

LA INTIMIDAD EN CRISIS: REPENSANDO SU FINALIDAD

*THE PRIVACY CRISIS: RETHINKING ITS PURPOSE*

*Rev. Boliv. de Derecho N° 26, julio 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 78-107*

\* El autor agradece las críticas y sugerencias efectuadas con ocasión de la revisión y arbitraje a la presente investigación.



Luis  
de las HERAS  
VIVES

**ARTÍCULO RECIBIDO:** 2 de marzo de 2018.

**ARTÍCULO APROBADO:** 10 de abril de 2018.

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como finalidad advertir acerca de la problemática que se plantea a la hora de proteger la intimidad. Actualmente asistimos a un momento de decadencia en la que la intimidad es sistemáticamente lesionada. Todo el mundo graba a todo el mundo. Esta situación plantea importantes problemas que requieren una revisión de sus límites y comprensión.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la intimidad; nuevas tecnologías; garantías y libertades personales.

**ABSTRACT:** This paper aims to warn about the problems that arise when protecting privacy. We are currently witnessing a period of decline on which privacy is systematically damaged. Everyone records everyone. This situation poses important problems that require a revision of its limits and understanding.

**KEY WORDS:** Right to privacy; new technologies; personal guarantees and freedoms.

**SUMARIO.-** I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA INTIMIDAD.- 1. Dimensión vertical de la intimidad: para con el Estado.- 2. Dimensión horizontal de la intimidad: para con el hombre.- II. BREVE ITINERARIO JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.- 1. El “*right to privacy*” de Warren y Brandeis y su posterior desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo.- 2. La recepción del derecho a la intimidad en los textos normativos supranacionales.- 3. El derecho a la intimidad en el plano nacional.- III. REQUIEM POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD: TODO EL MUNDO GRABA A TODO EL MUNDO.- IV. UNA NUEVA NECESARIA COMPRENSIÓN DE LA INTIMIDAD.

---

## I. INTRODUCCIÓN AL FENÓMENO DE LA INTIMIDAD.

### I. Dimensión vertical de la intimidad: el Estado.

En todos los Estados occidentales la seguridad ciudadana constituye un elemento esencial sin el cual el libre ejercicio de los derechos y libertades sería imposible. El Estado ha de prestar una actividad dirigida a la protección de las personas y los bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la paz social por medio de las medidas necesarias (orden público)<sup>1</sup>. Sin embargo, no faltan ocasiones en las que tomando por bandera la seguridad ciudadana, el libre ejercicio de los derechos y libertades ha devenido imposible. Buena cuenta de ello nos da George Orwell a lo largo de sus obras. Con la publicación de su novela “1984”, advirtió proféticamente<sup>2</sup> acerca de las consecuencias para la sociedad cuando por el Poder –Gran Hermano– se restringen y limitan los derechos del individuo; especialmente la intimidad, que supone ese inexpugnable territorio del hombre donde tiene lugar el encuentro íntimo con uno mismo y se vivifica la gráfica expresión del Oráculo de Delfos: “conócete a ti mismo”. Restricción y límites que, en ocasiones, efectivamente, pueden tener origen en una ley aprobada por la mayoría.

---

1 Utilizamos la expresión “seguridad ciudadana” como sinónimo de seguridad pública que a su vez incorpora el orden público. Sobre esta cuestión puede verse IZU BELLOSO, J. M.: “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, núm. 58.

2 FROMM, E.: “Afterword” en ORWELL, G.: *1984*, Signet, New York, 1961, pp. 257-267; nos advierte que la novela de George Orwell no sólo es la expresión de un estado de ánimo, sino una advertencia. Lo primero por la desesperación ante el futuro del hombre, lo segundo, porque a menos que cambie el curso de la historia, los hombres de todo el mundo perderán su condición humana –libertad–, y concluye el autor afirmando que “los libros como los de Orwell son duras advertencias, y sería lamentable que el lector interpretara presuntuosamente la obra 1984 como otra descripción más de la barbarie stalinista, y no viera que también nos está describiendo a nosotros mismos”.

#### • Luis de las Heras Vives

Abogado. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Master of Laws (LL.M.) por el Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (UV).

A pesar de ello, como se observa en la “Rebelión en la Granja”, el análisis de la cuestión de la justicia del Derecho bajo el prisma de la legitimidad formal puede llegar a ser perverso. En la obra vemos la facilidad con la que las normas pueden ser manipuladas. La norma original que decía: “ningún animal matará a otro”, llegaría a decir, para justificar así las acciones del cerdo Napoleón, “ningún animal matará a otro sin motivo aparente”, o de afirmar inicialmente que “todos los animales son iguales”, a concluir que “todos los animales son iguales, pero los cerdos son más iguales que los demás”<sup>3</sup>.

Durante la revolución norteamericana y francesa<sup>4</sup>, sobre el binomio derecho-Estado se pretendió por los revolucionarios no sólo edificar las garantías y apuntalar la defensa de los derechos de los hombres, sino también limitar y controlar el ejercicio del poder. Sin embargo, con el auge del positivismo jurídico durante el siglo XIX, el poder pasó a constituir el fundamento último del derecho positivo. La justicia dejó de ser una cuestión “material” de axiología jurídica a ser un elemento puramente formal, prescindiéndose de la dimensión ética de la Justicia.

Muchos han sido quienes han situado la seguridad como núcleo central en la construcción de su obra política. Unas veces como principio para el ejercicio de los derechos y las libertades, y otras como fin absoluto del Estado. Incluso no han faltado los que han apostado por la seguridad del Estado en detrimento de cualquier derecho o libertad. No obstante, cuando perdemos de vista la moral o la ética, cuando nos olvidamos de reflexionar en torno a si una norma atiende al bien común o no, podemos caer en el riesgo de convertir la ideología en poder y el Derecho en un instrumento represivo. La racionalidad se inclina ante la razonabilidad y la justicia se ensombrece por la maquiaveliana expresión “razones de Estado”<sup>5</sup> que todo lo justifica. Unas veces con fines más individualistas que estatistas –caso *Watergate*–, otras simplemente repitiendo el tan socorrido mantra de la seguridad como

3 TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006, pp. 198-205. Sobre las imbricaciones entre justicia y derecho; derecho y literatura puede verse la obra de OBARRIO MORENO, J.A.: *Iura et humanitas. Diálogos entre el derecho y la literatura*, Dykinson, Madrid, 2017.

4 Por lo que respecta al derecho a la intimidad, durante los periodos revolucionarios, con especial intensidad en el francés, la dicotomía entre lo público y lo privado alcanza especial significación por cuanto el Estado revolucionario se construye como elemento nuclear para lograr el triunfo ideológico, pues tal y como sugiere REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 25: “la privado es el lugar ideal para los complots y las traiciones a la revolución, que desordenan la vida pública, la cual postula la transparencia, el crear un espacio y unas costumbres nuevas, un hombre y un entorno distinto”.

5 Como pone de relieve BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007, pp. 30-31, para Maquiavelo la virtud nada tiene que ver con la perfección moral humana, sino con el dominio de los medios que mejor permiten alcanzar un fin; es la destrucción de la praxis en favor de la poiesis. Para el florentino no existe otro fin en la política que la adquisición, la conservación y el incremento del poder político. La justicia se ve ensombrecida por el éxito, pues “si consigue el príncipe mantener el poder, todos alabarán los medios que haya utilizado”. Las virtudes clásicas; *fides* y *humanitas* ceden ante los principios que deben inspirar a todo buen príncipe. La *fides* o el “respeto por la palabra dada” pierde su vigencia en favor de la “razón de Estado”. La *humanitas*, por su parte, cede ante el *metus*, pues “es más seguro ser temido que amado”. Puede también verse la obra, del mismo autor, BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

fundamento de la libertad –NSA y proyecto PRISM o UPSTREAM–. Sin embargo, la realidad demuestra que cuando la intimidad claudica la libertad perece.

En todo caso, los riesgos de los ciudadanos ante una eventual intromisión en su vida privada por parte del Estado no se agota con las operaciones de los servicios de inteligencia o con las labores en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino que hay infinidad de situaciones en que la Administración por exigencias burocráticas recaba datos de naturaleza personal que suponen una afección de nuestra intimidad, piénsese, por ejemplo, en la comunicación de datos fiscales a la Agencia Tributaria, o en hechos tan triviales (por su tradición) como la obligatoriedad de los ciudadanos españoles de tener Documento Nacional de Identidad o realizar ciertas inscripciones sobre nuestra vida privada en el Registro Civil; e igualmente frecuentes son las que tienen lugar con ocasión de la función policial dirigida por el Poder Ejecutivo en el desempeño de sus funciones de seguridad y orden público, como, por ejemplo, el emplazamiento de videocámaras en lugar públicos.

No sorprende, que ante esta panoplia de realidades en las que el Estado puede interferir en la esfera privada de los ciudadanos, el Código Penal dedique dentro del Capítulo V (relativo a los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales), del Título XXI (los delitos contra la Constitución), del Libro II; la sección II a los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad”, cuya *ratione materiae* es la protección ante las injerencias de los funcionarios y autoridades en la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE) y el secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Siendo que en todos ellos se alude a la expresión “mediando causa por delito”, pues de lo contrario se reconducirían a las conductas previstas en el Título X del Libro II dedicado a los “delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio”<sup>6</sup>.

Esta dimensión vertical de la intimidad, como muro de contención frente a las injerencias del Estado en el ámbito particular o privado de los ciudadanos, constituye uno de los más perfectos mecanismos para salvaguardar la autonomía individual.

## 2. Dimensión horizontal de la intimidad: el hombre.

Las primeras manifestaciones jurídicas, que no sociales, de la intimidad cómo búsqueda de ese reducto personal desconocido para terceros tradicionalmente se han encontrado en el ámbito del domicilio y la correspondencia. Sin embargo, como

6 Sobre la incoherencia punitiva entre los delitos de la Sección 2ª del Capítulo V del Título XXI del Libro II y los del Título X de ese mismo libro, puede verse CORTÉS BECHIARELLI, E.: “Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español”, en AA.VV.: Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz (coord. M.A. Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 221-238.

inexorable consecuencia del avance tecnológico y las nuevas formas de interrelación que nos proporciona, el derecho a la intimidad exige una revisión constante.

