su contenido.

Se objetará que esta resulta ser una noción restringida del derecho a la vida privada, que no da cuenta más que de su aspecto negativo propio de la visión individualista

No nos parece, sin embargo, que ello sea así.

Primero, porque la noción es comprensiva del derecho de autodeterminación de las personas sobre su propia intimidad y, por lo tanto, admite el control de aquella sobre los aspectos que ha considerado como objeto de reserva, es decir, se manifiesta no solamente como una libertad negativa, sino como un derecho a ejercer un control sobre los aspectos o informaciones que no desea sean conocidos por terceros, y segundo, porque no sólo se contempla el aspecto subjetivo de autodeterminar la información que se desea dar a conocer, sino también el marco objetivo dentro del cual es posible que la lesión a la intimidad se produzca, sin que por ello se caiga en una casuística que dificulte posteriormente instrumentar una protección jurídica adecuada.

A nuestro juicio, lo importante es marcar el acento en los objetivos tendentes a la protección de los derechos, más que en la búsqueda de unidades conceptuales que desconozcan la realidad di-

ferencial de derechos que han logrado independencia de su original núcleo regulador.

En este sentido el concepto de intimidad que hemos adoptado nos parece perfectamente adecuado.

NOCIÓN DE *PRIVACY* EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Pese a que se ha planteado por algunos que el derecho a la *privacy* "es más antiguo que el *Bill of Right*", y que 10 años antes de la publicación del famoso artículo de Samuel Warren, Kohler ya había escrito sobre el "*derecho individual al secreto de la vida privada*", se estima que el concepto moderno de *privacy* surge propiamente con la publicación en el *Harvard Law Review* de 1890 del artículo de Warren y Brandeis, titulado "*The Right to Privacy*"³⁸.

La doctrina distingue³⁹ cuatro grandes períodos en la maduración de este concepto, desarrollados inicialmente en EE.UU. y, posteriormente, también en Gran Bretaña.

El primer período sería aquel que transcurre entre los orígenes del *common law* y el artículo referido de la *Harvard Law Review*. Pero es particularmente entre los siglos XVIII y XIX que se configura jurisprudencialmente un cierto modelo de protección de la vida privada, que Baldassare⁴⁰ califica de "proprietà-appartenenza" y de "contrato", que vendrían a representar las dos prin-

³⁸ En su escrito *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York 1976, ALAN WESTIN refuta esta idea, afirmando que el derecho a la *privacy*, si bien proporcionado a los mecanismos de supervigilancia y de intrusión entonces conocidos, encuentra su reconocimiento en el derecho americano varios años antes de dicho artículo, en el período inmediatamente precedente a la guerra civil. Diría WESTIN: "...that *privacy* was somehow a 'modern' legal right which began to take form only in the late nineteenth century-is simply bad history and bad law", p. 337.

³⁹ LOSANO, MARIO G. "Los Orígenes del «*Data Protection Act*» Inglesa de 1984", traducido por el profesor RAÚL CANOSA, en MARIO G. LOSANO, ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO y M^a FERNANDA GUERRERO MATEUS, *Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales*, Cuadernos y Debates N° 21, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 13.

⁴⁰ BALDASSARE, ANTONIO. *Privacy e Costituzione. L'esperienza statunitense*. Bulzoni Editore, Roma 1974, p. 14.

³⁵ *Ibidem*, p. 58.

³⁶ *Ibidem*, p. 81.

³⁷ *Ibidem*, p. 77.

cipales categorías a través de las cuáles la sociedad angloamericana lo justifica y legítima.

En Inglaterra, como ha señalado Warren Freedman⁴¹ los primeros casos que resolvieron sobre la *privacy* lo hicieron basando la protección en el concepto de *property right*, prohibiendo, en *Gee v. Pritchard* (1818) la publicación de una carta privada, o en *Abernethey v. Hutchinson*, cierta publicación médica con fines de lucro. En ambos casos, vinculando el concepto al de propiedad, más que aquel de corte más moderno de *liberty*.

Sin embargo, incluso antes, como demuestra Baldasare, en *Pope v. Curl*, de 1791 y en *Prince Albert v. Strange*, la Corte recogió los dos criterios: *propiedad y contrato* sobre los cuales se edificó toda su elaboración jurisprudencial. La motivación de la Corte, en estos casos, es que el *common law* tutela la *privacy* solamente como un aspecto de la propiedad privada, si bien es posible encontrar en el *common law* otro tipo de justificaciones, como el que se invocaría en el segundo de los casos mencionados, de “*quiebre de la confianza*” (*breach of trust, confidence or tract*), los cuales sólo pueden ser utilizados como “*giustificazioni complementari o suppletive del medesimo diritto*”⁴².

La Corte siguió en el caso *Pope v. Curl* el principio de que sólo el autor de una carta tiene derecho a la publicación de su contenido, porque sólo a él corresponde la propiedad de la palabra impresa, sea cual fuere la forma que esta adopte.

La importancia del segundo de los casos mencionados por Baldasare (*Prince Albert v. Strange*) reside en el hecho de que se proyecta con lucidez, por la parte demandada, la hipótesis de una distinción entre *privacy* y propiedad privada, pese a que esta no fue reconocida por el Tribunal. Se trataba de sostener la tesis de que, al no estar reconocida la *privacy* por el ordenamiento jurídico vigente, no era de recibo fundar en ella una legítima pretensión de tutela judicial⁴³.

