

PROTECCIÓN CIVIL Y PENAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SU TRATAMIENTO POR LOS MEDIOS¹.

Dr. Jesús P. Rodríguez.
Universidad Rey Juan Carlos

ÍNDICE:

1. Introducción.
2. Fundamentación ética.
 2. 1. Primer presupuesto moral: La idea de "dignidad humana".
 2. 2. Segundo presupuesto moral: La idea de "autonomía moral".
 2. 3. Tercer presupuesto moral: la necesidad del reconocimiento recíproco.
3. Fundamentación jurídica.
4. Antecedentes históricos.
5. El derecho a la intimidad como derecho constitucional.
6. Puntos de colisión con otros derechos.

INTRODUCCIÓN.

Pocos enunciados jurídicos orientan al intérprete sobre la naturaleza y sentido de la terminología jurídica como el denominado "derecho a la intimidad". La razón de ser de su conceptualización no es otra que establecer mecanismos de protección de una parcela de la privacidad humana que todos los individuos poseemos, y digo todos, porque no hay excepciones. Absolutamente todos los ciudadanos vivimos en dos planos: uno estrictamente privado, al margen de la sociedad; y otro público, que no podemos sustraer al contacto o a la observación ajena. El derecho a la intimidad cubre, aunque con distinta intensidad, ambas parcelas de nuestra vida.

El derecho a la intimidad no establece ningún contenido material concreto, pues lo determina autónomamente cada individuo², ni del mismo se deriva un acotamiento personal o espacial, tal como puede ocurrir con otros derechos igualmente claros etimológicamente hablando, como por ejemplo, el derecho de propiedad o el derecho a la educación, en que su disfrute está reservado a ciertas personas o grupos sociales, tales como propietarios o estudiantes. El derecho a la intimidad nos protege a todos y en cualquier momento y situación³.

El derecho a la intimidad evidencia que intenta proteger jurídicamente un hecho fáctico y constatable: que todos los seres humanos poseemos y vivimos una intimidad personal y familiar. Si los individuos pudiéramos protegerla por nosotros mismos no existiría este derecho, como tampoco existiría si no hubiera amenazas contra las que creemos importante su preservación.

El derecho a la intimidad protege un bien que pertenece exclusivamente al ciudadano, el cual, soberanamente, norma el contenido⁴. El *qué se protege* sólo lo conoce cada individuo, y si preguntáramos *a quién se protege*, habría que responder que a todos y cada uno de los ciudadanos, sin ningún tipo de excepción. Creo que sólo a la pregunta de *cuándo se protege* habrá que hacer matizaciones y aceptar excepciones: ¿se trata de un problema de oportunidad o podemos establecer una teoría general?. Precisamente este es el debate doctrinal que todavía no ha sido resuelto pacíficamente por las partes

1 Este trabajo recoge parte de mi trabajo "El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad", en **Derechos y Libertades**, Revista del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, núm. 3, 1994, diciembre, pp. 363 - 392. Igualmente debo destacar que para su realización he contado con una ayuda del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid.

2 En cierta manera es tan sólo un mecanismo de protección.

3 Habrá quien diga que este derecho sólo interesa a los "ricos y famosos", pero de este carácter clasista también se acusó no hace tanto tiempo y por ciertas ideologías a un gran número de derechos fundamentales, considerando que sólo interesaban a la clase burguesa.

4 Podría decirse gráficamente que el derecho a la intimidad es la "cáscara" protectora de algo que "rellena" soberanamente el individuo.

implicadas en el mismo, ya se trate de periodistas, abogados, jueces o cualquier otro operador jurídico, y que trataremos, en alguna medida, de abordar aquí.

Tratar del "derecho" a la intimidad supone centrarnos en la protección jurídica, pero ésta es sólo una faceta de las dos con las que se nos presenta la protección de la intimidad:

La primera de ellas es la que llamaríamos ética y que vendría representada por la existencia de un código de valores asumido y compartido por toda la sociedad y que debería reflejarse en la actuación tanto de la Administración de Justicia, prensa y ciudadanos. Esta faceta está relacionada con la llamada "ética pública" que expone el prof. Peces - Barba y debe de ser la que inspire la posible autorregulación de la prensa, cualquiera que sea el sistema, especialmente en aquellos países en que rigen códigos deontológicos. También debería orientar los métodos de control externo de los medios, en sus distintas facetas: control judicial, control parlamentario, por órganos políticos independientes y por órganos políticos con participación de los distintos sectores sociales afectados.

La segunda faceta, ya sí es la jurídica, es la protección que se deriva del derecho a la intimidad. Aquí estamos en presencia de un derecho fundamental y de sus consecuencias jurídicas: garantías políticas⁵ y garantías judiciales⁶.

A estas facetas voy a hacer referencia a continuación, si bien dentro de un mismo hilo argumental.

FUNDAMENTACION ÉTICA.

Con la reivindicación de la conciencia individual, de la "independencia privada", la vida privada⁷, la moral individual, etc. se va abriendo camino a la necesaria constitucionalización del derecho a la intimidad. Podemos buscar otros precedentes doctrinales, pero creo que sirve la apreciación de GARCÍA SAN MIGUEL que cita como precedente inmediato la famosa conferencia de BENJAMIN CONSTANT "**La libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos**"⁸, "**Allí Constant decía contundentemente: *Nuestra libertad debe componerse del goce pacífico y de la independencia privada***". Aunque, la expresión "independencia privada" parece referirse a lo que hoy llamamos intimidad, lo cierto es que Constant no menciona explícitamente este derecho entre los que integran lo que él llama sencillamente **Libertad**"⁹. Sólo ha podido surgir el derecho a la intimidad en el siglo actual y gracias al bagaje cultural depositado en la noción de dignidad humana, así como en la dimensión política y social que a la persona humana le otorgan las corrientes liberales y utilitaristas.

5 Entre las que destacan el principio de vinculación constitucional de los arts. 9,1 y 53,1 CE, la protección de un contenido esencial frente a cualquier desarrollo restrictivo (art. 53,1 CE), reserva de desarrollo normativo exclusivamente por ley orgánica (art. 81,1 CE) y protección por el Defensor del Pueblo (art. 54 CE).

6 Especialmente a través de los recursos de amparo ordinario (L. 62/78 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas) y Constitucional (L.O. 2/79 del Tribunal Constitucional) previstos por el art. 53,2 CE. y, en su caso, ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través del Convenio Europeo de Salvaguardia de los Derechos Humanos y Libertades Públicas, de 4 de noviembre de 1950, modificado sustancialmente por el Protocolo núm. 11 que entró en vigor en 1999.

7 Vid. al respecto la completa y bien documentada obra que bajo la dirección de Philippe ARIÈS y Georges DUBY culmina en 1987: **Histoire de la vie privée**, Éd. du Seuil, París. Traducidos al español en Taurus, Madrid, 1992 (diez tomos).

8 Recogida en Benjamin CONSTANT, **Escritos Políticos**, estudio preliminar, traducción y notas de M^a Luisa SÁNCHEZ MEJÍA, pp. 257 y ss.

9 "**Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión**", en GARCÍA SAN MIGUEL y otros, **Estudios sobre el derecho a la intimidad**, Madrid, Tecnos y Universidad de Alcalá, 1992, pp. 15 y 16. Con referencia a CONSTANT en el mismo sentido vid. Helena BEJAR, **El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad**, Madrid, Alianza Universidad, 1988, pp. 41 y ss., que presenta una interesante perspectiva sociológica.

Siendo más preciso, gran parte del aprecio y protección que la cultura jurídica ha brindado a la idea de "dignidad", lo ha sido a título de lo que hoy entenderíamos como derecho a la intimidad. De ahí la importancia de destacar la evolución de la idea de dignidad que "continúa" desde finales del XIX como "derecho a la intimidad".

Con ello quiero destacar cómo la evolución histórica está presente muy especialmente en el derecho fundamental que aquí consideramos, mostrando lo acertado que es comprender que **"el devenir...es> ..una variable relevante en la propia definición de los derechos <fundamentales>"**¹⁰.

Para el prof. PECES - BARBA **"sólo se puede hablar de derechos fundamentales cuando esa moralidad, impulsada por el poder (sólo en las sociedades democráticas), hecho fundante básico, se incorpora al Derecho positivo. Este fenómeno se produce en la historia"** ¹¹. Por ello es necesario acercarse a la historia de los derechos fundamentales conociendo cómo surgen las sucesivas generaciones de derechos debido al reto que plantean nuevas amenazas a la dignidad o libertad de las personas o cuando aparecen necesidades humanas sin satisfacer¹².

Sobrevalorar esta dimensión histórica hasta elevarla a la alta consideración de fundamento de los derechos humanos no es quizá adecuado¹³. Pero sí que es imprescindible para comprender cómo se realiza la **"plasmación normativa de los valores morales"**, y así PRIETO SANCHIS expone una tesis que denomina histórica y cuyo planteamiento comparto, **"que entiende que la satisfacción de los principios de dignidad, libertad e igualdad no pueden cerrar los ojos a las condiciones materiales de existencia y, consiguientemente, a las coordenadas históricas de los sujetos titulares de los derechos"** ¹⁴. En un sentido similar se expresa el prof. Elías DÍAZ cuando señala que la dimensión de historicidad **"exige comprender hoy el Derecho en relación necesariamente con la estructura real y los caracteres del modo de producción de la sociedad actual de que, en concreto, se trate"** ¹⁵.

No es, pues, mi intención apoyar una fundamentación historicista, sino mostrar cómo la formulación del Derecho a la intimidad, al igual que la del resto de los derechos fundamentales, está determinada por las circunstancias históricas que condicionan al ser humano ¹⁶.