La realidad a la que hoy en día se enfrenta la intimidad son las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram, etc.*), los grandes foros de Internet (*Gaia online, IGN boards, 4chan, etc.*), las páginas de alojamiento (*Media Fire, HotFile, Mega, etc.*) o las aplicaciones de comunicación en tiempo real (*WhatsApp, Telegram, Line, etc.*). Sin que ello pueda significar caer en la histeria colectiva que identifica lo desconocido con lo peligroso y juzga lo general desde la patología. Y es precisamente ante ese *horror vacui* criminal cuando en ocasiones la ley penal se convierte en un eficaz reclamo electoral.

Hace décadas era impensable imaginar un mundo donde cualquier persona dispusiera de la tecnología suficiente para captar imágenes o sonidos en cualquier momento y bajo casi toda circunstancia. Hoy, en términos generales, se puede afirmar que todo ciudadano español dispone de un *smartphone* que le permite fotografiar o grabar un determinado acontecimiento de la realidad y darle difusión en escaso segundos.

La tecnología, o más bien las manifestaciones derivadas de ella, permiten, por un lado, facilitar el acceso a la vida privada de las personas, y, por el otro, dar difusión global y extremadamente rápida del material obtenido; lo que comporta no sólo la entrada en la esfera privada, sino la difusión de lo conocido (cfr. la intimidad como control). Pongamos dos ejemplos, que aunque pudieran parecer hiperbólicos son reales e incluso habituales: el primero de ellos, una persona con conocimientos informáticos que accede al ordenador portátil de una mujer para ver a través de su *webcam* y así poder espiarla<sup>7</sup>. El segundo, un joven que instala un bolígrafo con cámara en el baño para poder grabar a sus compañeras de piso mientras se duchan<sup>8</sup>. Ejemplos podrían ponerse muchos más, pero, como decíamos, no se trata tanto de culpar indiscriminadamente a la tecnología, sino de evidenciar un problema que data de antiguo y que la tecnología no crea.

En los dos ejemplos anteriores, prescindiendo ahora del hipotético fin lucrativo que pudiera perseguir difundiendo las captaciones audiovisuales, el agresor penetra en la vida privada de la víctima con el ánimo de satisfacer sus necesidades lúbricas o cualesquiera otras que obedezcan a su fetiche. En este sentido, la tecnología es

7 El 20 de diciembre de 2013, en la edición online del periódico El Confidencial se podía leer un artículo sobre el fenómeno de hacking de webcams, intitolado “¿Tapas la webcam del portátil? Cuidado, puede ser un ojo para los ‘hackers’”. El artículo abordaba el caso de la modelo Cassidy Wolf, cuyo ordenador portátil fue hackeado durante un largo periodo de tiempo en el que el hacker a su merced podía activar la webcam. Una vez hubo captado filmaciones de la modelo desnuda en su cuarto, desvistándose, etc., comenzó a chantajearla.

8 Este caso se pudo leer en los periódicos nacionales a finales de junio de 2016, cuando Agentes de la Policía Nacional detuvieron en Valencia a un joven de 18 años acusado de colocar un bolígrafo espía con cámara en el baño al objeto de grabar a sus compañeras de Erasmus mientras se duchaban o desnudaban.

una herramienta al servicio del sujeto activo, pero en modo alguno interviene en la configuración de su ánimo lúbrico o fines meramente morbosos.

Las nuevas realidades sociales y tecnológicas, como lo son el correo electrónico, los archivos multimedia almacenados en la nube (*Dropbox, Google Drive, iCloud, Onedrive, etc.*) o, directamente, las nuevas formas de comunicación aludidas *ut supra*; suponen nuevos retos en el diseño y configuración de la tutela de la vida privada en la medida que las conductas invasivas se han multiplicado y expandido acorde a las facilidades que nos brinda el desarrollo tecnológico<sup>9</sup>.

Y es por ello que ante la ausencia de una legislación prolija que tutele las diferentes formas en que se producen las intromisiones en la intimidad de los ciudadanos, nuestro Tribunal Constitucional ya hace más de tres décadas, tuvo que reconocer un “*derecho a la intimidad o la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida*” ya sean cometidas por otras personas o la Administración Pública<sup>10</sup>.

En definitiva, el debate político-jurídico del derecho a la intimidad queda incardinado en lo antitético de lo público y conocido frente a lo privado y desconocido<sup>11</sup>. Y será esta realidad la que vivifique el debate en torno a la tutela del bien jurídico.

## II. BREVE ITINERARIO JURÍDICO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD.

### I. El «*right to privacy*» de Warren y Brandeis y su posterior desarrollo doctrinal, jurisprudencial y normativo.

Cuando tratamos de buscar el significado y delimitar el sentido del derecho a la intimidad, rápidamente advertimos una singular característica: cualquier ciudadano medio es capaz de definir con relativa exactitud y precisión el significado de la palabra “intimidad”<sup>12</sup>.

9 A este respecto puede verse el interesante trabajo de DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BARINAS UBIÑAS, D.: “La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?” *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12, pp. 13-92. En él los autores ponen de manifiesto “la necesidad de redefinir el contenido de los tradicionales delitos contra la intimidad, recuperando un concepto de privacidad, nucleado en torno al derecho a ser dejado en paz, con el que se pueda garantizar una plena autodeterminación informativa y decisional.”

10 STC 110/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 110).

11 Sobre esta idea puede verse a MATTEUCCI, N.: “Pubblico e privato”, en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981, pp. 19-24.

12 Sobre esta idea puede verse CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 93. Concretamente el autor sostiene que “es la de intimidad una noción que desde luego «se intuye». Cualquier persona a la que se formule la pregunta acerca de qué entiende por «intimidad» estaría en condiciones de responder algo que, al menos desde un punto de vista aproximativo, es exacto: un espacio personal –familiar– sustraído a intromisiones extrañas; que se siente en buena medida como «propio» del sujeto que lo disfruta, y respecto del que se puede prohibir el acceso a otros”.

De hecho, en el peor de los casos explicaría lo que entiende por intimidad a partir de sus límites, o simple y vulgarmente expresaría que intimidad significa algo como “que no se metan en mi vida” o “me dejen en paz”<sup>13</sup>. Y a pesar de lo profanas que resultan las anteriores expresiones, razón no le faltaría.

No sorprende, pues, que WESTIN describiera el derecho a la intimidad como “la facultad de los individuos para determinar cuándo, cómo y hasta dónde puede comunicarse a otros información sobre ellos”<sup>14</sup>. Pero, sin duda, serían WARREN y BRANDEIS, quienes con su opúsculo *Right to Privacy*, en 1890, advirtieron –y configuraron– por primera vez la existencia del derecho a no ser molestado<sup>15</sup>.

La citada obra nació un contexto social en el que cada vez eran más frecuentes las intromisiones en la esfera íntima de los ciudadanos; facilitadas por el desarrollo tecnológico, y fomentadas por las nuevas formas de hacer negocio de finales del siglo XIX, especialmente, en el ámbito de la prensa escrita. Incluso el propio Samuel Warren sufrió personalmente los ataques contra su *privacy* a propósito de las francachelas organizadas por su mujer, Mabel Bayard<sup>16</sup>, en el domicilio familiar y que eran de interés para los medios de comunicación de la época por el carácter público de los personajes que participaban en ellas. Más concretamente, Samuel Warren desde el día de su boda, el 25 de enero de 1883, hasta transcurrida prácticamente una década, vio cómo su familia era objeto de portadas en los noticieros rosas y sensacionalistas de la época<sup>17</sup>.

---

13 A pesar de la aparente simpleza, «boutade» incluso, de la expresión “derecho a que me dejen en paz”, la realidad es que encierra un rico debate ya iniciado en la tradición anglosajona a finales del siglo XIX e intensificado a lo largo del siglo XX. En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to privacy”, *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5; se contuvo la primera formulación *per se* del derecho a la intimidad y supuso un férreo manifiesto en pro de la protección de la esfera privada de los ciudadanos frente a las injerencias de terceros. En este sentido, los autores configuraron la privacidad (*privacy*) como el derecho a ser dejado solo (*right to be let alone*), a que uno mismo pueda tomar la determinación de recogerse y aislarse del mundo social para que su vida quede reservada sólo para sí. Es decir, el derecho de uno a que le dejen en paz. Sobre el referido ensayo existe la siguiente edición en español a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga: WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, Civitas, Madrid, 1995.

14 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 7.

15 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “Right to privacy”, op. cit., p. 7.

16 Era la hija del célebre Senador del Estado de Delaware, Thomas F. Bayard.

17 Sobre esta cuestión puede verse el interesante trabajo de GAJDA, A.: “What If Samuel D. Warren Hadn’t Married a Senator’s Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy”, *Michigan State Law Review*, 2007, Research paper No. 07-06, donde analiza más de sesenta artículos publicados en torno a la familia Warren con anterioridad a la publicación del trabajo *Right to privacy*.



Este cambio de paradigma social<sup>18</sup>, precisamente, fue la causa que motivó la necesidad de configurar en el *common law* lo que el Juez Cooley denominaría: el derecho a no ser molestado (*the right to be let alone*)<sup>19</sup>.

En definitiva, ambos juristas, trataron de dar solución a un problema que afectaba, en general, a los ciudadanos norteamericanos y, en particular, a ellos mismos.

Los periodistas y sus cámaras –advertirían los autores en su trabajo– habían invadido el sagrado ámbito de la vida privada; y los numerosos artilugios hacían cada vez más real la máxima anglosajona “*lo que es susurrado en la intimidad será*

18 En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, op. cit., pp. 26-27 leemos textualmente “La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada, para convertirse en mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado. La intensidad y complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales”.