En efecto, llevaba razón el demandado al considerar que la *privacy* no formaba parte del ordenamiento, ya que era, hasta entonces, difícil de ser adscrita a alguna de las tres categorías racionalizadoras del *common law*, propuestas por Blackstone: *personal security, personal liberty* y *personal property*, consideradas como demasiado amplias para englobar todos los elementos del derecho en cuestión.

De este modo, podemos considerar con Baldasare que esta etapa tiene la importancia de proyectar una teoría de la *privacy* sujeta a un doble principio: aquel de la *propiedad privada* y aquel del *contrato*, entendido en el sentido amplio y comprensivo de todo pacto.

Este concepto permitirá al juez encasillar el problema de la *privacy* en alguno de sus amplios perfiles:

- a) La publicación de escritos privados no consentidos por el autor;
- b) La violación de los secretos comerciales;
- c) La invasión del domicilio, sin consentimiento;
- d) La apertura o inspección de una carta, o
- e) La interceptación de un mensaje telegráfico por persona distinta del destinatario.

En el caso de no ser aplicable el concepto de *property*, entonces el juez debía recurrir al de “*relación fiduciaria*” o de “*buena fe contractual*”. De este modo se explicarían de manera más plausible, situaciones tales como:

- a) Las relaciones de confianza entre marido y mujer, abogado, médico y cliente, sacerdote y feligrés, etc., y
- b) Las violaciones a deberes de reserva relativos a reproducciones de escritos o de imágenes⁴⁴.

El segundo período, desarrollado fundamentalmente en los EE.UU., hará referencia a ciertos problemas suscitados por la prensa, y se considera que se extiende hasta la publicación por la *California Law Review*, en 1960, del ensayo de William L. Prosser titulado “*Privacy*”, que habría de provocar la “*crisis del concepto jurídico* (unitario) de *privacy*”⁴⁵, y la incorporación del mismo en la “*United States Privacy Act*”, de 1973.

Es necesario tener presente que hasta los años 50 se estimaba que no existían garantías derivadas directamente de la Constitución, y que ésta más bien reproducía las instituciones garantísticas ya elaboradas por el *common law*⁴⁶.

El punto de partida de esta etapa es el artículo de Warren y Brandeis. Dicho artículo marca una diferencia con el período anterior, dado que ya no se invoca únicamente el doble principio que era comúnmente aplicado por los tribunales en caso de lesión del derecho, sino que un *general right to privacy*, deducible de aquellos dos principios, pero también de otros, emanados igualmente del *common*

⁴¹ FREEDMAN, WARREN. *The Right of Privacy in the Computer Age*, Quorum Books, Connecticut, 1987, p. 3.

⁴² BALDASSARE, ANTONIO. *Op. cit.*, p. 13.

⁴³ *Ibidem*, p. 12.

⁴⁴ Cfr. *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁴⁵ LOSANO, MARIO. *Op. cit.*, p. 16.

⁴⁶ BALDASSARE, ANTONIO. *Op. cit.*, p. 16.

law, como el *copyright* y la *defamation*. Es decir, se concibe a la *privacy* como un derecho autónomo, construido sobre la base del conjunto de principios de *common law* seleccionados por Louis Brandeis, que lo hacen distinguible de otros derechos, y que, por lo tanto, permitían obtener, también, una protección jurídica “en el caso de que la violación de la vida privada se produjera por medio de la prensa, los fotografías o por los poseedores de cualesquiera otros medios técnicos de grabación de imágenes o sonidos”⁴⁷. El senador Samuel Warren había considerado que la prensa de Boston exageró al divulgar noticias reservadas sobre el matrimonio de su hija, cuestión que obviamente no estaba cubierta por el criterio tradicional aplicado por los tribunales hasta esa fecha⁴⁸.

Desde entonces no se asocia la idea de intimidad al concepto de *property* o de privilegio, sino que entiende que ella debe ser reconocida a todos los individuos, como una facultad de exclusión del individuo respecto de su vida íntima, o como propusiera el juez Cooley, en 1873 (en *The Elements of Torts*) como “el derecho a ser dejado en paz”⁴⁹.

Sin embargo, hacia fines de los años veinte, el contenido de la *privacy* comenzó a ser más confuso, toda vez que las cortes afirmaban o negaban el derecho dándole los más diversos contenidos⁵⁰,

⁴⁷ WARREN y BRANDEIS. *The Right to....*, op. cit., p. 205.

⁴⁸ Cfr. LOSANO, MARIO. *Op. cit.*, p. 15.

⁴⁹ GÓMEZ PAVÓN, PILAR. *La intimidación como objeto de Protección Penal*, Ediciones Akal, S.A., Madrid 1989, p. 14.