10 PRIETO SANCHIS, Luis. Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid, Debate, 1990, págs. 22 - 23.

11 **"Sobre el puesto de la historia.."**, op. cit. p. 231.

12 Vid., entre una amplia bibliografía, Ignacio ARA PINILLA: Las transformaciones de los derechos humanos, Madrid, Tecnos, 1990.

13 Sobre este punto ver Eusebio FERNÁNDEZ **"Fundamentación historicista. Los derechos humanos como derechos históricos"**. En Teoría de la Justicia y derechos humanos, Madrid, Debate, 1987. Págs. 100 y ss. Creo que destacar la importancia y determinación del avance cultural, social y político en la formación de los derechos fundamentales no es ser historicista.

14 Estudios sobre derechos fundamentales, ob. cit., pp. 21-22.

15 En Legalidad - legitimidad en el socialismo democrático, Madrid, Civitas, 1978, p. 16.

16 **"Esta historificación del sujeto de los derechos humanos exige, de un lado, prescindir de aquella noción de naturaleza ajena a toda experiencia histórica, pero, de otro, requiere también conjugar esa historia con procedimientos racionales de justificación de las pretensiones, intereses o fines que hayan de articularse como derechos básicos"**, en Luis PRIETO Estudios sobre derechos fundamentales, ob. cit. pág. 52. En cierto sentido, supone los planteamientos de Maquiavelo o Schmitt, que refiriéndose a la política ya nos presentaron un hombre sometido a una naturaleza real distinta de la naturaleza ideal, vid. LEGAZ LACAMBRA, Filosofía del Derecho, Barcelona, Bosch, 1979, 5. ed., pp. 465 y ss. Sobre si los derechos humanos son un concepto político o científico, ver Teoría de la Justicia y derechos humanos -Madrid, Debate, 1987-, de Eusebio Fernández, donde comenta la opinión del prof. Gregorio ROBLES en el sentido de que es un concepto político. El prof. FERNÁNDEZ señala que **"la problemática de los derechos humanos es un contexto político necesariamente, pero, añadido, no solamente político. Parte de la numerosa bibliografía que existe sobre los derechos humanos y los intentos que para su mejor análisis se llevan a cabo demuestran que es ya posible tratar este tema científicamente"**, pág. 100, nota 57. El prof.

La intimidad se presenta como un derecho fundamental propio y derivado de la dignidad humana, quizás de los que mejor muestran cómo las pretensiones morales que se derivan de la dignidad están mediatizadas en su positivación jurídica por las circunstancias históricas. Las modernas amenazas a su respeto, tanto públicas como privadas, relanzan hoy esta dimensión consustancial de la dignidad, alcanzando una relevancia que exige su protección jurídica especial. Norberto BOBBIO ha señalado que **"..los derechos no nacen todos en un momento. Nacen cuando deben o pueden nacer. Nacen cuando el aumento del poder del hombre sobre el hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, al progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás, crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con exigencias de límites al poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder.."** 17.

Si el XVII es el siglo de la intolerancia y las amenazas a la libertad de conciencia, y como consecuencia, el que pone de manifiesto la libertad religiosa 18, o el XVIII el que tras los abusos sobre la vida e integridad física de las personas, en el que destacan la exigencia de derechos procesales 19, podemos decir, que en el XX, ciertos ataques a la dignidad de la persona y a su autonomía moral son atajadas mediante la conceptualización del "derecho a la intimidad".

Entiendo como vano intento el de tratar de cualquier derecho, más aún de los de esa categoría que denominamos "fundamentales", sin antes ponernos de acuerdo o, al menos, tratar sobre la "justificación" del mismo. Sólo en la medida en que asumamos unas normas éticas compartidas podremos respetar ese endeble "derecho a la intimidad" ajena. Lo que nos conduce, como señala GARCÍA SAN MIGUEL, **"a los problemas centrales de la filosofía moral"** 20.

El derecho a la intimidad está fundamentado en una concepción cultural y antropológica apoyada en la conjunción de un triple principio: dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad y necesidad del reconocimiento recíproco. Todo ello dentro de una concreta y determinada ideología sobre los derechos humanos: las concepciones liberales, y respecto de un sistema político concreto: el democrático²¹.

Primer presupuesto moral: La idea de "dignidad humana".

Gran parte del aprecio y protección que la cultura jurídica ha brindado a la idea de "dignidad", lo ha sido a título de lo que hoy entenderíamos como derecho a la intimidad. El derecho a la intimidad forma parte intrínseca de lo que es la "dignidad humana". Así lo reconoce el Tribunal Constitucional en su Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre (FJ. 3º): **"los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar...aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad,**

FERNÁNDEZ hace referencia al trabajo de ROBLES MORCHON **"Análisis crítico de los supuestos teóricos y del valor político de los derechos humanos"**, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, luglio - settembre, Milano, 1980, págs. 480 y ss.

17 Introducción a la obra **El tiempo de los derechos**, Madrid, Sistema, 1991, trad. de R. de Asís, pág. 18.

18 Ver especialmente el trabajo del prof. J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA **"Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo XVII y la distinción entre moral y Derecho a principios del XVIII"**, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 4 en homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1986 - 87, pp. 359 y ss. También PECES - BARBA, G. **"La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII"**, en **Libertad, Poder, Socialismo**, Madrid, Civitas, 1978, pp. 21 y ss.

19 Ver TOMAS Y VALIENTE: **El Derecho penal de la monarquía absoluta. (Siglos XVI - XVII - XVIII)**, Madrid, Tecnos, 1969.

20 **"Reflexiones sobre la intimidad como límite.."**, op. cit., p. 18.

21 Los regímenes totalitarios no se caracterizan precisamente por respetar este derecho sino, muy al contrario, y entre otros factores, por un total desprecio y una continua vulneración del mismo.

derivados sin duda de la "dignidad de la persona". Por ello entiendo imprescindible a los efectos de estudiar este proceso de positivación hacer **referencia a la evolución de la idea de dignidad.**

La idea de **DIGNIDAD HUMANA vinculada a aspectos propios de intimidad, privacidad, respeto a la personalidad, etc.** es una noción tan antigua como la cultura europea, si bien, bajo ningún concepto podemos extrapolar automáticamente estas reflexiones sobre la dignidad al de derecho a la intimidad, derecho que todavía no estaba concebido como tal. Hablar directamente en épocas anteriores al siglo XIX del derecho a la intimidad supondría, como señala PÉREZ LUÑO respecto de un problema semejante, **"una metáfora doctrinal no exenta de riesgos"**²².

Pero la historicidad propia de la consideración de la idea de dignidad y de los derechos que de ella se derivan, se evidencian a través de las doctrinas sobre los derechos innatos a la naturaleza humana, cuya historia comienza realmente con el iusnaturalismo racionalista, como señala Bobbio ²³. La Naturaleza (o la dignidad) es presupuesto de unos derechos.

La dignidad de la persona es algo común a todo ser humano, pues, **"no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo; opiniones o creencias. Es independiente de la edad, inteligencia y salud mental; de la situación en que se encuentre y de las cualidades; así como de la conducta y comportamiento. Por muy bajo que caiga el hombre, por grande que sea la degradación, seguirá siendo persona con la dignidad que ello comporta"** ²⁴. Evidentemente, la dignidad, al ser consustancial al hombre, es algo de lo que carecen los seres irracionales, característica que los diferencia esencialmente, y razón propia del nacimiento de pretensiones morales en el hombre. El deber de respeto a la dignidad es fuente de nacimiento de obligaciones positivas y negativas y, entre ellas, de la necesidad de respeto a la intimidad de las demás personas. Del hombre respecto de todo hombre, pues en este punto la igualdad es absoluta. La misma alta cualidad la posee cualquier persona. Por eso aquí debemos decir que nadie puede hacer dejación de su dignidad. La dignidad se posee por el mero hecho de ser persona y, por ello, cualquiera que sea el acto realizado, nadie pierde su dignidad, pues para ello debería desposeerse de la condición de ser humano, y mientras conserve la vida, esta hipótesis es imposible. La capacidad de razonar, de comunicarse, de elegir y de tomar opciones morales son las expresiones en que se concreta esa dignidad²⁵.

²² Sobre la transpolación histórica de derechos, instituciones, etc., escribe clarivamente el catedrático de la Universidad de Sevilla -y lo aplico personalmente a todo aquél que pretenda hablar de un derecho a la intimidad descontextualizado en la historia- que **"Entraña desconocer la propia génesis y evolución histórica de los derechos humanos, en cuyo seno se gesta, ya en el siglo XVIII como fruto de la ideología de signo liberal individualista, la idea de los derechos individuales, de la que emerge la ulterior distinción entre los derechos civiles y políticos y la consiguiente idea de un derecho a la privacidad;... Situar estos conceptos y categorías al margen de la historia implica distorsionarlos...Conviene no perder de vista que los derechos humanos no son categorías ideales y abstractas, sino respuestas normativas a determinadas necesidades básicas de la persona y, por ello, no pueden formularse al margen de las situaciones históricas a cuyo remedio se dirigen."** En La polémica sobre el Nuevo Mundo, Madrid, Trotta, 1992, pp. 64 y 65.

²³ **"Si la doctrina del Derecho Natural es tan antigua como la filosofía occidental, la doctrina de los derechos naturales, que se encuentra en la base de las famosas Declaraciones, es moderna. Una verdadera y propia doctrina de los derechos naturales no aparece por primera vez hasta los escritores del siglo XVII, comenzando por Hobbes..."**, en El tiempo de los derechos, ob. cit., p. 40. Opino con Bobbio que uno de los primeros textos sobre derechos naturales, lo representa el segundo capítulo del Segundo Tratado Sobre el Gobierno Civil de Locke -vid. Alianza Editorial, Madrid, 1990, trad. de Carlos Mellizo, del original de 1690-.

²⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, La dignidad de la persona, Madrid, Civitas, 1986, p. 25. Parte de las reflexiones siguientes sobre la idea de dignidad se apoyan en este texto.

²⁵ En el mismo sentido y en el Discurso de Ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, el prof. PECES-BARBA se refiere a la dignidad del hombre, como un postulado humanista antropocéntrico propio de la cultura occidental y moderna que expresa la especificidad del ser humano **"libre, con capacidad de elegir, ser racional, con capacidad de construir conceptos generales, ser moral con habilitación para escoger y asumir un ideal de vida, que puede ser presentado como susceptible de ser universalizable, y ser comunicativo, capaz de diálogo con los otros, y de transmisión oral o escrita de su propia semilla de**

Resulta demasiado amplio y prolijo relatar todos los documentos que recogen la idea de dignidad humana, sobretudo porque creo que su adecuada formulación no se encuentra en la prehistoria de los derechos humanos 26, sino en la historia más reciente²⁷. Destaca un texto que es seguido o recogido en todas las Declaraciones de Derechos o Constituciones posteriores, y que se considera que ha trascendido su valor declarativo para pasar a ser norma consuetudinaria del Derecho Internacional General. Me estoy refiriendo a la **Declaración Universal de Derechos Humanos**²⁸.

Nada más acertado que creer que nuestra libertad y dignidad igual se apoyan en ninguna otra naturaleza que no sea la **"naturaleza ideal .. elevada a criterio supremo para distinguir qué se debe hacer y qué no se debe hacer"**²⁹.

Nuestra Constitución, pese a enumerar un amplio catálogo de derechos, no olvida, previo a éste, resaltar el valor de la propia dignidad humana, tronco común de esos derechos, y así dirá en su art. 10,1: **"La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social"**.

El artículo 10 C.E. **"supone la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento jurídico español"** 30. No es solamente un principio ético o declarativo, sino que estamos ante una auténtica norma jurídica vinculante, tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos - art. 9,1 C.E. -, que asume todas las consecuencias jurídicas que se derivan de la constitucionalización del alto principio "dignidad humana".

Constitucionalizar el principio de "dignidad humana" supone, además, asumir todo el bagaje político-teórico que posee una noción ética conocida y estudiada desde el pensamiento clásico y respetada por concepciones religiosas y políticas (liberalismo, socialismo democrático, democracia-cristiana, entre las más importantes) como fundamento de derechos inviolables en los hombres. Así se ha mantenido reiteradamente por autores de indudable solvencia, que ello supuso adoptar por el constituyente una orientación iusnaturalista 31.

creación. En Ética Pública y Derecho. Publicaciones de la Real Academia de Ciencia Morales y Políticas, Contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Madrid, 1993, p. 17.

26 **"Los derechos fundamentales nacen con las Constituciones. Ello supone que su acta de nacimiento es precisa: la historia de los derechos fundamentales comienza en 1776, ni antes ni después"**. No me atrevo a formularlo con tanta rotundidad como el prof. CRUZ VILLALON, pero sí creo que no es posible hablar propiamente de derechos fundamentales hasta fechas próximas al constitucionalismo, a la Revolución Americana o a la Francesa. Acepto, pues, que hay que referirse a la estricta "contemporaneidad". El trabajo de CRUZ VILLALON se titula **"Formación y evolución de los derechos fundamentales"**, en la obra colectiva **Introducción a los Derechos Fundamentales**, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1988, (tres volúmenes), tomo I, pág. 163.

27 Siempre teniendo presente que nos encontramos con distintas "generaciones de derechos", que corresponden a distintas necesidades a satisfacer, y de aparición igualmente contextualizada en la historia. Vid. ARA PINILLA, **Las transformaciones.**, ob. cit.

28 En el Preámbulo de la Declaración de 10 de diciembre de 1948 se dice "... que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres..." (el subrayado es nuestro) Esta concepción ya no puede ser propia de una ideología determinada, ni de un grupo social, ni tampoco de un Estado. Esta concepción de la idea de dignidad debe ser compartida universalmente e invocable, pues, para todos los seres humanos, sin ningún tipo de distinción: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (art. 1º de la Declaración).

29 Artículo recogido en la excelente traducción del prof. Rafael De Asís, junto con otros trabajos de BOBBIO sobre derechos fundamentales, en la obra **El tiempo de los derechos**, ob. cit., p. 40

30 **La dignidad de la persona**, ob. cit., p. 80.

31 Así lo considera GONZÁLEZ PÉREZ, que cita entre otros a GARCÍA DE ENTERRIA y FERNÁNDEZ

Pero, además, la dignidad de la persona se articula como auténtico fundamento del Ordenamiento Jurídico, por lo que ha sido calificada como Valor Superior del Ordenamiento - erróneamente, a mi manera de ver 32-, o como principio general del Derecho - GONZÁLEZ PÉREZ -, o de una manera más ecléctica como "valor jurídico fundamental" -STC. 53/1985 de 11 de abril (FJ 8º)-.

La dignidad es considerada como algo anterior a los derechos, como el tronco del que nacen los Valores Superiores y los derechos.

Segundo presupuesto moral: La idea de "autonomía moral".

Entender la libertad como "autonomía moral" es, quizás, imprescindible para enmarcar el derecho que nos ocupa. Como destaca Bobbio **"la primera prolongación del concepto de libertad se produce con el paso de la teoría de la libertad como no-impedimento a la teoría de la libertad como autonomía, cuando se comenzó a entender por "libertad" no ya solamente el no ser impedido por normas externas, sino el darse normas a sí mismo, y, por consiguiente, no tanto el no tener leyes, como entendería Hobbes, cuanto el obedecer a leyes promulgadas por nosotros y para nosotros mismos. Con el concepto de autonomía, la libertad no consiste ya en la ausencia de leyes, sino en la presencia de leyes íntimamente queridas e internamente asumidas"**.

El punto de partida más adecuado para fundamentar éticamente el derecho a la intimidad es el del concepto de libertad - autonomía, que fue certeramente formulado por MILL.

MILL destaca en sus obras la necesidad de garantizar la libertad del hombre y su autonomía moral frente a cualquier posible agresión externa, alertando tanto de la actuación de los poderes públicos, como de las posibles intromisiones de particulares y grupos sociales³³.

El hombre debe actuar libremente, ajeno a cualquier control extraño, abandonado a su propia iniciativa, especialmente en aquellas zonas en que la sociedad no tiene ningún interés o éste es **"indirecto": "nos referimos a esa porción de la conducta y de la vida de una persona que no afecta más que al propio sujeto, y que si afecta igualmente a otras, lo hace con su previo consentimiento y con una participación libre, voluntaria y perfectamente clara"**, en definitiva, configura una libertad del hombre que requiere **"la libertad de gustos y de inclinaciones, la libertad de organizar nuestra vida siguiendo nuestro modo de ser, de hacer lo que nos plazca, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nuestros semejantes nos lo impidan, en tanto que no les perjudiquemos, e incluso, aunque ellos pudieran encontrar nuestra conducta disparatada, perversa o errónea"**.

Reivindica radicalmente la privacidad y es por eso que es citado unánimemente por los distintos autores que tratan la fundamentación del derecho a la intimidad. Así Helena BEJAR destaca de MILL que para él **"El individuo es el centro de la moral y el receptáculo de la libertad; la sociedad y el Estado son sus potenciales enemigos. La libertad es, así, la realización plena de la individualidad, de un ser que tiene una alta estima de sí mismo y pretende controlar su vida. Pero la realización de la libertad exige un área para su cumplimiento, una zona en la cual el individuo tenga la certeza de que no será molestado por los demás.. La libertad es:**

"...un ámbito que idealmente no tiene obstáculos, un vacío en el que nada me estorba" 34.

RODRÍGUEZ, PECES - BARBA, LUCAS VERDU o PÉREZ LUÑO, en **La dignidad del hombre**, ob. cit. p. 81. Evidentemente, no hace falta ser iusnaturalista para hacer este planteamiento, para sostener que el Derecho tiene un fundamento moral, cuya raíz es la idea de dignidad del hombre.

32 En este sentido PECES - BARBA indica: **"Creo que la dignidad humana es el fundamento y la razón de la necesidad de esos valores superiores, es la raíz última de todo, y creo que su inclusión entre los valores superiores no es metodológicamente correcta, puesto que éstos son los caminos para hacer real y efectiva la dignidad humana"**, en **Los Valores Superiores**, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 85 - 86. También citado por GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit., p. 83.

33 Para GARCÍA AÑON **"Existe una toma de conciencia de que este ámbito sagrado del individuo lo es frente a cualquiera que intente perturbarlo, con independencia de la autoridad o legitimidad de su poder"**, en **"Una aproximación al concepto de derecho a la intimidad en John Stuart Mill"**, TELOS, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas, Vol. II, Núm. 1, junio, 1993, pág. 29.

34 Esta última cita la toma BEJAR de I. BERLÍN. **"la génesis de la privacidad en el pensamiento liberal"**.

Efectivamente, en **On Liberty** MILL considera un ámbito del individuo y su libertad regido por reglas propias, en el que no cabe injerencia ni de otros individuos, ni de la sociedad, ni del Estado. Para MILL la libertad es la seguridad de que "lo público" va a respetar el ámbito de mi libertad individual regido por mis propias reglas, autorregulación independiente de las reglas existentes en la vida pública. Como dice BEJAR **"El individuo es el centro del análisis de MILL: la necesidad social de la tolerancia, la defensa de la disidencia y la exaltación de la privacidad son los puntos de referencia de su teoría de la libertad"**³⁵.