Vemos, pues, que los postulados de Warren y Brandeis siguen siendo de rabiosa actualidad a día de hoy, y ello a pesar de haber transcurrido más de ciento treinta años desde la publicación de su ensayo. Las nuevas formas de interacción social a la sazón del vertiginoso desarrollo tecnológico que vivimos, suponen no sólo una permanente revisión de la realidad legislativa vigente en cada momento, sino que exigen a los operadores jurídicos una (re)interpretación constante las diferentes categorías jurídicas.

Con el advenimiento de los *smartphones* en conjunción con las redes sociales (*Facebook, Twitter, Instagram*, etc.) o aplicaciones de mensajería instantánea (*Whatsapp, Telegram, Line*, etc.) hallamos un momento de dificultad jurídica en la tutela de bienes jurídicos como el de intimidad, siglo, o, simplemente, el “*right to be let alone*”. En sentido semejante MORALES PRATS, F.: “Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la *privacy*: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)” en AA.VV.: Homenaje al profesor Miguel Bajo (coord. por. S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016, (galerada): “todos padecemos hoy en día el envío compulsivo de imágenes vía SMS o de Whatsapp, con grave quebranto en muchos casos de nuestras tareas cotidianas que se ven afectadas por esta compulsión. Pues bien, ahora el ciudadano deberá reparar y seleccionar las imágenes que pudieran menoscabar la intimidad del titular de las mismas, pues su revelación o divulgación podría hacerle incurrir en delito al vulnerar una obligación penal de sigilo. Lo cierto es que sobre todo entre los jóvenes, reina una cierta costumbre o moda, arraigada en los últimos tiempos, de envío e intercambio de fotos y videos de contenido erótico que tienen origen en grabaciones voluntarias y suscitan también envíos voluntarios a la pareja, novios, amantes o amigos. Es un fenómeno que se ha venido a denominar “sexting” para aludir así simbólicamente en una palabra a la combinación del sexo y de la acción verbal anglosajona acuñada para el envío de SMS (*texting*), que da como resultante *sexting*. La experiencia demuestra que estas imágenes acaban apareciendo en Facebook o Twitter, y que son objeto también de circulación en Whatsapp en el círculo de conocidos del protagonista de las imágenes. Lógicamente todas estas prácticas, han dado lugar, a su vez, a conductas de acoso u hostigamiento con las repercusiones perjudiciales pertinentes”.

19 En puridad, tal y como advierte SALDAÑA DÍAZ, M<sup>a</sup>. N.: “*The right to privacy*. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis”, *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85, p. 206, recogiendo las citas de la obra de Thomas Cooley, “utilizaba esta locución para definir el derecho individual a la inmunidad personal frente a agresiones físicas”. Sin embargo, como continúa diciendo la autora, “al analizar los supuestos de violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas en los casos de registros y requisas ilegales del domicilio con el objetivo de obtener evidencias suficientes para el procesamiento del acusado, Cooley afirmaba que el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general”. En este sentido, no han sido pocos los ulteriores pronunciamientos en Norteamérica que han definido el derecho a la intimidad como el derecho a ser dejado solo o no molestado, así por ejemplo, *Banks v. King Features Syndicate* (1939, DC) 30 F Supp 352; *Brents v. Morgan* (1927) 221 Ky 765, 299 SW 967, 55 ALR 964; *Jones v. Herald Post Co.* (1929) 230 Ky 227, 18 SW2d 972; *Holloman v. Life Ins. Co. of Va.* (1940) 192 SC 454, 7 SE2d 169, 127 ALR 110.

proclamado a los cuatro vientos<sup>20</sup>. Y frente a esto devenía necesario adecuar el *common law* a una nueva realidad social que reclamaba tutelar la esfera privada de las personas.

Ante la deficiente protección de la *privacy*, WARREN y BRANDEIS arguyeron que de igual forma que el *common law* garantizaba a cada individuo el derecho a determinar hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones<sup>21</sup>, se pudiera garantizar que todos tuvieran la facultad de impedir que fotografías suyas circularan públicamente; o que asuntos de su vida privada fueran objeto de debate en la prensa.<sup>22</sup>

Concluirían los abogados de Boston que la víctima de una intromisión ilegítima en su esfera privada podía interponer una acción por responsabilidad por daños (*torts for damages*), e incluso, cuando no hubiera daños especiales, podía accionar interesando una compensación por la agresión contra sus propios sentimientos<sup>23</sup>. Dando así el primer paso para configurar y acomodar en el *common law*, de una vez y para siempre, el adagio británico “*a man’s home is his castle*”, en cuanto genuina manifestación de la intimidad y, que, precisamente ellos mismos invocarían en las últimas líneas de su trabajo al afirmar que “el *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada uno es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?”<sup>24</sup>.

La virtud del trabajo de estos dos juristas, como sugiere MORALES PRATS<sup>25</sup>, fue someter a revisión crítica la *privacy-property*.

El derecho a la intimidad sufre así su primera transformación y con ella comienza a manifestar un componente de adaptabilidad a las circunstancias históricas de cada momento. La *privacy* empieza a configurarse como un presupuesto de la libertad individual<sup>26</sup>, y a escindir-se nítidamente del derecho al honor<sup>27</sup>.

20 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “*Right to privacy*”, op. cit., p. 195.

21 *Ibid.*, p. 198.

22 *Ibid.*, pp. 214-215.

23 *Ibid.*, pp. 218-219.

24 WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: “El derecho a la intimidad”, op.cit., pp. 72-73.

25 MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, op. cit., p. 20-21.

26 En este sentido POUND, R: “*Interests of personality*”, *Harvard Law Review*, 1915, February, pp. 362-363, sostiene que el derecho a la intimidad es una demanda moderna en las pobladas ciudades, cuyo interés es evidente. Las publicaciones de asuntos privados de interés puramente personal suponen una lesión a la propia personalidad. Dichas intromisiones hacen que se deteriore la paz mental y afecten al propio confort produciendo un sufrimiento mucho más dañino que una simple lesión corporal.

27 Así, por ejemplo, en *Themo v. New England Newspaper Pub. Co.* (1940) 306 Mass 54, 27 NE2d 753., se afirma que la diferencia fundamental entre el derecho a la intimidad y el derecho a no ser difamado, es que el primero está directamente relacionado con la propia paz mental y sosiego espiritual, mientras que el segundo se refiere a la reputación de uno.

Todo ciudadano tiene derecho a controlar su propia fama, pero con ello no basta; el derecho a la intimidad pasa a expresar el núcleo esencial de la personalidad que ahora es preciso defender de la intrusión y la manipulación de los grupos de poder que emergen de la sociedad de masas.

En palabras de MARTÍNEZ MARTÍNEZ, “con su trabajo definieron el derecho a la intimidad como un derecho de contenido amplio, ajustado a las repercusiones que en la vida privada podía plantear un nuevo ingenio tecnológico, la fotografía instantánea usada por la prensa. Se trataba de un derecho que incorporaba facultades de control sobre las propias informaciones. Su gran mérito, aparte de definir con clarividencia los elementos esenciales del derecho reside en haberlo concebido como un derecho de textura abierta y naturaleza fundamental al trasladar su fundamento desde el paradigma del derecho de propiedad a la inviolabilidad y dignidad del ser humano, al ámbito del derecho de la personalidad”<sup>28</sup>.

Desde el punto de vista de la praxis judicial, las reacciones no se hicieron esperar y bastó poco más de un año para encontrar el primer pronunciamiento judicial en hacerse eco del trabajo de los dos jóvenes abogados bostonianos, concretamente, en el caso *Schuyler v. Curtis*<sup>29</sup>, con ocasión del conflicto suscitado en torno a si era legítimo o no desde el punto de vista del *right to privacy* que la *Woman's Memorial Fund Association*, erigiera unas estatuas de la fallecida Mary Hamilton Schuyler, sin el consentimiento de su familia, en conmemoración por sus labores altruistas y de beneficencia.

El Juez Gray, en su voto discrepante, sostuvo que Philip Schuyler, en su condición de representante de la familia, estaba totalmente legitimado para preservar que se levantaran estatuas de la señora Schuyler, pues la conducta de la asociación suponía exhibirla públicamente, máxime cuando ella en vida siempre optó por hacer sus actos de filantropía de forma totalmente privada. El hecho de que personas ajenas a su sangre erigieran estatuas de ella, causando así un perjuicio a su propio nombre y su familia, suponía una inmoralidad y una flagrante vulneración del derecho a la intimidad, cuyo manto no podía solo cubrir a la propia persona, sino que debía extenderse a todos los intereses personales, entre los que se encontraba el que sus allegados pudieran preservar la intimidad que en vida profesó.

Otro de los incipientes pronunciamientos que recogerían expresamente los postulados de *Warren y Brandeis* fue el de *Marks v. Jaffa*<sup>30</sup> en 1893. Este se suscitó con ocasión de un concurso de popularidad organizado por el periódico “*Der Wachter*”. Se publicaron en el vocero imágenes de los actores *Zelig Mogulesko* y *Rudolph Marks*,

28 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 66 y ss.

29 *Schuyler v. Curtis*, 15 N.Y.Supp. 787.

30 6 Misc. 290, 26 N.Y.S 908.

para que los lectores votaran quien de los dos era su favorito. Sin embargo, la foto de este último se publicó sin su consentimiento, motivo por el que demandó al editor del periódico, *Joseph Jaffa*, al entender que había sufrido una intromisión ilegítima en su intimidad. El Juez *McAdam* resolvería que ningún periódico o institución tiene derecho a utilizar el nombre o la imagen de una persona sin su consentimiento, pues todas tienen derecho a disfrutar de la vida sin invasiones en su esfera más personal, de manera que los tribunales debían garantizar el derecho a no ser molestado<sup>31</sup>.