⁵⁰ VENTURA, MARINA, en “Silenzi ed equivoci nella giurisprudenza sulla “privacy” della Corte Suprema Americana”, *Quaderni Costituzionali* N° 2, agosto 1994, señala entre los variados casos que demostrarían esta falta de uniformidad en el contenido de las materias resueltas bajo el concepto de *privacy*, los siguientes: Sentencia Robertson v. Rochester Folding Box Co., 171 N.Y. 538 (1902) y, en sentido opuesto, Pavesich v. New England Life Insurance Co., 122 Georgia 190, 50 S.E. 68 (1905), en mérito a la utilización de la imagen para fines comerciales; Rhodes v. Graham, 238 Kentucky 225, 37 S:W. 2nd 46 (1931) y Mc Daniels v. Atlantic Coca-Cola Bottling Co., 60 Georgia App. 92, 2 S.E. 2nd 810 (1939), en materia de interceptaciones y, por último, Melvin v. Reid, 112 California App. 285, 297 Pac. 91 (1931) y Cason v. Baskin, 159 Florida 31, 30 So. 2nd 635 (1947), que miran a los libros y películas que tienen por objeto las vicisitudes de algunas personas. A juicio de esta autora, esta misma confusión ha hecho que las conclusiones sobre el concepto de *privacy* hayan sido completamente opuestas en la doctrina. La cita está recogida de la p. 262.

pero siempre bajo el resabio patrimonialista que consideraba que debía existir una efectiva intrusión física (“*actual physical invasion*”), para que se configurara una violación a la Cuarta Enmienda, sobre la cual se había construido este derecho. Pero, precisamente cuando la Corte Suprema había comenzado a prescindir de este requisito, desvinculándose de la interpretación tradicional y propietaria, en el año 1928, en el caso *Olmstead v. United States*, cambió su interpretación, considerando que no se violaba la Cuarta Enmienda cuando, por ejemplo, las interceptaciones utilizaban cables telefónicos colocados al exterior de una casa, o cuando los micrófonos habían sido puestos en el muro de una habitación colindante con la del indagado.

Será necesario llegar al año 1967 para que la Corte, en el caso *Katz*, afirme que la “la Cuarta Enmienda protege a las personas y no a los lugares” y, en consecuencia, declare ilegítimo el registro de una conversación telefónica efectuada por medios electrónicos colocados al exterior de una cabina pública.

Paralelamente, señala Ventura, en el caso *Griswold v. Connecticut*, del año 65, la Corte resuelve la controversia jurisprudencial existente respecto a la libertad negativa de manifestación del pensamiento (*political and associational privacy*), declarando que todos tienen derecho a no revelar sus opiniones políticas o la pertenencia a cierta asociación. Los autores consideran que es, precisamente, en esta sentencia que la Corte reconoce el *right to privacy* no sólo como instrumento de tutela de la libertad política, en su más amplio sentido, o como garantía frente a los poderes de la policía, sino como un valor en sí⁵¹. A partir de esta sentencia se considera, como afirmara el juez Douglas, que “los derechos garantizados por el *Bill of Right* tienen penumbras, formadas por las emanaciones de estos derechos, que concurren a darles vida y sustancia”.

Estos derechos, creadores de zonas de privacidad, serían: los que sancionan la libertad de asociación, los que establecen límites al acuartelamiento de los soldados, los que prohíben persecuciones o secuestros injustificados, y aquellos que prohíben que alguien sea obligado a deponer contra sí mismo.

⁵¹ Así lo aseverarían E. S. CORWIN, en *The Constitution and What it means today*, Princeton, 1978, p. 466, A. F. WESTIN, en “Science, Privacy and Freedom: Issues and Proposals for the 1970’s”, en *Columbia Law Review*, 1966. BALDASSARE, en op. cit, p. 312, y L. LUSKY, en “Invasion of privacy: a clarification of concepts”, *Columbia Law Review*, 1972, p. 693. Citados por VENTURA, en op. cit, p. 264.

De este modo surgiría un derecho a la *privacy* de contenidos muy diversos que emergerían de la sola lectura de la Carta Constitucional, interpretación frente a la cual se produciría la reacción de algunos jueces de la Suprema Corte, como el juez Black, que ha advertido, en su opinión disidente en el caso Griswold, del peligro de hacer confluír todo bajo el común concepto de *privacy*⁵². Dirá este juez: “Una de las maneras más eficaces para debilitar o expandir un derecho constitucionalmente garantizado es sustituir la palabra o las palabras cruciales de una garantía constitucional, por otra que sea, a su vez, más o menos flexible o más o menos estrecha en su significado”.

La sentencia Griswold marcaría así el punto de inflexión entre una jurisprudencia que avanza lentamente contrastando diversas situaciones, con una jurisprudencia, por así decir, galopante, que va recogiendo bajo el concepto de *privacy* muy variados intereses, sea el problema del aborto en los principios de los años 70 (Roe v. Wade, 1973) y en los inicios de los 90, o el problema de la eutanasia⁵³. Lapidariamente dirá el juez Black: “El concepto de *privacy* es un concepto amplio, abstracto y ambiguo”.

Esta amplitud del concepto sólo puede ser entendida bajo la idea propia del Derecho norteamericano que concibe al juez como creador de derecho. En efecto, el concepto de *privacy* surge originariamente como un derecho a prevenir la publicación de noticias personales; luego, en el caso Pavesich, se invoca como garantía del derecho al nombre, en NAACP v. Alabama, como premisa de la libertad de asociación; luego, en el caso Watkins, como premisa de la libertad de opinión, como salvaguarda de los sistemas de investigación en el caso Olmstead, y finalmente como penumbra de la serie de derechos mencionados anteriormente.

Ventura atribuye esta extensiva y dificultosa concepción del derecho, a la circunstancia de que en el caso Griswold se afirma su existencia, sin definir exactamente su contenido⁵⁴.