Este punto de vista creo que coincide plenamente con el entendimiento del prof. **PECES-BARBA** cuando nos habla del tipo de libertad que denomina Libertad como no interferencia o libertad protectora.

Tercer presupuesto moral: la necesidad del reconocimiento recíproco.

LARENZ, por el contrario, se apoya en la filosofía moral de Kant: **"Todo hombre tiene una pretensión jurídica al respeto de sus semejantes y recíprocamente está obligado a respetar a los demás"**. Por respeto KANT entiende **"el reconocimiento de una dignidad en los demás hombres, que es de un valor que no tiene precio, no hay equivalente, a cambio del cual pueda ser trocado el objeto de estimación"**³⁶.

El hombre debe ser tratado como **"fin en sí mismo"** y no como medio del que servirse para los propios fines. **"De aquí deriva para Kant la pretensión de todo hombre al respeto de su dignidad y su obligación de respetar a los demás del mismo modo"**.

En definitiva, LARENZ considera que el que el hombre tenga "derechos" y consiguientemente deberes, es un fenómeno ético: **"Sólo el hombre afirma que tiene derecho a comportarse así y que el otro está obligado hacia él a un determinado comportamiento. Porque es persona, puede reconocer que el otro puede exigirle a él el mismo respeto. Y por eso sólo él es capaz de regular sus relaciones sobre la base del Derecho, en lugar de hacerlo sobre la base de la fuerza (...)** El hombre tiene derechos y deberes y está en relaciones jurídicas con los demás hombres, porque es persona, esto es, un ser capaz de actuar con autonomía, que esta colocado bajo unas exigencias, experimenta unos deberes y soporta por ello unas responsabilidades. Sólo un ser así puede establecer sus relaciones con los otros sobre la base del reconocimiento recíproco y por ello del Derecho" ³⁷.

De la dignidad del hombre y de la necesidad de ese respeto recíproco, fuente de derechos personales y de obligaciones para terceros, se deriva la posibilidad de una actuación autodeterminada, es lo que Stammler denomina **"principios del respeto...que se enderezan a mantener al individuo jurídicamente vinculado por su propio querer en recta libertad y en un destino más justo"**³⁸.

Para LARENZ **"El principio fundamental del Derecho, del cual arranca toda regulación, es el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro y, a consecuencia de ello, de la indemnidad de la persona del otro en todo lo que concierne a su existencia exterior en el mundo visible (vida, integridad física, salubridad) y en su existencia como persona (libertad, prestigio personal). Desde este punto se proyecta una nueva luz sobre la "paz jurídica": es aquel estado en el cual las relaciones entre los hombres no se rigen por el "derecho más fuerte", sino por el principio del respeto recíproco cuyo cumplimiento queda asegurado"** ³⁹.

Madrid, Revista Sistema, núm. 76, pág. 70.

35 Ib. idem. p. 71.

36 LARENZ cita la obra de KANT **Metaphysik der sitten**, 2a. parte, cap. 38, en **Derecho Justo**, Civitas, Madrid, 1985 (nueva reimpresión en 1991), trad. de Luis DIEZ - PICAZO, p. 56.

37 Ib. idem. p.57.

38 citado por LARENZ, ib. idem.. p. 58.

39 Consecuencia primera, como indica más adelante Larenz, es que cada hombre tiene por lo menos un derecho, que le corresponde sólo por ser persona, el derecho al respeto y a la indemnidad de su personalidad, p.59.

Libertad y dignidad están íntimamente relacionadas, de tal forma que sin libertad no hay dignidad, y la dignidad es un presupuesto de la libertad.

Dice LARENZ, que sigue en éste punto a RYFFEL y a Nicolás HARTMANN, que **"en sentido moral es "libre" el hombre que se dicta a sí mismo su ley, que se sabe vinculado por las normas éticas que él reconoce, y que actúa de acuerdo con ellas (..) Sólo el que por sí mismo, en su conciencia, puede colocarse bajo una ley, que regule sus actos, y pueda decidir sus actos de acuerdo con dicha ley, tiene libertad en el sentido ético de la palabra"**⁴⁰. Es la libertad en sentido moral de la que habla PECES-BARBA, distinguiéndola de la libertad de elección y de la libertad social, política y jurídica ⁴¹.

FUNDAMENTACION JURÍDICA.

El derecho a la intimidad lo consideramos un derecho humano al que denominaré "derecho fundamental", porque creo que es un ideal de Justicia que forma parte del sistema de legitimidad propio de una sociedad democrática avanzada. Por ello, supone un deber moral, convertido en deber político para el Poder, su efectivo reconocimiento jurídico en una norma válida, de rango constitucional, con lo que se convierte en un deber jurídico. Si bien, conviene aclarar ya en este punto que la positivación del derecho a la intimidad es un deber político para el Poder democrático, pero que una vez positivado, la protección de la intimidad no se proyecta sólo respecto al Poder, sino también respecto a los particulares.

En orden al primer problema que nos plantea esta afirmación, la fundamentación, ha señalado el prof. PRIETO SANCHIS, que **"el esfuerzo de fundamentación aparece estrechamente condicionado por la idea que se mantenga acerca del significado y función de los derechos en el entramado jurídico ... -si bien, continúa recordándonos - lejos de facilitar nuestra tarea, esta constatación la complica considerablemente, pues los derechos humanos o fundamentales carecen de un significado técnico jurídico preciso y bien delimitado ... debido quizás a su fuerte carga emotiva y a su incuestionable dimensión moral"** ⁴².

He elegido el término "derechos fundamentales" precisamente porque creo que éste es el término adecuado para destacar sus dos caras: la exigencia moral que representan y la positivación propia de todo "derecho" que aspira a ser "Derecho". Asumo, pues, la formulación de PECES-BARBA, según la cual **"Derechos fundamentales puede comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, significando la relevancia moral de una idea que compromete la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en norma básica material del Ordenamiento, y es instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica"**⁴³.

Pero el derecho fundamental a la intimidad, ¿A qué tipo de modalidad jurídica podemos reconducirlo?

Cuando Alf ROSS⁴⁴ presentaba las evidentes insuficiencias conceptuales e ideológicas que representa cierta terminología jurídica, estimaba que **"puesto que tal terminología no puede ser totalmente eliminada de la ciencia del Derecho, cabe preguntarse si no sería posible mejorar su uso. Quizá lo**

⁴⁰ LARENZ, ob. cit. p. 61.

⁴¹ Vid. **Curso de derechos fundamentales. I. Teoría General**, en colaboración con los profesores De Asís y Llamas Gascón, Madrid, Eudema, 1991, especialmente la tercera parte.

⁴² **Estudios sobre derechos fundamentales**, ob. cit. p. 18.

⁴³ El uso de este término ha sido difundido entre nosotros por PECES - BARBA, que ya lo utilizó en su libro **Derechos Fundamentales** -Madrid, Guadiana, 1973- y que ahora refuerza y mantiene en **Curso de Derechos Fundamentales. I. Teoría General**, ob. cit., pág. 33. Este libro es el primero de una serie que promete ser fecunda, y era absolutamente necesaria en el panorama jurídico de habla hispana.

⁴⁴ **On Law and Justice** (1958), utilizo la trad. castellana de Genero R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1977.

importante no es tanto la terminología en sí misma, como la conciencia de las diversas relaciones que ella revela" 45.

Ross sugiere una propia formulación de la conexiones internas de la terminología jurídica en el capítulo titulado **"Una terminología mejorada"**, dentro de las modalidades jurídicas. Apoya su sistema en la elaboración propuesta por HOHFELD, en su **"Some Fundamental Legal Conceptions, as applied to judicial reasoning"** (1913), obra poco conocida en España hasta su traducción por G. R. Carrió en 1968 46.

Los problemas lógicos adquieren además una especial dimensión ideológica en materia de derechos fundamentales. Por ello creo necesario traer a estas páginas los criterios y conexiones de HOHFELD, que entre nosotros han sido adoptados por ATIENZA⁴⁷ para, una vez reelaborados, aplicarlos en los criterios clasificatorios de los derechos fundamentales.

En orden a ello, conviene recordar que el Derecho se apoya en un tipo de norma que, al mismo tiempo que otorga derechos a una persona, establece obligaciones correlativas en otras (estructura normativo-atributiva).

Estoy de acuerdo con ROSS en que a la hora de enfrentarnos a un "derecho" no debemos conformarnos sólo con la división deber-derecho, ya que esto es "superficial": **"El término "derecho" en sentido subjetivo incluye conceptos tan heterogéneos como facultad, libertad, potestad (competencia) e inmunidad, y no se distingue entre "deber" y las otras modalidades pasivas. Este incompleto análisis en términos de deber-derecho, ha causado la confusión que caracteriza al lenguaje jurídico, tanto en la legislación como en el estudio doctrinario del derecho"** 48.

Efectivamente, la relación jurídica no obedece a un "único tipo", en cuanto encubre distintas situaciones jurídicas, por encima de la simple relación derecho subjetivo-obligación jurídica. Como destaca Atienza **"uno de los grandes méritos de Hohfeld consiste en desdoblar cada uno de los términos o conceptos ambiguos "derecho subjetivo" y "deber" (u "obligación") en una pluralidad de ellos para analizar después las relaciones (de correlación y de oposición) existente entre todas ellas (...). La idea fundamental de Hohfeld consiste en distinguir cuatro tipos de modalidades jurídicas activas (derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad) y otras tantas modalidades pasivas (deber, no derecho, incompetencia y sujeción)"** 49.