Y similar al anterior pronunciamiento fue el del caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* a principios de 1900. La joven Abigail M. Roberson vio como la empresa de harina Rochester, publicaba sin su consentimiento más de veinticinco mil litografías publicitarias tituladas "*Flour of the Family*" con su rostro de perfil en primer plano y con el logotipo de la empresa "*Franklin Mills Flour*" en la parte inferior, lo que provocó mofas, burlas y murmuraciones entre la gente que la reconoció. Ante esta situación, Abigail demandó a Rochester por vulneración de su intimidad. En primera instancia, el Juez *Davy*<sup>32</sup>, afirmando que la privacidad es una manifestación de la civilización, desconocida entre las tribus bárbaras, sostuvo que la conducta de la empresa constituía una vulneración en la intimidad de Abigail, pues ésta era una ciudadana ordinaria sin ningún tipo de trascendencia pública.

Esta resolución, sería posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo de Nueva York<sup>33</sup>, cuyo ponente, el Juez *Rumsey*, fundó su fallo sobre la consideración que en el *common law* existe indiscutiblemente un derecho a la intimidad, construyendo su tesis ya no solo en gran parte de la jurisprudencia británica que *Warren* y *Bradeis* aludieron en su trabajo, sino también en el análisis de los diferentes pronunciamientos previos que habían reconocido el derecho a la intimidad, por ejemplo, los ya expuestos *Schuyler v. Curtis* y *Marks v. Jaffa*.

A pesar de ello, el 27 de junio de 1902, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York revocó la Sentencia por cuatro votos a tres.<sup>34</sup> Los jueces *O' Brien*, *Cullen*, *Wener*, y el ponente, *Parker*, esgrimieron un doble motivo para sostener la inexistencia del derecho a la intimidad. En primer lugar, que el *right to privacy* no se encontraba reconocido en el *common law*, puesto que no había sido mencionado por ninguno de los grandes comentaristas ni sostenido en ningún precedente anterior; y, en segundo

31 *Ibid.*, loc. ult. cit. "No newspaper or institution, no matter how worthy, has the right to use the name or picture of any one for such a purpose without his consent. An individual is entitled to protection in person as well as property, and now the right to life has come to mean the privilege to enjoy life without the publicity or annoyance of a lottery contest waged without authority, on the result of which is made to depend, in public estimation at least, the worth of private character or value of ability". (...) The courts will, in such cases, secure to the individual what has been aptly termed the right "to be let alone".

32 65 N.Y. Supp. 1109.

33 71 N.Y. Supp. 876.

34 *Roberson v. Rochester Folding Box Co.* (1902) 171 NY 538.

lugar, que dicho reconocimiento supondría una avalancha de litigios, muchos de ellos absurdos.

El fallo del tribunal fue inmediatamente criticado tanto por la mayoría de la doctrina<sup>35</sup>, como por la sociedad en general que consideraba ilógico que la vida privada no pudiese ser objeto de protección por el derecho.

Ante este aluvión de críticas, sorprendentemente, el juez Denis O'Brien<sup>36</sup> –uno de los cuatro jueces que habían desestimado la pretensión de Abigail– publicó un artículo en el que reconocía que si bien el derecho a la intimidad era una interesante idea, resultaba tremendamente difícil configurarlo, ya no sólo por el hecho de delimitar su ámbito de aplicación, sino que para el caso de haber ocurrido una intromisión, cuál debía ser el mecanismo apropiado para restituir la situación a la original.

El descontento por el fallo llegaría hasta la cámara legislativa del Estado de Nueva York, que decepcionada con el veredicto final del caso *Roberson*, al año siguiente incluiría dos nuevas secciones en la Ley de Derechos Civiles que daban solución legal al caso de la joven Abigail.

Según la nueva sección §50<sup>37</sup> del *Civil Rights Law* del Estado de Nueva York, rubricada “*Right of privacy*”, serían considerados culpables de  *misdemeanor*, las personas, empresas o corporaciones que con finalidades publicitarias o comerciales usaran el nombre, retrato o imagen de cualquier persona viva sin haber obtenido su consentimiento previo por escrito de dicha persona, y, para el caso de menores, de su padre o tutor. Por su parte la §51 reguló el ámbito procesal reconociendo el derecho de acción de quienes sufrían el perjuicio tanto para reclamar la indemnización por daños como para la cesación de la ofensa.

A pesar de la resistencia de algunos sectores de la jurisprudencia por asentar el *right to privacy*, siempre bajo postulados formales, poco a poco los Altos Tribunales de otros Estados, empezando por el de Georgia, acogieron la opinión del Juez Gray.

35 Tomamos de SALDAÑA DIAZ, M<sup>a</sup>. N.: “The right to privacy” cit., p. 221, el catálogo de publicaciones críticas con el pronunciamiento del tribunal: “Vid. Comment (1902). «An Actionable Right to Privacy? Roberson v. Rochester Folding Box Co.», *Yale Law Journal*, vol. 12, págs. 35-38; Note (1902). «Publication of Photograph as an Advertisement», *Columbia Law Review*, vol. 2, págs. 486-487; Note and Comment (1905). «The Right of Privacy», *Michigan Law Review*, vol. 3, núm. 7, págs. 559-563; Note (1906). «Right of Privacy», *The Virginia Law Register*, vol. 12, págs. 91-99.”

36 O'BRIEN, D.: “The Right of privacy”, *Columbia Law Review*, vol 2, 1902, pp. 437-448.

37 N.Y. Civ. Rights Law §§ 50: “A person, firm or corporation that uses for advertising purposes, or for the purposes of trade, the name, portrait or picture of any living person without having first obtained the written consent of such person, or if a minor of his or her parent or guardian, is guilty of a misdemeanor.” Cuando la ley utiliza la categoría “misdemeanor” se está refiriendo a una ofensa leve. Las más graves son denominadas *felony*.

El más célebre de la época fue el caso de *Pavesich v. New England Life Insurance Company*<sup>38</sup> en 1905, justo tres años después del caso de Abigail, y que se suscitó con ocasión de la demanda interpuesta por Paolo Pavesich contra la aseguradora England Life, Thomas B. Lumpkin, y el fotógrafo J.P. Adams, por la publicación de su imagen en el periódico local *Atlanta Constitution* de 15 de noviembre de 1903.

La publicación consistía en la imagen de dos personas, cada una de ellas precedidas de un titular y acompañadas en el inferior por una cita atribuida a cada uno de los fotografiados. La primera, la de Pavesich, portaba por título "*Hágalo ahora. El hombre que lo hizo*", y en el inferior se decía, esencialmente, que "él si contrató un seguro con New England, y ahora él y su familia estaban protegidos obteniendo un dividendo anual". A su lado, aparecía la fotografía de una persona harapienta y desaliñada con el título "*Hágalo mientras pueda. El hombre que no lo hizo*", con la consiguiente declaración arrepintiéndose de no haber contratado su seguro. Familia y amigos rápidamente reconocieron a Pavesich, quien contrariado aseguró que jamás había tenido relación con la aseguradora y mucho menos había autorizado que su imagen apareciera en el periódico.

El Tribunal expresó literalmente que en el caso *Roberson* la solución justa habría sido la expresada por el juez Gray en su voto particular; y después de citarla haciendo suyos todos los argumentos, expuso que el derecho a la intimidad encuentra su fundamento en el propio derecho natural, cuya realidad es fácilmente cognoscible por todos, pues nadie duda que existe un derecho consustancial al hombre a disfrutar de la vida sin que otros puedan inmiscuirse en ella salvo que medie autorización. Por lo tanto, el hecho de publicar la fotografía de una persona sin el consentimiento suponía una intromisión ilegítima.

Paralelamente a los pronunciamientos judiciales expuestos, muchos Estados, además del de Nueva York, fueron aprobando leyes protectoras de la intimidad frente a injerencias in consentidas por parte de los medios de comunicación. El primero fue California en 1899<sup>39</sup>, seguido de Nueva York y Pennsylvania en 1903<sup>40</sup>, Virginia Occidental en 1904<sup>41</sup> y Utah<sup>42</sup> en 1909.

---

38 69 L.R.A. 101.

39 El legislador de California incorporó al *criminal libel statute* un nuevo *misdeemeanor*, consistente en la publicación del retrato o imagen de una persona en un medio de comunicación sin su consentimiento. A pesar de ello, la ley nunca fue invocada y en 1915 fue derogada.

40 Por lo que respecta a Pennsylvania, la tutela de la intimidad frente a intromisiones ilegítimas por los medios de comunicación fue introducida a través de la Ley de 12 de mayo de 1903. Sin embargo, tuvo la misma suerte que la de California, siendo derogada por su poco uso en virtud de la Ley de 1 de mayo de 1907.

41 La técnica legislativa fue muy similar a la de Nueva York, regulándose en el Título 8.01-40 del *West's Annotated Code of Virginia*.

42 Siguió los mismos parámetros que la de Nueva York y Virginia occidental, incorporándose al Código de Utah §76-4-8 to -9 (1953).

La mayor parte de la jurisprudencia paulatinamente fue acogiendo la doctrina del caso Pavesich, especialmente en conflictos derivados de las intromisiones en la esfera privada llevadas a cabo por los medios de comunicación.

De similar trascendencia al trabajo de Warren y Brandeis para la construcción del derecho a la intimidad, sería el de William PROSSER publicado en la *California Law Review* en 1960<sup>43</sup>.

En él se configuraron y perfilaron cuatro dimensiones de la privacidad susceptibles de tutela. La primera dimensión, y dado que la manifestación más profunda del derecho a la intimidad habita en el derecho a la soledad (*right to be let alone*), vendría conformada por las intromisiones en la privacidad (*intrusión*)<sup>44</sup>. En segundo lugar, la divulgación pública de hechos privados (*public disclosure of private facts*)<sup>45</sup>. En tercer lugar, la distorsión pública de la propia imagen (*false light in the public eye*)<sup>46</sup>. Por último, apropiación del nombre o apariencia con ánimo de lucro (*appropriation*)<sup>47</sup>.