De este modo, bajo su concepto se plantean difíciles problemas relativos al derecho de aborto y al derecho de procrear, a o al derecho a ser desconectado de la máquina que sostiene artificialmente la vida, o a negarse a recibir un determinado tratamiento médico.

De acuerdo con todo esto, señala Ventura⁵⁵, pareciera desprenderse que la dirección de la Corte ha sido la de reconocer el concepto de “*privacy-*

autonomy, esto es, el derecho del individuo a determinar libremente su propia conducta no sólo en materia de sexo y familia, sino también en otras esferas sentidas como privadas o *connaturales* a la misma definición de su personalidad. Surge, por tanto, el deber del Estado de abstenerse en la regulación de dichas esferas, a la que se opone el llamado “derecho a la libertad frente a la regulación oficial” o *privacy-autonomy*, que no es sino una nueva manera de replantear la eterna cuestión de las relaciones entre el Estado y el individuo.

Sin embargo, reflexiona Ventura, es bien sabido que en ningún ordenamiento es reconocida una absoluta libertad al individuo⁵⁶.

Es así como, por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana ha dado generalmente preferencia a la libertad de información de los *mass-media* por sobre la *privacy*, a menos que esté presente una figura difamatoria o el derecho de identidad, en cuyos casos recurre no a la *privacy*, sino a la automía de aquellas dos últimas figuras⁵⁷.

CONCEPTO DE VIDA PRIVADA EN EL DERECHO FRANCÉS

En un interesante artículo que nos sirve de guía en esta exposición, el profesor italiano Baldassare advierte sobre las dificultades que para el derecho francés han tenido las nociones de “*secret de la vida privada*” y “*derecho a la privacidad*”. Durante más de un siglo, la ideología subyacente en el Código de Napoleón, que excluyó de su tratamiento los derechos extrapatrimoniales, hizo que estas materias fueran consideradas más bien como el objeto propio de los estudiosos del derecho natural y de la filosofía del derecho, hasta que a principios del presente siglo los estudios realizados por Saleilles sobre el derecho al nombre y por Perraut sobre los derechos de la personalidad, dieron paso a la emergencia de una serie de aspectos de derecho positivo extremadamente complejos⁵⁸.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 273.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 286.

⁵⁸ Aunque la expresión “derechos de la personalidad” es más bien de origen germánico. Como lo recuerda el Decano Carbonnier, fue introducida en Francia por ROGUIN, en su obra *La règle du droit*, Lausanne, 1889 (*Droit Civil*, Tomo I, 1965, N° 73). Citado por RAMÓN DOMÍNGUEZ AGUILA y RAMÓN DOMÍNGUEZ BENAVENTE, en “Las servidumbres a que obliga la grandeza. La esfera de intimidad y las personalidades públicas”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* N° 144, Concepción, Chile, 1968, p. 34.

⁵² VENTURA, MARINA. *Op. cit.*, p. 266.

⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 266.

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 267.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 273.

Ha dicho Lebreton que el derecho a la vida privada, en Francia, es lo que se pudiera denominar un “*droit balkanisé*” que, no obstante presentar, en ciertas áreas, una protección eficaz, se ha visto históricamente enfrentado a grandes dificultades para obtener un reconocimiento global⁵⁹.

Es cierto que algunos de sus componentes encuentran su origen en tiempos de la Revolución, como la inviolabilidad del domicilio, consagrada por el decreto del 19-22 de julio de 1791, y por gran parte de las constituciones posteriores a esta fecha, hasta la Constitución de 1848, que es la última en consagrarlo durante el siglo XIX, o la inviolabilidad de la correspondencia, que encuentra su origen en un decreto de 5 de diciembre de 1789, dictado a iniciativa de Mirabeau con la finalidad expresa de reaccionar frente a las prácticas indiscretas del antiguo régimen.⁶⁰ Pero lo cierto es que es necesario llegar al año 1970 para que una ley consagre este derecho en cuanto tal.

No obstante, y a juicio del profesor chileno Eduardo Novoa Monreal, “*la doctrina y la jurisprudencia de Francia habían adelantado bastante en la creación del concepto. Juristas franceses elaboraron primero la noción de los “derechos de la personalidad”, para que luego los tribunales impusieran su respeto por la vía de la aplicación del artículo 1382 del código civil francés sobre responsabilidad extracontractual. La jurisprudencia, al comienzo muy variable, se fue uniformando dentro de un apreciable número de sentencias correspondientes, principalmente, a reclamos de artistas y gente de mundo para asegurar un amplio respeto a la vida privada*”⁶¹.

Una simple revisión de la manualística de derecho público francesa del primer tercio de este siglo nos demuestra la escasa preocupación por el tema por parte de los más eminentes constitucionalistas del país gallo. Encontramos siempre alguna referencia breve a la inviolabilidad del domicilio, al que se considera o bien como una prolongación de la libertad individual⁶², o como formando parte de aquellos derechos que miran principalmente a los intereses materiales de los individuos⁶³, en oposición a

los que se relacionan más directamente con sus intereses morales.

La visión es, como se puede ver, eminentemente patrimonialista, y es en esta lógica que Esmein clasifica el derecho a la inviolabilidad del domicilio junto al derecho de propiedad y a la libertad de comercio, trabajo e industria.