La razón fundamental del problema terminológico, tal y como señala HOHFELD, y por lo que lo hemos traído aquí, es que **"la palabra "derechos" (subjetivos) tiende a ser usada indiscriminadamente para cubrir lo que en un caso dado puede ser un privilegio, una potestad o una inmunidad, más que un derecho (subjetivo) en sentido estricto"** 50.

A nuestros efectos sólo nos interesan dos modalidades activas, que son las que tienen relevancia para el derecho a la intimidad: **LIBERTAD** o **INMUNIDAD**, si bien entiendo que sólo ésta última se corresponde con el derecho que estudiamos:

45 Ib. idem., p. 155.

46 Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, con nota preliminar del propio traductor. Según relata Carrió en el estudio introductorio, el ensayo traducido y otro publicado cuatro años más tarde, con el mismo título fueron reunidos en el volumen **Fundamental legal conceptions**. Prólogo de Arthur L. Corbin, en la versión que utiliza el traductor, Yale University Press, segunda reimpresión, 1974.

47 **"Una clasificación de los derechos humanos"**, pp. 29-43, en **Anuario de Derechos Humanos**, homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, número 4, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense, 1986 - 87.

48 Ross, **Sobre la Justicia**, op. cit., p. 162.

49 ATIENZA, op. cit. pp. 31 -32. Como el mismo autor señala, ha sustituido "privilegio", término empleado por Carrió en la traducción, por "libertad".

50 Ib. idem. p. 47.

Si consideramos a la intimidad como **INMUNIDAD**, cabe sólo una formula que consiste en que A tiene frente a B una situación de **inmunidad** respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B por si, y sólo si B es **incompetente** (es decir, no tiene potestad) para alterar mediante el acto X la situación jurídica de A. Obviamente, el acto X esta prohibido para B 51.

Esta es la caracterización mas llamativa del derecho a la intimidad, pues supone vedar a terceras personas o a los poderes públicos modificar, alterar o impedir mi derecho de autodeterminación moral. Es decir, supone obligar a los demás a que respeten mi derecho a la intimidad. Los terceros son radicalmente incompetentes para regular o entrometerse en mi intimidad. El derecho a la intimidad es la inmunidad que el ciudadano esgrime frente a cualquier intromisión indebida.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La preocupación por el derecho a la intimidad comienza en el siglo actual, y al tiempo de la difusión masiva de información, a través de medios de comunicación cada vez más avanzados. Este paralelismo no es casual, ya que en una sociedad tecnificada, con sofisticados sistemas de difusión, ya sean de forma audiovisual o escrita, la persona humana se encuentra más inerme que nunca frente a posibles abusos en la transmisión de informaciones que afectan a su persona. Además el avance tecnológico plantea nuevos retos a la intimidad en cuanto la posibilidad de recoger estas informaciones o captar imágenes, escapa al control del afectado, que puede ser objeto de atención por terceros sin poder percatarse de ello valiéndose de sus "simples" facultades humanas⁵². Esta situación se agrava y se multiplica progresivamente con las nuevas fronteras audiovisuales y la tecnología de los ordenadores y su elevada capacidad de almacenar y distribuir datos personales, profesionales o familiares⁵³.

Si tratamos de encontrar precedentes históricos sobre este derecho fundamental nos encontraremos con que no podremos remontarnos mas allá de este siglo⁵⁴. En la cultura jurídica anterior, simplemente se trataba de una exigencia de la dignidad del hombre no positivada, tal como ya se señaló. La lucha por ciertas libertades próximas, tales como las de conciencia o religiosa, así como la de pensamiento (de las primeras en ser reivindicadas) evidencian una clara reivindicación del derecho a respetar su privacidad. A las que debemos añadir, entre otras, la inviolabilidad del domicilio o secreto de las comunicaciones.

Sólo ha podido surgir el derecho a la intimidad en el siglo actual y gracias al bagaje cultural depositado en la noción de dignidad humana, así como en la dimensión política y social que a la persona humana le otorgan las corrientes liberales, utilitaristas y socialistas democráticas modernas. Con la

51 Ib. Idem. p. 41.

52 Acertadamente lo expone el prof. PÉREZ LUÑO cuando escribe que **"hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo, se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso, se pueden confesar los propios pensamientos sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente"**, en **"Dilemas actuales de la protección de la intimidad"**, trabajo en prensa, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid.

53 En orden a desarrollar el art. 18,4 de la Constitución y proteger la intimidad de las personas frente al posible abuso informático se dictó la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD), hoy reformada por la L.O. 15/1999, de 13 de diciembre. Vid. al respecto el libro de la profª Ana GARRIGA: **La protección de los datos personales en el Derecho español**. Madrid, Dykinson-Univ. Carlos III, 1999.

54 Si bien se han querido encontrar vestigios hasta en la época romana, parece que no es una opinión compartida. En el primer sentido HERRERO - TEJEDOR: **"el primer vestigio de tutela a la intimidad aparece en la lex cornelia de iniuriis (81 a. C.) a través de su más característica manifestación: la inviolabilidad del domicilio. El introire vi domun fue tipificado específicamente como vía de hecho constitutiva de iniuria"**. También encuentra precedentes de la protección a la imagen en Roma **"a través de la iniuria indirecta: aquella que se dirigía sobre ciertos objetos (un retrato por ejemplo)"**. En **Honor, intimidad y propia imagen**, Madrid, Colex, 1990, pág. 34.

reivindicación de la conciencia individual, de la "independencia privada", la vida privada, la moral individual, etc. se va abriendo camino a la necesaria constitucionalización del derecho a la intimidad.

Estas consideraciones, obviamente, no eran posibles en estadios históricos anteriores, siendo, en circunstancias coyunturales distintas, mucho más importantes los problemas derivados de la privación arbitraria de la libertad personal, o la interdicción de la tortura. Con ello quiero destacar cómo la evolución histórica está presente muy especialmente en el derecho fundamental que aquí consideramos, mostrando lo acertado que es comprender que todo derecho fundamental, cualquier derecho fundamental, **"es un concepto histórico propio del mundo moderno"**⁵⁵.

Como señalé anteriormente, aunque formando parte de un mismo tronco, los derechos a la inviolabilidad del domicilio y el derecho al honor gozaban de positivación desde épocas anteriores, especialmente el primero. La razón del nacimiento tan tardío de derechos ligados a la dignidad de la persona, se debe junto al hecho de que las "amenazas" a estos derechos se presentan con los avances tecnológicos contemporáneos, también a que la conciencia de que estamos ante verdaderos derechos fundamentales es muy moderna, siendo una visión superadora de su mera perspectiva civil (derechos de la personalidad) o penal, pasando a adquirir una dimensión constitucional. Así se produce el paso del simple derecho subjetivo al derecho fundamental.

Pues bien, ésta es la situación que se da a finales del siglo pasado y comienzos del actual cuando la doctrina comienza a reclamar la existencia de un derecho, autónomo, que proteja la intimidad.

La práctica totalidad de los trabajos que en España se han publicado sobre el origen del derecho a la intimidad consideran que éste surge en el ámbito norteamericano y como consecuencia del artículo de Samuel D. WARREN y Louis D. BRANDEIS, que se publicó el 15 de diciembre de 1890 en la Harvard Law Review con el título **"The right to privacy"**⁵⁶.

La causa originaria del trabajo radica en las continuas intromisiones de la revista Saturday Evening Gazette, especializada en ecos de sociedad, en aspectos de la vida privada de la acomodada familia de la sociedad de Boston, de S. D. WARREN.

Los articulistas trataban de crear ambiente científico en torno a un nuevo e independiente "derecho a la intimidad", que debía desgajarse tanto del derecho a la propiedad como del honor. Para HERRERO - TEJEDOR **"Apoyándose en el derecho de la propiedad intelectual y a la creación artística, van configurando la existencia de un derecho a la "privacy" dotado progresivamente de más autonomía"**⁵⁷. Además éste nuevo derecho no era absoluto, pues **"el derecho a la "privacy" no prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o personal"**. Y hay que matizar según las personas a las que afecte: **"Hay personas que pueden razonablemente reclamar como un derecho la protección de la notoriedad que conlleva convertirse en víctimas de la empresa periodística. Hay otras que, en diversos grados, han renunciado al derecho a vivir sus vidas apartados de la observación pública. Materias que hombres de la primera clase pueden pretender con justicia que les conciernen sólo a ellos, pueden en los de la segunda ser objeto de legítimo interés de sus conciudadanos"** ⁵⁸.

55 Gregorio PECES BARBA, **"Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales"**, en Escritos sobre derechos fundamentales, Madrid, Eudema, 1988, pág. 227. Éste trabajo originariamente fue un artículo para el número homenaje a Joaquín Ruiz Giménez, Anuario de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1986-1987, págs. 219 y ss.

56 Edición española de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid, Civitas, 1995.

57 La intimidad debe ser protegida de los nuevos ataques que se ciernen sobre ella: *"Recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó "el derecho a ser dejado en paz". Fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica..."*. En HERRERO TEJEDOR, Honor, intimidad.., ob. cit., págs. 35 - 36.

58 Ib. ídem. pág. 36.

Estoy de acuerdo con LUCAS MURILLO cuando opina que los elementos que conforman el reseñado artículo siguen formando parte del contenido del derecho a la intimidad y, de ahí, la importancia y la influencia actual de este artículo 59.