Estas cuatro categorías quedarían posteriormente incorporadas al *Restatement (Second) of Torts*<sup>48</sup> en §652-B, C y D<sup>49</sup>, lo que comportó de facto la consolidación de un catálogo de acciones dirigidas a la protección de la intimidad en los Estados Unidos de América.

43 PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3), pp. 383-432. También puede verse AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, West Group, Eagan, 1984, pp. 771 y ss.

44 PROSSER, W.: "Privacy", op. cit., p. 389 y ss.

45 *Ibid.*, p. 392 y ss. Según *Rest. 2nd of Torts* supone la publicidad de un asunto privado que para cualquier persona razonable resultaría ofensiva y carente de interés público. Las defensas clásicas aceptadas de quien es demandado por vulnerar la intimidad por esta causa, son el interés público de la información, el consentimiento a publicarla, que se halle (la información) en registros públicos, que no sea ofensiva al hombre medio o que se haya tomado en espacios públicos. Por ejemplo en el caso *Cox Broadcasting Corp vs Cohen*, 420 US 469 (1975), el Tribunal Supremo sostuvo que publicar el nombre de un joven violador no afecta a su intimidad siempre que el dato no se haya obtenido torticeramente.

46 *Ibid.*, p. 398 y ss. Es importante distinguir entre la *false light invasion of privacy* y la *defamation*, a pesar de que comparten algunos de los elementos y, a menudo, surgen de los mismos hechos, la primera es una causa de acción basada en la lesión de las emociones y el sufrimiento mental (tutela de la *privacy*), mientras que la segunda es un remedio para el daño que la reputación sufre (tutela del honor). En este sentido, en el caso *Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, (*Godbehere v. Phoenix Newspapers, Inc.*, 162 Ariz. 335, 783 P.2d 781 Ariz., 1989) se dijo que la acción por difamación compensa el daño a la reputación o buen nombre causado por la publicación de la información falsa, mientras que la *false light invasion of privacy* no protege la reputación, sino los intereses mentales y emocionales, el objeto es el resarcimiento por la angustia sufrida. En definitiva, la acción por difamación versa sobre el daño a la reputación de una persona como consecuencia de lo expresado, frente a los casos de *false light invasion of privacy* en los que el daño no es a la reputación, sino a los propios sentimientos.

47 *Ibid.*, p. 401.

48 La obra supone la recopilación por parte del *American Law Institute* de los principios del *common law* en USA. El Segundo volumen es el relativo a los *torts* y al que se hace referencia. La relevancia es tal que como ponen de manifiesto AA.VV.: *Prosser and Keeton on torts*, op. cit. son la base sobre la que se edifican innumerables pronunciamientos judiciales y que pese a no tener la consideración de Ley la complementan asiduamente.

49 §652B, C y D. En el §652B se prohíbe la intromisión contra la voluntad. En este sentido, es indiferente la difusión que se haga de lo conocido, el daño se provoca desde el mismo momento que se invade incontinentemente la intimidad o intereses privados con independencia de la forma o método del que se valga el agresor. En el §652C se alude al que se apropia para propio uso o en su beneficio del nombre de otra persona. El interés protegido en este punto es la propia identidad como elemento de presentación al mundo exterior. Por último, en el §652C se tutela la difusión pública de asuntos concernientes a la vida privada, siempre que fuera ofensiva y no estuviera legitimada para hacerlo.

BLOUSTEIN<sup>50</sup>, pocos años después, criticaría la obra de Prosser calificándola de fragmentaria y demodé, pues no se adaptaba al desarrollo tecnológico, y planteó la construcción de un concepto omnicomprensivo de *privacy* capaz de integrar, por un lado, la facultad de aislarse del mundo como manifestación de la libertad y dignidad de la persona, y, por el otro, focalizar el daño no tanto en los mentales o morales sino en la dignidad lesionada<sup>51</sup>. De hecho, el autor pone como ejemplo los casos *Robertson* y *Pavesich*, ya comentados, y evidencia que los perjudicados lejos de perseguir un resarcimiento económico por la causación de un daño, buscaban tutelar su propia dignidad que había sido ultrajada por haber sido su imagen apropiada con fines comerciales.

Junto a los anteriores autores, es de justicia hacer alusión al prof. Alan WESTIN, quien en 1967 publicaría su obra "*Privacy and Freedom*"<sup>52</sup>, alzándose como el tratadista por antonomasia sobre la sociología de la *privacy* y su intento en recomponerla como un todo explicado desde la fenomenología del ciudadano norteamericano.

La trascendencia de las aportaciones de WESTIN fue configurar el derecho a la intimidad como un poder de control del individuo sobre su información personal<sup>53</sup>.

En similar sentido, FREID<sup>54</sup> señalaría que lo genuino de la *privacy* es que confiere la facultad de determinar qué grado de superficialidad o profundidad busca la persona en sus relaciones con otras, pues el derecho a la intimidad comporta el control de la información que proporcionamos para protegerla<sup>55</sup>. De lo que se deduce el carácter dinámico del contenido del derecho a la intimidad dado que depende de los valores imperantes en cada momento histórico, ya que la sociedad es quien determina qué dimensiones de la vida son merecedoras de mayor o menor recelo<sup>56</sup>.

---

50 BLOUSTEIN, E.J.: "*Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER*", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964, pp. 964-1007.

51 *Ibid.*, p. 994.

52 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.

53 *Ibid.*, p. 7: "*Privacy is the claim of individuals, groups, or institutions to determine for themselves when, how, and to what extent information is communicated to others. Viewed in terms of the relation of the individual to social participation, privacy is the voluntary and temporary withdrawal of a person from the general society through physical or psychological means, either in a state of solitude or small-group intimacy or, when among larger groups, in a condition of anonymity or reserve.*"

54 FRIED, C.: "*Privacy*", *Yale Law Journal*, vol. 77, núm. 3, 1968, pp. 475-493.

55 *Ibid.*, p. 493: "*privacy is not just an absence of information abroad about ourselves; it is a feeling of security in control over that information*".

56 *Ibid.*, loc. ult. cit.: "*The concept of privacy requires, as we have seen, a sense of control and a justified, acknowledged power to control aspects of one's environment. But in most developed societies the only way to give a person the full measure of both the sense and the fact of control is to give him a legal title to control. A legal right to control is control which is the least open to question and argument; it is the kind of control we are most serious about*".



A su vez, distinguiría entre la “*substantive privacy*” y la “*symbolic privacy*”. La primera para referirse a aquellas áreas que configuran los intereses sustanciales del hombre (el sexo o la salud); y la segunda para los valores contingentes<sup>57</sup>.

Para GREENAWALT la intimidad significaba un valor esencial en una sociedad plural que protegía la autonomía del individuo al reconocerle, por un lado, el control de la información sobre sí mismo prohibiendo su difusión, y, por el otro, las injerencias gubernamentales<sup>58</sup>.

REIMAN iría un paso más allá que Freid, Greenawalt, Scalon o Rachels, al situar la *privacy* como presupuesto de la personalidad en la medida que constituye el rito social por el que el individuo recibe la titularidad moral de su razón de existir y, además, incide directamente en la creación de la propia identidad que incluye pensamiento, cuerpo y acciones, dicho de otro modo, la intimidad –para este autor– otorga a la persona la titularidad sobre ella misma<sup>59</sup>.

En una visión retrospectiva, y llegados a este punto, constatamos como el trabajo de Warren y Brandeis estaba llamado a tener importantes repercusiones tanto en la doctrina como la jurisprudencia norteamericana, cuya materialización definitiva en clave constitucional la encontramos en el caso *Griswold* contra *Connecticut*<sup>60</sup>, pues el Tribunal Supremo consideró el derecho a la intimidad como un derecho constitucional autónomo e independiente que deriva de la propia Constitución americana<sup>61</sup>.

57 *Ibid.*, p. 487: “*Convention plays another more important role in fostering privacy and the respect and esteem which it protects; it designates certain areas, intrinsically no more private than other areas, as symbolic of the whole institution of privacy, and thus deserving of protection beyond their particular importance. Given these threats to privacy in general, social systems have given symbolic importance to certain conventionally designated areas of privacy. (...) Thus in our culture the excretory functions are shielded by more or less absolute privacy, so much so that situations in which this privacy is violated are experienced as extremely distressing, as detracting from one’s dignity and self-esteem. But there does not seem to be any reason connected with the principles of respect, esteem and the like why this would have to be so, and one can imagine other cultures in which it was not so, but where the same symbolic privacy was attached to, say, eating and drinking. There are other more subtly modulated symbolic areas of privacy, some of which merge into what I call substantive privacy (that is, areas where privacy does protect substantial interests). The very complex norms of privacy about matters of sex and health are good examples.*”

58 GREENAWALT, K.: “*Privacy and Its Legal Protections*”, *The Hastings Center Studies*, vol 2, núm. 3, 1974, pp. 45-68.

59 REIMAN, J.: “*Privacy, Intimacy, and Personhood*”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976, pp. 26-44.

60 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

61 Ahora bien, no faltaron autores que sostuvieron la irrelevancia de la configuración de un genuino derecho a la intimidad, pues las manifestaciones que protege ya forman parte del contenido de otros derechos, especialmente el de propiedad. En esta posición destaca THOMSON, J.: “*The Right to Privacy*”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 295-314, quien inicia su trabajo afirmando que lo más sorprendente acerca del derecho a la intimidad es que nadie realmente tiene una idea clara acerca de lo que es, y cuestiona si es “*every violation of a right a violation of the right to privacy?*”

La postura defendida Thomson fue inmediatamente –de hecho, en el mismo número de la publicación– discutida por dos autores.