André Vitalis cree ver en esta concepción patrimonialista de la intimidad no una necesidad unánimemente sentida, como pudiera desprenderse de la noción naturalista que dió el profesor Westin en su conocido artículo sobre “*Privacy and Freedom*”, sino la adquisición “*d’un privilège*” para una clase burguesa minoritaria⁶⁴.

Citando un pasaje de la obra de Munford, “*The culture of Cities*”, busca hacer claridad sobre lo que denomina “*origine artificielle et bourgeoise*” de la noción de vida privada. La cita, que reproducimos, dado su interés, expresa lo siguiente:

“*El primer cambio radical... que debía modificar profundamente el hábitat medieval tradicional es el nacimiento del sentimiento de intimidad. Este último implicaba la posibilidad (del hombre) de aislarse a su voluntad de sus semejantes, de su vida y de sus ocupaciones. Intimidad del sueño, intimidad de las comidas, intimidad de los ritos religiosos y sociales y, en fin, intimidad del pensamiento. (Esta etapa) marca el fin de las relaciones sociales recíprocas entre las clases superiores e inferiores del sistema feudal, relaciones que aliviaban la opresión. El deseo de intimidad marca el comienzo de la nueva separación de clases que debía desembocar más tarde en las luchas de clases y en las reivindicaciones individuales*”⁶⁵.

Para Vitalis⁶⁶, el carácter elitista de la intimidad no es exclusivo de esta noción. A su juicio, él impregna todo el pensamiento liberal, pese al espíritu abstracto y universal de su traducción jurídica en los derechos del hombre. De este modo, puede entenderse mejor, como sugiere el profesor Rodota⁶⁷, que “*no es por azar que las disposiciones jurídicas que reglamentan este derecho están*

⁵⁹ LEBRETON, GILLES. *Libertés publiques et droits de l’homme*. Armand Colin Editeur, Paris 1995, p. 270.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 260.

⁶¹ NOVOA MONREAL, EDUARDO. *Op. cit.*, p. 26.

⁶² DUGUIT, LEÓN. *Manual de Derecho Constitucional*, Francisco Beltrán, Librería española y extranjera, Madrid 1913, p. 219.

⁶³ ESMEIN, ADEMAR. *Elements de Droits Constitutionnel Français et Comparé*, 7ème. ed.,

Tomo I, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1921, p. 546

⁶⁴ VITALIS, ANDRÉ. *Informatique, Pouvoir et...*, *op. cit.*, p. 147.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 148. (La traducción es nuestra).

⁶⁶ *Ibidem*, p. 148.

⁶⁷ RODOTA, S. “Actes du séminaire sur les questions d’ordre politique soulevées par la protection des données”, O.C.D.E., 1976, p. 152, citado por Vitalis.

calçadas, en lo esencial, del derecho burgués por excelencia: el derecho de propiedad..."

Pero, independientemente de estas consideraciones de orden histórico-políticas, el hecho es que la ideología del Code Civil sirvió de base durante la vigencia del Estado Liberal de Derecho a la elaboración jurisprudencial del derecho a la intimidad en Francia, y que, a pesar de estas consideraciones, no gozaba en dicho país de una protección adecuada.

Baldassare ha podido afirmar literariamente que la jurisprudencia de las cortes civiles francesas debió pasar por un "*tormatato processo*" de identificación de las formas de secreto y de las exigencias de privacidad pertenecientes a la serie de los intereses o de los valores tutelados por la norma ya referida del artículo 1382 del Código Civil. En ella, lo que se hacía era codificar el principio del "*neminem laedere*", con la cláusula general de que "*cualquier hecho*" que causa daño a otro obliga a "*aquél por cuya culpa se ha verificado*" a resarcirlo.

No obstante, la doctrina, pese a sus esfuerzos por arribar a una noción más comprensiva de la intimidad, se vio ante el dilema de reconocer diversas y contrapuestas fórmulas descriptivas de los derechos de la personalidad. A veces, se miraba a estos como "*véritables droits subjectifs*", otras, como simples intereses "*tutelados*" por vía indirecta, y la mayor parte de ellas como "*situations juridiques*" difíciles de definir⁶⁸.

La labor de la jurisprudencia francesa, entre tanto, había tendido a una verdadera *création prétorienne* de un derecho no escrito. Le habían servido de sostén los diversos principios contenidos en la legislación civil sobre integridad personal, derecho al nombre y sobre los poderes de disposición del propio cuerpo. Estos principios representaban para la jurisprudencia el *punto di emersione* de un más amplio campo de derechos de la personalidad. Señala el profesor Baldassare que eran numerosas las sentencias que, partiendo de la norma penal sobre la inviolabilidad del domicilio, concebían la tutela de la intimidad como un *diritto ad essere lasciato in pace*, de un modo muy semejante al *right to be alone* de la experiencia anglo-americana⁶⁹.

La labor de la jurisprudencia puede resumirse del siguiente modo:

- a) La configuración de la noción de daño moral.
- b) El intento por extender al máximo los difusos fenómenos de la reproducción y difusión abusiva de la imagen.

- c) El intento, aunque ajeno al sistema normativo vigente, de dar forma a los conceptos de *respect de la vie privée* y de *intimité de la vie privée*.
- d) La construcción de técnicas de defensa que fueran más allá del acostumbrado recurso al resarcimiento de los perjuicios, entre las que pueden citarse las providencias para hacer cesar de manera directa la difusión de ciertas noticias, la divulgación de cartas confidenciales o la reproducción abusiva de imágenes.