En Estados Unidos se va deduciendo de las distintas Enmiendas Constitucionales, por un proceso lento, de configuración no siempre armónica, un derecho constitucional nuevo, el derecho a la intimidad, siendo esencialmente una construcción jurisprudencial 60. Destaca la sentencia del Tribunal Supremo en el caso **New York Times versus Sullivan**, de 1964, que según GARCÍA SAN MIGUEL **"sentó las bases para la regulación de la difamación en su país y ejerció igualmente una gran influencia en la legislación y jurisprudencia de los demás países occidentales"** 61.

Como señala LUCAS MURILLO al ser el modelo americano un sistema de cláusula abierta se facilita y permite la incorporación de nuevos derechos al catálogo de los ya existentes: **"Sin embargo, pese a ello, la construcción jurisprudencial de este derecho ha suscitado en los últimos tiempos un encendido debate sobre la capacidad judicial para innovar el ordenamiento jurídico y, en general, respecto de cómo ha de interpretarse la Constitución por los jueces"** 62.

En los derechos continentales la evolución ha sido semejante, es decir, originariamente se trata de una derivación de instituciones de Derecho civil, especialmente de la propiedad inmaterial y el honor, en el ámbito de los llamados en España "derechos de la personalidad" y, en ocasiones penal - difamación - hasta adquirir una dimensión propia, especialmente gracias al impulso jurisprudencial. Me refiero en este punto a la evolución jurídica, ya que el impulso del consenso ético es importantísimo y decisivo

Las Declaraciones de Derechos y convenios internacionales, así como las Constituciones redactadas o reformadas en los últimos cincuenta años han recogido este derecho, así el art. 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948); art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948); arts. 8 y 10,2 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos (Roma, 4 - noviembre de 1950); art. 17,1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 16 de diciembre de 1966); art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 7 de abril de 1970). Entre las Constituciones más recientes la portuguesa, art. 26,1 y la española, art. 18,1.

EL DERECHO A LA INTIMIDAD COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Tanto la doctrina como la jurisprudencia suelen ser redundantes a la hora de definir el concepto del derecho a la intimidad, pues lo configuran como el derecho que tenemos a lo nuestro, a nuestra autonomía, a nuestra libertad o a nuestra privacidad. Evidentemente son definiciones insuficientes. Un concepto jurídico para ser válido y útil debe ser delimitador de contornos relevantes, para que con él puedan explicitar su actuación los órganos políticos y judiciales, así como las personas físicas y jurídicas a las que afecte. Debe ser

59 "En la construcción de Warren y Brandeis son admisibles los siguientes límites que definen los contornos de este nuevo derecho: 1) el derecho a la intimidad no prohíbe la publicación de lo que es público o se caracteriza por ser de interés general; 2) no se prohíbe la publicación de todo lo que, en principio, es privado; 3) probablemente, la ley no amparará la exigencia de reparación cuando la intromisión originada por una revelación verbal no haya causado especiales daños; 4) el consentimiento del afectado excluye la violación del derecho; 5) la exceptio veritatis no es admisible como defensa del agresor, y 6) la ausencia de dolo en el editor tampoco puede ser aducida como defensa". En **El derecho a la autodeterminación..**, ob. cit., pp. 60-61.

60 "A partir del texto de la I, III, IV, V, IX y XIV enmiendas, que reconocen derechos de libertad, se habla de la intimidad pero no como algo nuevo que conduce a una categoría autónoma, sino como corolario de los contenidos recogidos en el texto fundamental", LUCAS MURILLO, ob. cit. p. 62.

61 "La intimidad como límite...", ob. cit., p. 16.

62 LUCAS MURILLO, **El derecho a la autodeterminación..**, ob. cit., p. 64. Debate que nos resulta familiar por su amplia difusión entre nosotros gracias a las obras de Ronald DWORKIN, especialmente **Taking Rights Seriously**, ed. española cit.

lo más estricto posible para facilitar, en nuestro caso, la aplicación de categorías civiles o penales. Así como servir igualmente para distinguirlo de otras figuras afines y próximas, histórica y conceptualmente, como los derechos al honor y propia imagen, -amén del secreto de las comunicaciones, inviolabilidad del domicilio y libertad de pensamiento-, pues entiendo que hoy, tal y como establece la Constitución, son derechos fundamentales diferentes, y no la expresión de un único derecho con variados perfiles, cualquiera que sea su relación diacrónica.

Esta dificultad⁶³ apuntada en definir el concepto de "derecho a la intimidad" y que persiste desde la primera conocida ⁶⁴, ha llevado a algunos autores a ni siquiera dar un concepto, o bien a reiterar la dificultad, mencionando alguna definición doctrinal relevante ⁶⁵, a dar una única definición ⁶⁶ o, por último, para FARIÑAS MATONI, es preferible dar una definición por sus contenidos, que siempre supondrá una lista abierta ⁶⁷.

Voy a destacar, por su valor descriptivo, tres formulaciones bien conocidas, antes de expresar la que considero la más acertada.

La primera, procedente de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1970):

- Conducir su vida como se la entiende, con un mínimo de injerencias.
- Integridad física y moral.
- No ser presentado bajo una falsa luz o apariencia.
- No divulgación de hechos embarazosos.
- Protección contra el espionaje y las indiscrecciones injustificadas o inadmisibles.
- Protección contra las divulgaciones de informaciones comunicadas o recibidas confidencialmente⁶⁸.

En nuestra doctrina tiene especial importancia los criterios de PROSSER⁶⁹:

- Intrusión en la soledad física (Intrusión en su hogar,, sus pertenencias, etc.). Caso GALLELE v. ONASSIS.
- Divulgación pública de hechos privados. Es importante reseñar que esos hechos no deben ser conocidos. Aunque incluso de los conocidos existe el llamado "derecho al olvido". Caso de la película "El quimono rojo".
- Presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia.

Como puede observarse existe una gran coincidencia entre ambas formulaciones.

⁶³ Debido, como indica el prof. PÉREZ LUÑO, a la "**carga emotiva**" que acompaña al concepto. En Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 1994, p. 327.

⁶⁴ Para Warren y Brandeis era el derecho a estar solo, a la soledad, "**The right to be alone**".

⁶⁵ HERRERO - TEJEDOR Honor, intimidad y propia imagen, ob. cit. pp. 78 - 79, así la de DE CUPIS, que caracteriza a la intimidad de manera negativa "**como aquel modo de ser de la persona que consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la persona misma**", o, entre otras, la de RIVERO "**la vida privada es esa esfera de cada existencia en la cual ninguno puede inmiscuirse sin haber sido invitado**".

⁶⁶ "**Poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado**". Definición dada por ALBALADEJO en su Derecho Civil, T. I, Vol. 2., 9. ed., Barcelona, 1985, p. 65, cit. por O'CALLAGHAN, Xavier, Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 1991, p. 85.

⁶⁷ El derecho a la intimidad, Madrid, Trivium, 1983. Las definiciones que da en las conclusiones, p. 357 son forzadas y redundantes, pues considera que es mejor no dar definición.

⁶⁸ Si bien debe destacarse, como hace la Sentencia del caso Tous, que no pueden prevalecer del derecho de protección a su vida privada las personas que por sus propias actividades han alentado las indiscrecciones de las cuales se van a quejar posteriormente.

⁶⁹ cit. por O'Callaghan, ob. cit.

El Tribunal Constitucional define el derecho a la intimidad como **"La existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo"**⁷⁰.

Particularmente suscribo la que entiendo puede ser la de GARCÍA SAN MIGUEL, **"La intimidad es el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos"** ⁷¹. También es un derecho a controlar las informaciones que nos afectan.

Dado que no existe un único concepto de vida privada, conviene considerar que, al menos, es aquella parte de nuestra vida en que ignoramos a los demás, que queremos alejarlos de nuestros secretos. Prohíbe la indiscreción, la publicidad no querida, la divulgación de ciertas vicisitudes personales y familiares, lo que ha hecho considerar, a muchos autores, el derecho a la intimidad como "la protección jurídica de una faceta de la soledad humana".

En definitiva, configura espacios invulnerables, libres, sometidos únicamente a la conciencia y voluntad del sujeto, indestructibles⁷² y donde no pueden -o no deben- entrar ni los poderes públicos, ni el resto de los ciudadanos y grupos sociales⁷³. Y la asumo consciente de que ello supone no sólo situarme en el "bando" de los **"prointimidade"** ⁷⁴, sino también de que no existe un único concepto, sino que éste variará según el status social, concepción política o sociedad en que se desenvuelvan ciudadanos, jueces u otros agentes sociales que pretendan invocarlo.

El derecho a la intimidad se desarrolla en el ámbito de la vida personal que protegemos de la socialidad, que queremos desarrollar y desplegar, a espaldas, de los demás. Son actuaciones exclusivamente personales íntimas, o actuaciones que compartimos con muy pocas personas (intimidad familiar). El problema no consiste en lo que nosotros queramos excluir, sino en lo que legítimamente podemos excluir.

Sólo podemos considerar "zona reservada a nuestra intimidad" aquello que la sociedad y el Derecho correctamente interpretado, nos permiten. Por ello no podemos conceptualizar el derecho a la intimidad como hacen O'Callaghan, Albaladejo, López Jacoste, etc. que de una u otra manera nos hablan de "espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas"⁷⁵, ya que no nos dicen precisamente qué comprende el derecho. En ese espacio encontramos facetas que quedan sustraídas legítimamente y otras que no pueden sustrarse legítimamente. Igualmente hay facetas que la legalidad ya excluye y otras que la legalidad prohíbe que excluyamos⁷⁶.