El primero, SCANLON, T.: “*Thomson on Privacy*” *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 315-322, inicia su crítica con la siguiente hipótesis: “*Suppose someone used Thomson’s X-ray device to examine an object in my safe. It seems to me clear that the right which is violated in such a case does not depend on my owning the object examined. Suppose it is your object which you have left in my care; suppose that it is someone else’s which I have picked up by mistake thinking it mine; suppose there is no object in the safe at all, and the person looking just wanted to see whether I had anything there or not. None of these possibilities removes the wrongfulness of the intrusion; there is a right which is violated in all these cases, and it is my right whether or not the object is mine*”. En este sentido, para el autor, la *privacy*

Desde la óptica del derecho positivo, el hito histórico vino representado por la *Privacy Act de 1974*<sup>62</sup> cuya finalidad era adoptar medidas de protección contra la invasión de la *privacy* por parte de las agencias federales que captaban, usaban, conservaban y/o difundían información personal.

La norma esencialmente modificó el Título 5 del Código de Estados Unidos adicionando la sección 552, dirigida fiscalizar y controlar la obtención indiscriminada de información por parte de la administración, configurándose el derecho de acceso a archivos y registros personales al objeto de saber por el interesado que información se disponía respecto de él con el consiguiente derecho a rectificación.

Desde el punto de vista penal, introdujo tres nuevas figuras delictivas. La primera de ellas, sancionaba a cualquier funcionario o empleado de una agencia, que como consecuencia de su cargo o empleo poseyera o accediera ilícitamente a los registros o ficheros, y los difundiera a sabiendas de su ilegalidad a un tercero u otra agencia carente de derecho a recibirla. La segunda, prohibía a los empleados o funcionarios públicos que deliberadamente mantuvieran datos en los sistemas de registro sin cumplir los requisitos de notificación preceptiva conforme a la normativa. La última criminalizaba la obtención fraudulenta por cualquier persona de información protegida.

Estrecha relación con la anterior norma, guardaría la *Freedom Information Act de 1966*<sup>63</sup>, que permitía –y permite, pues aún está vigente– a los ciudadanos acceder a información del gobierno federal, siempre que no se trate de información expresamente vetada<sup>64</sup>.

En materia de intimidad en el sector financiero, el punto de partida lo marcará la *Fair Credit Reporting Act de 1970*<sup>65</sup>, que tuvo por objeto regular el almacenamiento de información crediticia y financiera de los consumidores, prohibiéndose que

---

es el "territorio" donde podemos llevar a cabo nuestras actividades sin la necesidad de estar continuamente en alerta ante eventuales oyentes u observadores.

El segundo, RACHELS, J.: "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975, pp. 323-333, quien situó la existencia de un genuino derecho a la intimidad en la necesidad, por cuanto el contenido de las relaciones de amistad que lo nutre, precisamente, está configurado por las confidencias e información, en definitiva, reservada.

62 *The Privacy Act*, 5 U.S.C. § 552<sup>a</sup>.

63 *The Freedom of Information Act (FOIA)*, 5 U.S.C. § 552.

64 Esta era: (i) clasificada en materia de seguridad nacional, (ii) relativa a reglas o prácticas de personal internas de una agencia, (iii) protegida por otra ley federal, (iv) relacionada con secretos comerciales u otras informaciones comerciales y/o financieras, (v) que refiera a comunicaciones entre agencias protegidas por privilegios legales como las relacionadas con el ámbito de la justicia o comunicaciones presidenciales, (vi) que afecte a la privacidad personal de un tercero, (vii) obtenida por las fuerzas del orden público y que pudieran causar un daño o perjuicio legalmente previsto, (viii) concerniente a la supervisión de instituciones financieras, e (ix) información geológica sobre pozos.

65 *The Fair Credit Reporting Act*, 15 U.S.C. § 1681.

estas instituciones pudieran facilitarla salvo que concurriera alguna de las causas legalmente tasadas<sup>66</sup>.

Con ella, y desde el punto de vista penal, se tipificaría como delito el incumplimiento deliberado de los protocolos y disposiciones de la ley, creándose un subtipo agravado cuando el delito básico fuera instrumental para cometer una violación federal o cualquier otro ilícito de especial cuantía económica.

La anterior norma sería complementada por la *Right to Financial Privacy Act* de 1978, que limitó las situaciones en que las agencias federales podían obtener información bancaria, concretamente sólo se permitía en caso de que contaran con el consentimiento del titular o estuvieran autorizadas por una ley procesal. De igual forma se estableció el deber de sigilo de los empleados.

Paulatinamente, el número de disposiciones en materia de protección de la *privacy* fue aumentando para regular el sector de las comunicaciones por cable (la *Cable Communications Policy Act* de 1984 o la *Electronic Communications Privacy Act* de 1986); de la telefonía (la *Telephone Consumer Protection Act* de 1991 o la *Telecommunications Acts* de 1996); de los media (la *Privacy Protection Act* de 1980); de videoclubs (la *Video Privacy Protection Act* de 1988), etc. En definitiva, vemos como desde principios de los años setenta ha habido una rica actividad legislativa para proteger sistemáticamente la *privacy* de los ciudadanos norteamericanos en materias y ámbitos muy diversos.

El punto de inflexión de este *allegro* legislativo en Norteamérica, tal y como anticipábamos, lo marcarían los atentados del 11 de septiembre de 2001 con la promulgación de la *USA Patriot Act*, pues vino a modificar los parámetros de conciliación entre la seguridad del Estado y la intimidad del ciudadano, transmutando el derecho penal propio de los Estados de derecho basado en el modelo garantista, por un derecho penal del enemigo<sup>67</sup>.

## 2. La recepción del derecho a la intimidad en los textos normativos supranacionales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá del 20 al 2 de mayo de 1948, fue el primer texto normativo supranacional en declarar expresamente el derecho a la vida privada, sosteniendo en su art. 5 que “toda persona tiene derecho

66 §126, 127, 209 y 210: (i) Mandamiento judicial, (ii) autorización del consumidor, (iii) causa legítima alegada por un tercero (operación de crédito, empleo, licencia, seguro, u otra análoga necesidad legítima) o (iv) procedimiento relacionado con menores.

67 Para verse un estudio sobre la incidencia de la normativa aprobada en materia de lucha antiterrorista en Norteamérica, puede verse el trabajo de VERVAELE, J.: “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: *inter arma silient leges*”, *Revista de derecho y proceso penal*, 2005, núm. 14, pp. 111-148.

a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”<sup>68</sup>.

Pocos meses después, en el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 (III) A, en París el 10 de diciembre de 1948, se proclamaría que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Y de similar modo, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, en su artículo 8 consagró que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar; de su domicilio y de su correspondencia”, sin que pueda “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 las libertades de los demás”.

El CEDH supuso el primer texto puramente europeo en proclamar el derecho a la vida privada, cuya trascendencia para el ordenamiento jurídico español<sup>69</sup> sería capital, pues, por un lado, es derecho positivo vigente ex art. 96 CE que reza que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”, y, por el otro, es criterio interpretativo al establecer el art. 10.2 CE que “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades 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.”

En el ámbito europeo y en materia de privacy acompañaría al CEDH, el Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, cuyo objeto de protección era la vida privada, con respecto al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal correspondientes a dicha persona («protección de datos»).

68 A pesar de la imprecisión normativa, como sugiere MORALES PRATS, F.: “La tutela penal de la intimidad” op. cit., p. 94: “lo cierto es que a nivel internacional constituyó el primer precedente legislativo que marcó la pauta de ulteriores convenios internacionales”.

69 Incorporado a nuestro ordenamiento jurídico por medio del Instrumento de Ratificación de 26 de septiembre de 1979.

En el ámbito global, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, sostuvo en su art. 17.1 que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.

Y posteriormente para América, el art. 11.2 la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 22 de noviembre de 1969 prevería que “nadie puede 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”.

### 3. El derecho a la intimidad en el plano nacional.

La realidad en el plano nacional fue distinta. La conciencia internacional sobre la necesidad de protección de la intimidad no tuvo una corroboración en los textos constitucionales más relevantes de la Europa occidental<sup>70</sup>, con la excepción del artículo 18 de la Constitución española de 1978, y los artículos 33 a 35 de la Constitución portuguesa de 1976<sup>71</sup>.

El resto de los estados europeos, sin embargo, tuvieron que efectuar una labor interpretativa e integradora de sus textos básicos para incorporar a su ordenamiento jurídico el derecho a la intimidad personal y familiar; bien como un derecho íntimamente vinculado con la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (artículos 1 y 2 de la Ley de Bonn de 1949<sup>72</sup>), bien integrado en

70 Sobre esta idea vid. también a MORALES PRATS, F.: “La tutela penal de la intimidad” op. cit. p. 94. El autor, en este sentido, expone varios ejemplos de Estados que contemplaron expresamente el derecho a la intimidad en sus normas fundamentales: el art. 59 la Constitución de Venezuela de 1961, el art. 15 de la de Turquía de 1961, el art. 20 de la de Bolivia de 1967, el art. 28-4 de la Ecuador de 1967, el art. 45 de la República Árabe de Egipto o el art. 56 de la URSS de 1977.

Sobre la protección de la intimidad en el de derecho comparado, puede verse FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983, pp. 144 y ss.

71 Artículo 33. Derecho a la identidad, a la buena fama y a la intimidad: “1. Se reconoce a todos el derecho a la identidad personal, al buen nombre y reputación y a la reserva de su intimidad en la vida privada y familiar. 2. La Ley establecerá garantías efectivas contra la utilización abusiva, o contraria a la dignidad humana, de informaciones relativas a las personas y a las familias”. Artículo 34. Inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia: “Queda prohibida toda injerencia de las autoridades públicas en la correspondencia y en las telecomunicaciones, salvo en los casos previstos por la ley en materia de enjuiciamiento criminal”. Artículo 35. Utilización informática: “1. Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de los datos, así como su actualización. 2. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. 3. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

72 Artículo 1. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales. “1. La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2 El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.” Artículo 2 Libertad de acción y de la persona. “1. Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral. 2. Toda persona tiene el derecho a la vida y a la integridad física. La libertad de la persona es inviolable. Estos derechos sólo podrán ser restringidos en virtud de una ley.”. Además de regularse en su art. 10 el secreto epistolar, postal y de telecomunicaciones, y en el art. 13 la inviolabilidad del domicilio.

concretas manifestaciones de tutela de la privacy como la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (arts. 2, 14 y 15 respectivamente de la Constitución italiana de 1949)<sup>73</sup>.