Todos estos esfuerzos estaban, sin embargo, necesariamente limitados por la circunstancia insuperable de la inexistencia de normas sobre la privacidad o la intimidad de la vida privada, que constreñía, indefectiblemente, la esfera de libertad de los jueces al ámbito preconstituido del sistema de normas sobre responsabilidad civil.

La ley de 17 de julio de 1970 vino a poner término a esta situación. Por medio de esta ley se da reconocimiento legal en Francia al derecho a la vida privada no de la manera global que señala Robert⁷⁰, toda vez que esta ley no hizo otra cosa que sistematizar el conjunto de los importantes, pero necesariamente limitados principios elaborados por la jurisprudencia en el largo período que le precedió, pero sí dando un paso muy relevante a una regulación más completa y coherente de este derecho.

El principio fundamental, por ella reconocido, fue el de que "*chacun a droit au respect de la vie privée*", y él se materializó en una nueva disposición del Código Civil: el artículo 9. La ley establece, por otra parte, que se exponen a sanciones penales todos aquéllos que, sin el consentimiento de las personas, atentan a su intimidad (*intimité*) consignando o divulgando expresiones desconocidas o fugaces de su personalidad⁷¹. Toca al juez *de réfère* impedir o hacer cesar un atentado de tal naturaleza.

Sin embargo, como afirma el mismo profesor Robert, de la propia redacción de esta ley se desprende que tanto la legislación civil como la penal ha considerado únicamente la "*intimité*" de la vida privada.

En la década del 70 habrán de dictarse tres nuevas leyes que hacen, de un modo u otro, referencia a la vida privada. Una de ellas, de la mayor relevancia para nuestros efectos. Se trata de las

⁶⁸ BALDASSARE, ANTONIO. *Privacy e Costituzione. L'esperienza...*, op. cit., p. 253.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 251.

⁷⁰ ROBERT, JACQUES. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, avec la collaboration de Jean Duffar. Quinta edición, Montchrétien, París 1994, p. 354

⁷¹ *Ibidem*, p. 354.

Leyes 78-753 de 17 de julio de 1978, modificada por la Ley 79-587 de 11 de julio de 1979, y que se refiere a la libertad de acceso a los documentos administrativos; de la Ley N° 79-18 del 3 de enero de 1979, sobre los archivos y, finalmente, de la Ley N° 78-17 del 6 de enero de 1978, relativa a la informática, a los ficheros y a las libertades.

Habiendo señalado anteriormente el itinerario de la evolución de la idea de intimidad en el derecho francés, debemos concluir con el profesor Robert que el concepto de vida privada tiene en Francia un uso relativamente reciente, pese a recubrir la antigua realidad que se manifiesta en el deseo de las personas de estar al abrigo del poder y de los demás⁷².

Puede estimarse que sus componentes esenciales en el sistema francés (Lebreton) son los siguientes:

1. La libertad del domicilio, que comprende, a su vez, el derecho a elegir y mudar de domicilio, el derecho de las personas a utilizar su domicilio según sus conveniencias y el derecho a su inviolabilidad.
2. El derecho al secreto.
3. El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, que se asocia al anterior.
4. El derecho a la protección de las informaciones nominativas, también derivado del derecho al secreto.
5. El derecho a una vida familiar normal, y
6. El derecho a la vida sexual.

Desde luego, no es esta la ocasión de referirnos *in extenso* a cada una de sus manifestaciones, y sólo haremos en el transcurso de la tesis las observaciones que en cada caso se manifiesten como atinentes.

Debe valer, finalmente, la observación formulada por el profesor Lebreton de que su valor constitucional continúa siendo en Francia frágil, y prueba de ello son las restricciones a que ha sido recientemente sometido por la llamada Ley Pasqua, de 1993. Es cierto que el Consejo Constitucional ha reconocido el valor constitucional de algunos de sus componentes, particularmente en lo que se refiere a la inviolabilidad del domicilio, pero aún está lejos de darle un reconocimiento global explícito. La norma más próxima que habilitaría tal reconocimiento es, probablemente, el artículo 66 de la Constitución francesa, que reserva a la autoridad judicial el cuidado de la libertad individual bajo todos sus aspectos⁷³, pero, como ha sostenido el

profesor Lebreton⁷⁴: “*En tanto que su valor constitucional no sea claramente afirmado, el derecho a la vida privada permanecerá, por desgracia, como una libertad pública de segundo rango*”⁷⁵.

CONCEPTO DE RISERVATEZZA EN EL DERECHO ITALIANO

A diferencia de la larga evolución que el concepto de “vida privada” ha tenido en Francia, en Italia la investigación doctrinal sobre la *riservatezza*, tiene un alcance más reciente. Es a partir de la segunda posguerra mundial que el tema viene a ser puesto en consideración por la doctrina italiana. Estrictamente, como ha señalado el profesor Dogliotti⁷⁶, es a partir de la ratificación, por el Estado italiano, de la Convención de Roma sobre Derechos Humanos, por ley de 4 de agosto de 1955, que el derecho a la *riservatezza*, contemplado en dicha Convención, se introduce, como una nueva fuente en el ordenamiento jurídico de aquel país⁷⁷.