Veamos: sí es legítimo y lícito que excluyamos del conocimiento ajeno las relaciones íntimas que mantenga una persona con su pareja (siempre que sean consentidas, entre mayores de edad, etc.), pero es evidente que el supuesto anterior cambia radicalmente si éstas se entablan en alguno de los

⁷⁰ STC 207/96, de 16 de diciembre. Sentencia importante y necesaria para comprender adecuadamente la denominada "intimidad corporal".

⁷¹ **"Reflexiones sobre la intimidad como límite ..."**, op. cit., p. 18.

⁷² El art. 1,3 de la L.O. 1/82 los califica de **"irrenunciables, inalienables e imprescriptibles"**.

⁷³ En este sentido las excepciones a la protección jurídica de los artículos 2 y 8 de la L.O. 1/82 parecen excesivos.

⁷⁴ "Bando" en el que se incluye el catedrático de Alcalá, junto a los profesores PÉREZ LUÑO o BUSTOS, que publican excelentes trabajos en el mismo libro. Vid. Estudios sobre el derecho a la intimidad, ob. cit., **"Presentación"** a cargo del prof. GARCÍA SAN MIGUEL, p. 13.

⁷⁵ Ib. idem. p. 87.

⁷⁶ No creo que sea clara la idea tantas veces manejada de "aspecto negativo" (exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace relación a la propia persona). Más bien entiendo el "aspecto positivo" (control por el titular de los datos e informaciones relativos a la propia persona).

supuestos que el C.p. tipifica como ilícitas (prevaleciendo de autoridad o dependencia, etc.). Es decir, ese "espacio reservado" está, primeramente, delimitado por leyes generales. De lo que se trata es de la segunda delimitación, la que exclusivamente compete al derecho a la intimidad, de tal manera que si éste no existiera, sería lícito para terceros conocer y difundir. Esta es la verdadera delimitación conceptual del derecho a la intimidad. O'Callaghan destaca cómo existen "conceptos referenciales poco claros". Pues bien, esos conceptos recurrentes deben ser abandonados, para adoptar una delimitación que sí sea clara.

Por ello estimo absolutamente acertado constitucionalizar un derecho que preserve nuestra dignidad y nuestra autonomía moral y que sirva de base y asidero para el desarrollo de nuestra personalidad y actuación en sociedad. Sólo así podremos elegir libremente nuestra opción religiosa, orientación política, adscripción a grupos sociales, en definitiva, nuestro compromiso social. También configura, como señalaba el prof. GARCÍA SAN MIGUEL, nuestro derecho al secreto, parcela absolutamente reservada a nuestros gustos y orientaciones en privado, siempre que no afloren al exterior, que no sean exteriorizados voluntariamente⁷⁷. Recinto sagrado, a donde tienen acceso exclusivamente las personas que conscientemente invitemos, o con quienes compartamos nuestra intimidad.

Formulado de esta manera, parece que estamos ante un derecho fácil de constitucionalizar, pero la realidad es muy distinta, realmente es uno de los que han presentado mayores dificultades y, de hecho, presenta todavía numerosos problemas no resueltos, a pesar del cuarto de siglo transcurrido desde la aprobación de nuestra Carta Magna.

En el fondo se trata de que hechos que normalmente se desarrollan alejados de la vida social, que se desarrollan en un círculo íntimo, ahí se mantengan. Que no traspasen la frontera y se conozcan públicamente, sin consentimiento expreso del afectado.

Con el derecho a la intimidad evitamos que: 1º turben o perturben la vida íntima, secreta, recogida de una persona y 2º, que los observadores indiscretos conozcan, divulguen, en definitiva, invadan parcelas reservadas a esa persona. Al Derecho le corresponde, pues, conceder y respetar la soberanía individual de una parcela de su vida y evitar que otros invadan, allanen, esa zona reservada a la persona.

El derecho a la intimidad, tal y como señala RUIZ-GIMÉNEZ⁷⁸, pretende tan sólo la defensa del hombre, no la de más altos intereses comunes, por eso los titulares del derecho sólo pueden ser las personas físicas, nunca las jurídicas. La titularidad del derecho se extingue con la muerte, si bien, a título de intimidad familiar (reconocida igualmente por el 18,1 CE), puede extenderse más allá de la muerte (caso "Paquirri"). El derecho a la intimidad íntegramente sólo lo poseen los niños, la juventud y la infancia. Es decir, los menores de 18 años.

El que ciertas personas conozcan aspectos de nuestra vida privada supone depositar en ellos parte de la propia libertad. Si a su vez es divulgado limita mi libertad. Ser totalmente libre supone que los demás desconocen todo sobre nuestra vida privada. Qué duda cabe que cuando la prensa (siempre "cierta prensa") interviene en la vida privada de una persona, le condiciona tratando de someterle a unas determinadas pautas morales o convencionalismos sociales, alterando, pues, su libertad.

El problema surge cuando nuestra intimidad se superpone con facetas consideradas públicas, pues, como señala M. de Pisón **"como derecho de la personalidad, ligado a lo privado y a lo subjetivo, cede siempre, se subordina a las pretensiones más fuertes de lo público y lo colectivo. Sólo se manifiesta tal como es cuando no se produce una colisión entre intereses privados e intereses públicos"**.

Hoy la posibilidad de injerencias a la vida personal en nuestra sociedad industrial y tecnificada está al alcance no sólo de los poderes públicos, sino también, y más previsiblemente, de otros particulares y organizaciones privadas que, no en pocos casos, canalizan y sacralizan sus propios intereses. Más

⁷⁷ Si se expresan en público puede suponer una forma de renuncia expresa (art. 2,2 de la L.O. 1/82), o bien de consentimiento tácito.

⁷⁸ En **Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad**, Barcelona, Generalitat de Catalunya, 1991. Texto de la conferencia con motivo de la entrega de los III Premios a la Investigación sobre Comunicación de Masas.

claramente, de empresas editoriales y grupos de presión políticos o sociales influyentes. El derecho a la intimidad aparece, pues, como uno de los más vulnerables al poder ser objeto de intromisión ilegítima tanto por poderes públicos, como por particulares. Especialmente particulares.

LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA recoge el derecho a la intimidad junto a otros derechos próximos, de tal manera que entre ellos hay un nexo que consiste en tratar de garantizar ciertas esferas de privacidad, siendo derechos que no sólo conceptual, sino también históricamente, han estado próximos. La Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984, de 26 de noviembre (FJ. 3º) lo exponía así: **"El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada. De aquí el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de vida. No siempre es fácil, sin embargo, acotar con nitidez el contenido de la intimidad"** 79.

El derecho a la intimidad como derecho fundamental debemos contemplarlo dentro del máximo nivel de protección política y jurisdiccional, en cuanto se encuentra dentro de la Sección Primera, Capítulo Segundo, del Título Primero 80. El Texto Constitucional recoge el derecho a la intimidad en el art. 18, en su apartado 1º, que dice lacónicamente **"Se garantiza el derecho ... a la intimidad personal y familiar..."**81.

Como señala el prof. RUIZ-GIMENEZ **"Todo valor humano está condicionado de algún modo; y todo derecho tiene una funcionalidad interna y unos límites externos, algunos genéricos, como los derechos de los demás, el bien común, o bienestar social, y la paz; y otros límites específicos"**82. Pues bien, el derecho a la intimidad no sólo influye en todo el Ordenamiento Jurídico, afectando a otros derechos constitucionales83, sino que supone esa importante faceta de ser tanto límite externo o genérico, como "específico"84.

79 Fue ponente el Magistrado A. LATORRE SEGURA. Está recogida, al igual que un amplio número de sentencias, en PUYOL MONTERO y GENEROSO HERMOSO, Manual práctico de Derecho constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación. Madrid, Ediginer, 1991, 1043 páginas, que recoge sólo jurisprudencia, p. 116.

80 Tal como resulta del art. 53,2 CE. Vid. tanto PÉREZ LUÑO, A. E. Los derechos fundamentales, Madrid, Tecnos, 1986, especialmente pp. 66 y ss. para las primeras (las denomina **"garantías normativas"**), y 79 y ss. para las segundas; como PRIETO SANCHIS, Estudios sobre derechos fundamentales, ob. cit. págs. 139 y ss. y 219 y ss. respectivamente.

81 También relaciona el dº al honor y a la propia imagen. En el apartado 4º dice: **"La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos"**.

82 En Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad, op. cit., pp. 11 y 12.

83 Así el art. 105 de la Constitución que establece que la ley regulará **"b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, a la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas"**. Igualmente será base y presupuesto del que nacerán otros, tal como el de propia imagen.

84 El artículo 20 al recoger los derechos a **"expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión"** establece en el

En desarrollo del apartado 1º del art. 18 fue dictada la **Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen**⁸⁵. Especial referencia a la intimidad se encuentra en los arts. 1 y 7, apartados 1, 2, 3, 4, y 5. Si bien la Ley realiza un tratamiento unitario de los tres derechos⁸⁶. Lo cual no es del todo comprensible desde un punto de vista sistemático, pues otros derechos relacionados con el secreto, la vida privada, las convicciones religiosas o simplemente morales, el comportamiento social no lesivo del bien público o la paz social, o incluso aspectos penales, tendrían también cabida. Quizás hubiera podido hacerse referencia al 18,2 CE - inviolabilidad del domicilio, resguardo igualmente de la intimidad -; al 18,3 CE -secreto de las comunicaciones-; al 16 CE - libertad de conciencia y religiosa - y al 30,2 CE - objeción de conciencia - 87.