Dichas pretericiones en los textos fundamentales de los países de nuestro entorno es una cuestión evidente si se tiene en cuenta el *iter* del pensamiento humanista que es sustrato y fundamento de los derechos de la personalidad.

Desde un punto de vista social, como señala PÉREZ ROYO, “para la inmensa mayoría de los ciudadanos tales derechos no eran necesarios como garantías de su libertad y autonomía tanto en las relaciones de unos con otros en cuanto personas privadas como en sus relaciones políticas. Únicamente para una pequeñísima minoría, la oligarquía propietaria y los profesionales liberales que participaban en la gestión del país, los derechos de la personalidad podían tener algún valor”<sup>74</sup>.

Este contexto de no necesidad por las masas, comportó que las principales constituciones del siglo XIX no consagraran un general derecho a la intimidad, y si, sin embargo, tutelaran derechos como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia dado que eran percibidos por los ciudadanos como una necesidad objetiva de protección<sup>75</sup>.

### III. REQUIEM POR EL DERECHO A LA INTIMIDAD: TODO EL MUNDO GRABA A TODO EL MUNDO.

Según hemos dicho, la esfera privada está indisolublemente ligada con la dignidad humana y la personalidad. Si dejara de existir, el individuo se vería abocado a una suerte de sobrecarga psicológica y existencial en la medida que estaría obligado en todo momento a ser celoso y atento con sus formas y conductas en sus relaciones con los demás. De no existir ese reducto de paz y tranquilidad, el hombre se vería privado de uno de los mayores bienes: la soledad, que actúa de equilibrio y catalizador en el desarrollo de la personalidad<sup>76</sup>.

73 Artículo 2. “La república reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inexcusables de solidaridad política, económica y social.” Artículo 14. “El domicilio es inviolable. No se podrán efectuar inspecciones o registros ni embargos salvo en los casos y con las modalidades establecidas por la ley, y conforme a las garantías prescritas para la salvaguardia de la libertad personal. Se regularán por leyes especiales las comprobaciones e inspecciones por motivos de sanidad y de salubridad públicas o con fines económicos y fiscales.” Artículo 15. “Serán inviolables la libertad y el secreto de la correspondencia y de cualquier otra forma de comunicación. La limitación de los mismo solo podrá producirse por auto motivado de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley.”

74 PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 287

75 *Ibid.*, p. 286.

76 BVerfGE 101, 361. Esta es la célebre sentencia dictada en el caso Carolina de Mónaco. El caso se suscitó con ocasión de una publicación en la revista *Bunte* el 5 de agosto de 1993 y que iba acompañado de una pluralidad de fotografías de la aristócrata. En una de ellas se la veía montando a caballo en una pradera en soledad y un titular que rezaba “Carolina y la melancolía. Su vida es una novela con numerosas desdichas”. También en esa misma revista el día 19 de agosto de 1993 se publicarían más fotografías: acompañada de su hija Charlotte, realizando tareas cotidianas como la compra (en esta último con el siguiente titular “la ama de casa” y con comentarios sobre su atuendo) o sus labores cotidianas. Ante lo que se consideró una intromisión ilegítima

Respecto de ese ámbito de recogimiento o aislamiento, el BVerfG también ha tenido ocasión de pronunciarse y establecer que dicho ámbito de retiro no puede limitarse estrictamente al del hogar. El desarrollo de la personalidad no se agota en el espacio físico del propio domicilio, sino que comprende allí donde el individuo pueda disfrutar de un eventual retiro como lo es la naturaleza o un lugar separado en el que poder desarrollar sus actividades con la tranquilidad y sosiego del que sabe que no está siendo vigilado<sup>77</sup>.

En esta línea se sitúan GOFFMAN<sup>78</sup> y WESTIN<sup>79</sup> cuando se refiere a la pluralidad de roles de conducta que adoptamos en función de la situación social en la que nos hallamos, indicando el primero, y el segundo sigue esa línea, que la “interpretación” únicamente la podemos hacer durante un periodo concreto de tiempo, pues de igual forma que en la actuación del actor en el escenario, deviene necesario que exista un espacio entre bastidores en el que poder ensayar, descansar y reparar la actuación y de la que el público está excluido. Ese espacio en el que relajarse con los más íntimos hasta que la actuación comience. Y, concretamente, dirá WESTIN que “hay momentos fuera del escenario en los que el individuo puede ser uno mismo: tierno, furioso, irritado, libidinoso o soñador. Tales momentos pueden venir en soledad; en la intimidad de la familia o compañeros, o en el discernimiento de hombre a hombre o de mujer a mujer; en el anonimato del parque o de la calle. La privacidad en ese aspecto da a los individuos, desde los trabajadores hasta el Presidente, la oportunidad de despojarse de sus máscaras para descansar. Estar siempre en marcha destruiría el organismo humano”<sup>80</sup>.

Sin embargo, hoy hemos de vivir en una constante y perpetua situación de celo y guardia frente a las captaciones (lícitas e ilícitas).

¿Acaso alguien duda que no está siendo grabado cuando interacciona con otros? ¿Acaso los profesores dudan que sus alumnos los graban? ¿Acaso algún profesional duda que el cliente no lo está grabando en todo momento que dura la prestación del servicio? ¿Acaso alguien duda que en los *smartphones* se tienen *apps* «grabadores de llamadas» y todas son grabadas? ¿Acaso alguien puede ser tan ingenuo de pensar que no está siendo grabado? La realidad así lo demuestra. Ahora bien, conviene

---

en los derechos de la personalidad de Carolina de Mónaco, se alzó esta en amparo por vulneración del art. 2 en relación con el art. 1 de la Ley Fundamental. El recurso se articuló en torno al derecho fundamental que se atribuye al individuo para proteger los elementos de la personalidad; y a que la autorización para la publicación de imágenes que comporten la exposición pública de la vida privada o cotidiana debe ponderarse de acuerdo con el derecho a la propia imagen y a la garantía de la esfera privada, ello como manifestaciones del derecho general de la personalidad. El problema no se centró tanto en la representación fotográfica, sino en los límites en torno a la captación de imágenes y su publicación de personas que con innegable interés público no se encuentran desempeñando funciones oficiales sino en el desempeño de actividades privadas o personales.

77 Ibid.

78 GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959, pp. 56 y ss.

79 WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, op. cit., p. 38.

80 Ibid., loc. ult. cit.

precisar una cosa: nada que ver tiene que nos dé igual (que nos graben) a que esto no ocurra.

Evidentemente todas esas grabaciones sin consentimiento del tercero ocurren porque el captador es protagonista de la escena (más allá de las situaciones en que es un tercero y ocurre en un ámbito público). Porque hay una doctrina troquelada en piedra que establece que cuando uno participa en una conversación puede grabar a los participantes en ella sin mayor consideración.

Y más concretamente, esta cuestión fue resuelta por la STC 114/1984, de 29 de noviembre<sup>81</sup>, en la que se precisaría que la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica no conculca secreto alguno impuesto por el art. 18.3 ni afecta a en términos generales a la intimidad del resto. Así, sostuvo el tribunal, que “quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex art. 18.3, se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex art. 18.1, garantía ésta que, «a contrario», no universaliza el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana”.

Sin embargo, actualmente la situación se ha tornado insoportable. Basta asomarse a lo mundano para advertir como los ciudadanos sistemática y compulsivamente captan las conversaciones en las que participan, bien con el ánimo de abastecerse de un robusto acervo probatorio por lo que pueda ocurrir; bien por la insana obsesión de hacer acopio de todas las escenas de su vida: de vivir su propia película.

Resulta evidente que muchas personas cambian su forma de comportarse ante la creencia de que están siendo grabadas, como mínimo por el reparo que produce el que puedan descontextualizarse algunas de sus manifestaciones.

Uno pudiera objetar que quien nada ha de ocultar, nada ha de temer; pues ningún problema le ha de causar que su conversación –si participa en la escena– sea unilateralmente grabada por su receptor.

81 STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114).



Más debe señalarse que ello no puede ser así, pues con dicha captación unilateral y sin un consentimiento, siquiera deducido de *facta concludentia*, se desnaturaliza el derecho a la intimidad que debe ser entendido como libertad y garantía para el libre desarrollo de la personalidad.

Díganle a su interlocutor, en mitad de una conversación bajo el abrigo de la esfera privada, que está siendo grabado, y verán cómo cambia su semblante o expresa que no quiere serlo.

No existen razones de peso suficiente que justifiquen mantener la doctrina del tribunal constitucional en todo momento y bajo toda circunstancia dada la realidad social actual. Pues no puede perderse de vista, como apuntó DORADO MONTERO, que, si bien el orden de la fenomenología natural varía relativamente poco, el orden de la fenomenalidad social varía grandemente y de un modo continuo porque a medida que el hombre descubre los secretos de la naturaleza y su funcionamiento, va transformando las relaciones e instituciones sociales. De manera que lo que hoy se estima acertado y conveniente, dejará de estimarse así mañana, y la verdad social de mañana sufrirá la misma suerte que la del día de después, por lo que es “preciso dar al pensamiento una movilidad correspondiente a la de la vida”<sup>82</sup>.

Actualmente el coste ha devenido elevadísimo: la libertad para ser como uno quiere ser sin la zozobra que genera el poder saberse grabado en cualquier instante por un interlocutor:

En consecuencia, un buen comienzo sería reputar ilícitas las captaciones de conversaciones sin el consentimiento del otro interlocutor cuando estas ocurran en un ámbito privado o reservado, y ello como garantía de preservar la intimidad como la esfera de libertad donde el sujeto gesta los procesos intelectivos que configuran y desarrollan su personalidad. Y difícilmente puede desarrollarse la personalidad de manera plena y eficaz frente al riesgo de poder ser grabados por nuestros interlocutores en contextos claros de intimidad.