En Francia, como hemos indicado, se desarrolla, a comienzos de siglo, una cierta teoría (Perreau) sobre los derechos generales de la personalidad, puestos en duda, ciertamente, por aquella corriente más tradicional y afecta a las formulaciones clásicas del Código Civil, pero que habría de tener amplias repercusiones en el reconocimiento y respeto de aspectos singulares de la personalidad, por mucho tiempo carentes de una efectiva protección jurídica.

En Italia, por el contrario, la incorporación de la noción de *riservatezza* se produce, como de-

assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi”.

⁷⁴ LEBRETON, GILLES. *Libertés publiques et droits...*, op. cit., p. 270.

⁷⁵ Puede considerarse, sin embargo, que la decisión del Consejo Constitucional de 12.01.1977, sobre el Registro de Vehículos, le reconoce implícitamente dicho valor (citado por Lebreton).

⁷⁶ DOGLIOTTI, MASSIMO. “Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia: orientamenti dottrinali e giurisprudenziali”, en BESSONE y GIACOBBE (Eds.) *Il diritto alla riservatezza in Italia ed in Francia*. Cedam, Padua 1988, p. 86.

⁷⁷ El profesor chileno LÓPEZ SANTA MARÍA sostiene, no obstante, que ha sido el profesor ADRIANO DE CUPIS quien introdujo el término en Italia a través de su obra *I diritti della personalità*, en el año 1942. Ver: “Consideraciones sobre el derecho a la privacidad o al secreto de la vida privada”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, N° 79, Santiago, 1980.

⁷² *Ibidem*, p. 345.

⁷³ Señala en su inciso segundo: “*L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle,*

cíamos, más tardíamente, y se desarrolla *a posteriori*, en el marco de una importante polémica doctrinal, que no obstante tener hoy en día un carácter, más bien, histórico, es importante consignarla para una mejor comprensión de la vis expansiva de este concepto en la doctrina y la jurisprudencia italianas.

Desde luego, es necesario partir señalando que en el Ordenamiento jurídico italiano, como había ocurrido durante mucho tiempo y de modo semejante en el Derecho francés, no existe una norma específica que consagre el derecho a la *privacy* o a la *riservatezza*, como se ha traducido esta noción en Italia.

Esta sola circunstancia ha hecho que los problemas derivados para la jurisprudencia italiana fueran, en muchos sentidos, bastante complejos, como había ocurrido también en Francia, habida cuenta de la necesidad de los jueces de recurrir a ciertas normas del Código Civil, o de la legislación penal, para dar respuesta al torrente de situaciones nuevas no cubiertas con claridad por la normativa vigente.

La discusión a que aludimos se da, ciertamente, en el marco de aquella necesidad más amplia de dar cobertura jurídica, en el derecho italiano, a los llamados derechos de la personalidad.

Por de pronto, anticipémosnos en señalar que a lo largo de todos estos años la jurisprudencia italiana había venido dando “carta de ciudadanía” a un conjunto muy relevante de derechos comprendidos bajo la noción de derechos de la personalidad.

El problema que habría prontamente de surgir y generar, como resulta obvio, una viva y extendida polémica miraba al hecho de si había que concebir tales derechos como derechos diferenciados y distintos, sin perjuicio de reconocer sus características comunes o, simplemente, y dado el carácter indivisible de la personalidad, como un derecho único que iba extendiendo su campo de irradiación hacia nuevos y variados aspectos que, necesariamente, le estaban vinculados.

Esta última doctrina, denominada por algunos como doctrina monista y por otros como la concepción unitaria, era considerada como la más avanzada, fundamentalmente por las consecuencias prácticas más favorables a la idea de protección que se le atribuían.

En efecto, como señala el profesor Dogliotti, dichas consecuencias son, desde un punto de vista práctico, enormemente relevantes. Las razones son, en su esencia, las siguientes. Si se parte de la perspectiva plural que entiende a los derechos de la personalidad como derechos diferenciados, es *conditio sine qua non* que toda injerencia de terceros en la intimidad de otros deba ser generalmente

admitida, toda vez que no existe una prohibición explícita a que esta intervención opere. Sólo existirían ciertos y determinados derechos que marcarían la frontera de licitud para los terceros. En todo lo demás, éstos obrarían en el ejercicio legítimo de su *licere*.

Esta idea fue recogida por la jurisprudencia italiana en una primera etapa, y llevó a la natural consecuencia de no otorgar reconocimiento a un derecho a la personalidad unitariamente concebido. Se estimó⁷⁸ que no era predicable la atribución de una relevancia autónoma al exclusivo interés por la protección de la esfera de intimidad individual. No se trataba, como se comprenderá, de dejarla desprotegida, pero se apreciaba que dicha tutela debía ser practicada a través de una serie de normas concretas que resguardaban intereses más amplios y diversos (violación del honor o el decoro, la prueba del daño causado o la culpa del autor del daño).

A partir de una sentencia del Tribunal de Casación, pronunciada en abril de 1963, los tribunales comenzaron explícitamente a acoger la posición contraria, esto es, aquella doctrina unitaria de los derechos de la personalidad que hemos mencionado anteriormente. Se reconoció, por tanto, de manera cada vez más amplia la existencia del derecho, buscando su fundamento en determinados principios constitucionales. Específicamente, en los artículos 2 y 3, apartado 2, de la Constitución italiana.

Con mayor precisión, podemos decir que el artículo 2° se convirtió no sólo en el fundamento del derecho a la *privacy* o *riservatezza*, sino que, más ampliamente, “*de todo otro aspecto de la tutela de la personalidad*”⁷⁹.

No obstante la atención prestada por el Tribunal de Casación al artículo 2° de la Constitución, hasta el día de hoy continúa siendo cierto, a juicio de Dogliotti, que el ordenamiento jurídico italiano brinda una tutela limitada a la esfera interior del individuo. Se consideran sus perfiles tradicionales, tipificados por el Código Penal, en sus artículos 616, 622 y 614, referidos respectivamente al secreto de la correspondencia, al secreto profesional y a la inviolabilidad *delle pareti domestiche*. Desde la ratificación del Convenio de Roma importantes leyes habrían de responder a esta nueva inquietud, particularmente aquella del *Statuto dei Lavoratori*, que introduce el principio de tutela del trabajador frente a toda forma de indagación de sus opiniones o de su vida privada que no digan directa relación con la relevancia de sus aptitudes

⁷⁸ DOGLIOTTI, MASSIMO. “Il diritto alla riservatezza in Italia de...”, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 85.

profesionales. Parecidas leyes fueron dictadas en el ámbito de la protección del honor de los hijos ilegítimos (ley de 31 de diciembre de 1955) y de las informaciones recabadas al personal militar (ley 328 de 1978).

En el marco de estas disputas, se trataba igualmente de establecer cuál era el perfil correspondiente a un tal derecho a la *riservatezza*. Una situación desde luego bastante confusa, porque si bien se admitía y se admite que este manifiesta notorias diferencias con los derechos que le son análogos, como el derecho a la identidad, el derecho al honor y el derecho a la imagen, y se ha reconocido ampliamente, que “*la riservatezza é altra cosa*”⁸⁰, el grado de acuerdo respecto a su objeto y límites dista mucho de ser uniforme, y buena parte de las perspectivas atribuidas a esta noción desprende su desarrollo desde alguna de esas matrices.

Una lesión del honor puede, evidentemente, verificarse al margen de la “*intimità*” de la noticia divulgada, y no afectar, en consecuencia, la *riservatezza*. La idea de identidad hace, por otra parte, referencia a un conjunto de signos distintivos de una persona que le habilitan para defenderse de atribuciones que la hagan aparecer de un modo que no se ajusta a su identidad real, etc.

La *riservatezza*, entonces, no es eso. Parece ser algo más, pero también tiene la virtualidad de prohiar nuevos elementos, muy discutibles, que exigen una cierta revisión de las nociones privatísticas. De este modo se habla desde hace algunas décadas en Italia de la necesidad de repensar instituciones como la *patria potestad* o la potestad marital, para dar cabida a una concepción más dinámica que incorpore la idea de protección de la esfera íntima de los cónyuges o de los hijos menores.

Se ha cuestionado también, en Italia, que las técnicas de protección de la *riservatezza* sean esencialmente resarcitorias. La tendencia de la jurisprudencia italiana ha sido la de asimilar la noción de

daño no patrimonial con la noción patrimonialista del daño moral, lo que se observa como claramente insuficiente.

En esta perspectiva ha habido, sin embargo, intentos, como el de Sconamiglio (1957) por proponer una distinción entre el daño moral y aquellos daños necesariamente “*derivante dalla lesione del diritto della personalità*”⁸¹, un daño que debiera ser resarcido sin que se tenga en mente un inmediato reflejo de carácter patrimonial o económico. Idéntico propósito han expresado a fines de los 70 Busnelli y Rescigno.

Dogliotti⁸² advierte sobre la insuficiencia de una perspectiva en términos de exclusiva responsabilidad civil, para ampliar los mecanismos de protección de la *riservatezza*, y dentro de una lógica privatista propone recurrir a otros mecanismos del Derecho Civil italiano, como la acción inhibitoria, el secuestro, la destrucción del medio lesivo o el procedimiento de urgencia, medidas que traen a la memoria las prácticas de la jurisprudencia francesa para precaver el daño, recurriendo a medidas precautorias que evitaren las dilaciones del procedimiento ordinario. Problemas tales como la difusión progresiva de los “*elaboratori elettronici*”, sobre los que ha escrito especialmente Rodotà, o el fenómeno de los *banchi dei dati*, hacen aparecer como insuficientes las técnicas de protección civilísticas.

De este modo concluye Dogliotti que estas materias nuevas y estimulantes “*implican múltiples aspectos y equilibrios sociales que sobrepasan, en una visión más amplia y generalizada, los límites de un tratamiento de la teoría de la intimidad personal, en una óptica meramente... civilística*”⁸³.

Si bien, como reconoce Marie-Claire Ponthoreau, la discusión en Italia ha sido “*essentiellement une controverse de civilistes*”⁸⁴, ella observa que “*ces derniers recherchent toujours un fondement constitutionnel à leurs thèses*”⁸⁵.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 90.

⁸¹ *Ibidem*, p. 111.

⁸² *Ibidem*, p. 112.

⁸³ *Ibidem*, p. 119.

⁸⁴ PONTHEAU, MARIE-CLAIRE. *La Reconnaissance des Droits Non-Écrits par les cours Constitutionnelles Italienne et Française. Essai sur le pouvoir du juge constitutionnel*. Ed. Economica. Paris, 1994, p. 92.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 92.