#### **IV. UNA NUEVA NECESARIA COMPRENSIÓN DE LA INTIMIDAD.**

Los conflictos, pues, surgen de la interacción de los sujetos. Los acontecimientos se enmarcan en unas determinadas circunstancias predisuestas. Es por ello que consideraría un error partir de una formulación basada en la idea de sociabilidad cero, pues de existir, el derecho devendría innecesario. En esta línea señala BALDASSARRE, el derecho a la intimidad “es la postulación de la tutela jurídica de la interioridad, entendida no como algo cerrado en sí mismo y de inmediato, sino concebida como trascendente, como referencia al ejercicio de su poder-ser; o

---

82 DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905, pp. 7-8.

sea, como relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última, de la libertad pública con su proceso de decisión privado”<sup>83</sup>. Y observa MORALES PRATS que “la *privacy* asume así su significado de garantía dirigida a preservar el ejercicio virtual de las libertades públicas y los derechos públicos, que encuentran en aquélla el fundamento relativo a la fase de latencia o potencialidad lógica”<sup>84</sup>.

La intimidad es ante todo el puente de mando del hombre. El lugar desde donde gobierna su vida y decide proyectarse a las diferentes coordenadas del mundo exterior:

En este sentido, siguiendo a MARTÍNEZ MARTÍNEZ, el derecho a la intimidad constituye el “soporte y presupuesto de otros derechos, como la libertad ideológica, y como garantía para el libre desenvolvimiento de la personalidad en un marco de libertad”<sup>85</sup>.

De manera que se puede afirmar que el derecho a la intimidad se comprende desde de la arquitectura de la libertad del hombre que ante su proyección al mundo exterior levanta una muralla que le proteja en sus libertades sociopolíticas frente a las invasiones de terceros<sup>86</sup>.

No extrañará entonces que digamos que la intimidad es simultáneamente libertad y garantía para el libre desarrollo de la personalidad. Y que, junto con el resto de derechos fundamentales, constituye la dotación instrumental para salvaguardar la dignidad humana.

En esta concepción expansiva del alcance de la intimidad, MORALES PRATS vincula la *privacy* con la libertad personal a partir del acotamiento del bien jurídico intimidad en tres parcelas.

La primera de ellas señala el autor es la *privacy de la esfera íntima* que se correspondería tanto con las facultades clásicas de exclusión de terceros en todo aquello que se refiere a aspectos de la intimidad con relevancia jurídica (secretos documentales, secretos domésticos, inviolabilidad del domicilio, etc.) como a aquellos otros intereses que tangencialmente encuentran su fundamento jurídico en la intimidad (aquellos que constituyen manifestaciones del derecho a la libre opción y autodeterminación del individuo como pueden ser el derecho a la libertad sexual o al aborto y que, en definitiva, que entroncan directamente con el proyecto de vida que el sujeto desea llevar a cabo en el libre desarrollo de su personalidad)<sup>87</sup>.

83 La cita se toma de MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, op. cit. p 134.

84 *Ibid.*, loc. ult. cit.

85 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004, p.47.

86 Tanto el Estado como terceros particulares.

87 MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad*, cit., p 123.

La segunda parcela la identifica con la *privacy política* entendida como garantía institucional de otras libertades. Identifica el carácter garantista de la *privacy* frente al control auspiciado por las nuevas tecnologías y especialmente los medios de vigilancia electrónica, que convierten a la policía en omnisapiente: y una policía omnisapiente es uno de los más eficaces instrumentos de la tiranía<sup>88</sup>. En este sentido, advierte que “la *privacy* manifiesta un contenido positivo que se inserta implícitamente en la disciplina jurídica de cada una de las libertades (derecho de asociación, libertad religiosa o de conciencia, derecho a la sindicación, etc.) respecto de las que constituye un presupuesto lógico”<sup>89</sup>.

En último lugar estaría la parcela de la *privacy de la libertad personal* que quedaría integrada por la privacidad del cuerpo (invocable en materia de intervenciones o pruebas médicas coactivas), del domicilio, del derecho de defensa (confidencialidad y sigilo predicable en la relación abogado y cliente), etc<sup>90</sup>.

El fundamento de la intimidad no se halla sino en la protección de la libertad y de la dignidad humana que a través de los derechos fundamentales se salvaguarda.

Así las cosas, el derecho a la intimidad junto con el resto de derechos posibilitan la realización de la propia esencialidad del hombre materializada a través del libre desarrollo de su personalidad.

En definitiva, la intimidad configura su faceta garantista en cuanto inexorablemente se relaciona y vincula con otros derechos fundamentales, de manera que el bien jurídico debe ser interpretado desde la propia teleología que lo vivifica, esto es, su conexión con la libertad e individualismo del hombre; ya sea tanto en su dimensión psicológica o espiritual como en la física o informática<sup>91</sup>.

---

88 *Ibíd.*, p. 124-125. El autor señala que es en la fase informática cuando la *privacy* acrecienta su significado de garantía política, pues resalta que “el poder informático posibilita injerencias cuantitativa y cualitativamente mayores en la esfera íntima de los ciudadanos, lo que determina la transformación del estatuto jurídico de la *privacy* en su fase informática”

89 *Ibíd.*, loc. ult. cit.

90 *Ibíd.*, loc. ult. cit.

91 En este sentido, *ibíd.*, p. 136. Del mismo autor puede verse “*Privacy* y Reforma penal: La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983”, *Documentación Jurídica*, 1985, 37/40 (monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1983), Vol. I, pp. 575-631, en este trabajo advierte de la “dimensión garantista de la *privacy* cuyo contenido se expande hacia parcelas tangentes de otros bienes jurídicos, respecto de los cuales la intimidad constituye un presupuesto de su ejercicio”.

## BIBLIOGRAFÍA

BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Postmodernidad: resistencia o decadencia*, Tecnos, Madrid, 2000.

BALLESTEROS LLOMPART, J.: *Sobre el sentido del Derecho: introducción a la Filosofía jurídica*, Tecnos, Madrid, 2007.

BLOUSTEIN, E. J.: "Privacy as an aspect of human dignity: an answer to Dean PROSSER", *New York University Law Review*, vol. 39, 1964.

CARRIÓN OLMOS, S.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Veinticinco años de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

CORTÉS BECHIARELLI, E.: "Sobre la pluriofensividad de los delitos cometidos por los funcionarios públicos contra las garantías de la intimidad (artículo 534 a 536 del Código penal español)", en AA.VV.: *Un Derecho Penal comprometido: Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz* (coord. M.A. Núñez Paz), Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. y BARINAS UBIÑAS, D.: "La protección penal de la vida privada en nuestro tiempo social: ¿necesidad de redefinir el objeto de tutela?" *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2014, núm. 12.

DE LAS HERAS VIVES, L.: *Protección penal de la intimidad. Una revisión crítica a propósito del nuevo artículo 197.7 del código penal español*, Universidad Autónoma de Barcelona, 2018.

DORADO, P.: *Bases para un nuevo derecho penal*, Manuel Soler-editor, Barcelona, 1905.

En WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "Right to privacy", *Harvard Law Review*, 1890, vol. IV, núm. 5.

FARIÑAS MATONI, L.M.: *El derecho a la intimidad*, Trivium, 1983.

FRIED, C.: "Privacy", *Yale Law Journal*, 1968, vol. 77, núm. 3.

FROMM, E.: "Afterword" en ORWELL, G.: 1984, Signet, New York, 1961.

GAJDA, A.: "What If Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering The Press Coverage That Led To The Right To Privacy", *Michigan State Law Review*, 2007, Research paper No. 07-06.

GOFFMAN, E.: *The Presentation of Self in Everyday Life*, Doubleday, New York, 1959.

GREENAWALT, K.: "Privacy and Its Legal Protections", *The Hastings Center Studies*, 1974, vol. 2, núm. 3.

IZU BELLOSO, J. M.: "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 1988, núm. 58.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: *Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Civitas, Madrid, 2004.

MATTEUCCI, N.: "Pubblico e privato", en AA.VV.: *Privacy e banche dei dati: aspetti giuridici e sociali* (coordinador N. MATTEUCCI), Il Mulino, Bolonia, 1981.

MORALES PRATS, F.: "Reflexiones político criminales sobre los límites de la intervención penal en los delitos contra la privacy: la reforma del CP de 2015 (LO 1/2015)" en AA.VV.: *Homenaje al profesor Miguel Bajo* (coord. por. S. BACIGALUPO SAGGESE, B.J. FEIJOO SÁNCHEZ y J.I. ECHANO BASALDUA), Madrid, 2016.

MORALES PRATS, F.: *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Ediciones Destino, Barcelona, 1984.

O'BRIEN, D.: "The Right of privacy", *Columbia Law Review*, vol 2, 1902.

PÉREZ ROYO, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Algete, 2014.

POUND, R.: "Interests of personality", *Harvard Law Review*, 1915, February.

PROSSER, W.: "Privacy" *California Law Review*, 1960, núm. 48 (3).

RACHELS, J.: "Why Privacy is Important", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975.

REBOLLO DELGADO, L.: *El derecho fundamental a la intimidad*, Dykinson, Madrid, 2000.

REIMAN, J.: "Privacy, Intimacy, and Personhood", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 6, núm. 1, 1976.

SALDAÑA DÍAZ, M<sup>a</sup>. N.: "The right to privacy. La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis", *Revista de Derecho Político (UNED)*, 2012, núm. 85.

SCANLON, T.: "Thomson on Privacy" *Philosophy & Public Affairs*, vol. 4, núm. 4, 1975.

TALAVERA FERNÁNDEZ, P.A.: *Derecho y Literatura*, Comares, Granada, 2006.

VERVAELE, J.: "La legislación antiterrorista en Estados Unidos: inter arma silent leges", *Revista de derecho y proceso penal*, 2005, núm. 14.

WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.: "El derecho a la intimidad", Civitas, Madrid, 1995.

WESTIN, A.F.: *Privacy and Freedom*, Atheneum, Nueva York, 1967.