Contamos con protección civil y penal, si bien en un primer intento fracasó la protección penal, con el decaimiento del Proyecto de Código Penal de 1993, que tipificaba una serie de conductas difamatorias. Proyecto que levantó, con razón, una viva polémica en cuanto hubiera supuesto un vuelco radical en el sistema español y traslucía tintes próximos a la autoprotección por parte de la clase política⁸⁸. Autoprotección (para parlamentarios) que desafortunadamente se pretendió introducir con la modificación del art. 2,2 de la L.O. 1/82, por la L.O. 3/1985 y anulada por la S.T.C. 9/1990, de 18 de enero.

De los textos legales no podemos obtener una configuración definitiva de este derecho. Necesariamente debemos traer a colación tres elementos más. En primer lugar, la jurisprudencia de los distintos Juzgados y Tribunales. En segundo lugar, los usos sociales vigentes en cada momento y lugar. En tercero, las ideas que en esa misma sociedad prevalezcan en cada momento⁸⁹. Todo ello no nos aleja demasiado del modelo norteamericano.

apartado 4. **"Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia"**. Si bien para que colisione con el recto entendimiento de algunos de ellos habría que estar a la existencia de zonas de superposición, lo que no se da necesariamente entre todos los derechos allí enumerados.

85 Garantizados por los mecanismos judiciales previstos, sucesivamente, por la **ley 62/1978 de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona** y la **Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional**.

86 El derecho a la propia imagen supone un desarrollo y es complementario del de intimidad. No ocurre lo mismo con respecto al del honor, ambos distintos y con tensiones difíciles de resolver, como evidencia la siguiente afirmación de ESTRADA ALONSO: **"Las agresiones contra el honor provocan un daño mayor a la persona y de más difícil reparación. Prueba de ello es que los atentados contra la vida íntima de las personas sólo constituyen atentado contra el honor cuando adquieren un tono de gravedad que hace desmerecer a la persona"**, o **"la regulación conjunta en el Derecho Penal perjudicaba a los derechos menos importantes como son la intimidad y la propia imagen. Por el contrario el trato unitario en el Derecho Civil ha perjudicado al derecho más importante, el honor"** en **El derecho al honor**. Civitas, Madrid, 1988, p. 56 y 57 respectivamente. En cualquier caso, no estoy de acuerdo con jerarquizaciones, ni prevalencias, a la hora de afrontar la difícil problemática de las relaciones entre ambos derechos constitucionales.

87 En este sentido LUCAS MURILLO, op. cit. pp. 80 - 81.

88 La vía penal va abriéndose camino para proteger más adecuadamente atentados al debido respeto a la privacidad. En el ámbito continental podemos citar entre las primeras, la reforma introducida por la Ley de 17 de julio de 1970 que modificó el Código Penal francés incluyendo nuevos delitos sobre captaciones ilícitas de palabras e imágenes. Vid. especialmente el interesante artículo del prof. LUZON PEÑA: **"Protección penal de la intimidad y derecho a la información"**. En GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, y otros: **Estudios sobre el derecho a la intimidad**, op. cit, pp. 68 y ss.

89 Todo ello según art. 2,1 de la L.O. 1/82 de 5 de mayo. Entiendo que son referencias más que a la delimitación civil del art. 1 CC., a los criterios de legitimidad socialmente extendidos y compartidos en las cambiantes y plurales sociedades en las que vivimos y a las que se aplica la Ley. Interpretación que se ve reforzada por la misma **Exposición de Motivos**.

Del proceso de constitucionalización reseñado parece deducirse que nos encontramos con un derecho clarificado y de interpretación pacífica. Pero nada más lejos de la realidad. Los problemas que motivaron su nacimiento siguen igualmente vigentes. Cada una de sus aplicaciones es controvertida y supone abrir un nuevo frente. Para el Derecho resulta muy difícil proteger la intimidad de cada ciudadano, pero, al menos, debe intentarlo, no puede renunciar a ello, por grande que sea el reto. Pues una sociedad que no protege, mediante el Derecho, la intimidad personal y familiar, es una sociedad donde las libertades individuales se deterioran progresivamente.

Por ello, debemos estudiar con cierto detenimiento el régimen legal en España⁹⁰.

PROTECCION CIVIL.

El art. 7º de la Ley 1/82 de 5 de mayo establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas:

1º - El **emplazamiento** en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

2º - La **utilización** de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su **grabación, registro o reproducción.**

3º - La **divulgación** de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la **revelación o publicación** del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4º - La revelación de datos privados de una persona o familia **conocidos a través de la actividad profesional** u oficial de quien los revela.

Pero esta regulación jurídica, a todas luces insuficiente, presenta una problemática compleja:

En primer lugar, la mezcla indistinta del régimen jurídico de los tres derechos, desemboca en confusión doctrinal y jurisprudencial.

En segundo lugar, la divulgación de hechos que afecten a su reputación y buen nombre (art. 7,3) puede no ser violación del derecho al honor, pero sí del derecho a la intimidad. La violación del derecho a la intimidad no exige difamación, los hechos verídicos implican violación.

En tercer lugar, la ley tipifica ciertos ilícitos civiles, pero debemos plantearnos si hay más supuestos de intromisiones ilegítimas fuera de los enumerados. La jurisprudencia, ampliando los distintos supuestos, entiende que estamos ante un sistema de "numerus apertus" (STS de 28 de octubre de 1986).

Por último debemos señalar que la falta de definiciones legales y de precisión conceptual lleva al intérprete a plantearse multitud de interrogantes, destacando entre los más llamativos, por ser un aspecto esencial, el relativo al secreto. ¿Quiénes están obligados al secreto?, o ¿La obligación de guardar celo sólo incumbe a las personas del 7,4 o también a otras del círculo familiar o íntimo?.

DELIMITACION LEGAL CIVIL

El **art. 2,1 de la L.O. 1/82** establece que la protección civil de la intimidad quedará delimitada por las Leyes (El nº 2º indica que tampoco se apreciará intromisión ilegítima..cuando estuviera expresamente autorizada por la Ley.) y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí o su familia.

Aquí hay que incluir varias cuestiones:

1ª, cubre la publicidad de todos los datos contenidos en las sentencias judiciales, públicas siempre.

2ª, Se hace referencia a las costumbres que rigen en una sociedad y a las propias, gremiales, del grupo social en que desenvuelva su vida profesional o familiar el sujeto.

⁹⁰ Encontramos textos parecidos al nuestro, dentro del Derecho comparado, así en la Constitución extinta de Venezuela, Portugal. Leyes específicas en Alemania, Francia, Italia.

3ª, Se hace referencia al comportamiento personal del sujeto en la sociedad y así, no será igual enjuiciar la vida de un artista o de un juez, la de quien no se recata en público de quien sí lo hace, etc.

Según el art. 2,2 de la L.O. 1/82 "No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando.. el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso" y el ap. 3º señala "El consentimiento .. será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas". Si bien la jurisprudencia ha admitido una cierta forma de consentimiento tácito según propios actos externos del sujeto.

El art. 8,1 de la L.O. 1/82 establece que "No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley..ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante"

PROTECCION PENAL.

Debemos recordar que el derecho a la intimidad aparece como tal, por primera vez en nuestro Derecho, con la Constitución de 1978, siendo, anteriormente, un simple bien de la personalidad. Pues bien, parejo a este retraso, hasta la aprobación del Código Penal de 1995 no contábamos con protección penal del mismo. O dicho de otra manera, el desarrollo legislativo penal del art. 18,1 de la Constitución, en lo relativo a los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, no se produce hasta el Código Penal vigente, pues el derecho al honor ya disfrutaba de dicha protección desde momentos anteriores.

Como precedente inmediato debemos citar el Anteproyecto de Código Penal de 1992, que establecía un art. 205 donde tipificaba como delito la difamación: **"Constituye difamación imputar maliciosamente a otro hechos que racionalmente puedan atentar contra su intimidad o perjudicar su fama, imagen, dignidad u honorabilidad"**, dando la impresión que se refería a los supuestos ahora contemplados en los arts. 7,1 a 7,4 de la L.O. 1/82, más cualquier otro que se pueda englobar en el referido texto, pues no podía referirse, obviamente, a otros ya recogidos y tipificados en otras partes del texto legal (como, entre otros, el honor, la inviolabilidad del domicilio, grabación o escucha de comunicaciones o violación de la correspondencia). Trataba de responder a una demanda social no sólo propia de nuestro país, ya que por ejemplo, en Gran Bretaña, en estas mismas fechas estaba abierto el debate para que siguiendo las directrices de David Calcutt se sancionara penalmente (preferentemente con multas) ciertas invasiones de la intimidad, si bien despenalizaba aquella cuyos fines fueran la exposición pública de un delito o una conducta gravemente antisocial, demostrar mentiras vertidas en declaraciones públicas, la información sobre actividades privadas que pudieran poner en duda la capacidad u honradez de un personaje público y la protección de la salud pública.

Quizá ésta línea hubiera sido la deseable para España, es decir, limitar lo más posible la criminalización de conductas por un lado y, por otro, poner el acento más en las multas que en las penas privativas de libertad. Nuestros legisladores de 1995 hicieron todo lo contrario, criminalizaron en exceso y lo hicieron con una severidad excesiva. Demasiadas penas y demasiado duras. En mi opinión desproporcionadas. Coincido, pues, con HERRERO-TEJEDOR, que igualmente señala que **"se han criminalizado demasiadas conductas, que ya gozaban de protección civil, y para las que puede resultar excesivo un reproche penal, castigado incluso con penas privativas de libertad"**⁹¹.

El Título X del Código Penal está dedicado a los "delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio"

SUPUESTOS

Mayor regulación (para una mayor protección) sobre: el conocimiento y el control de la Administración, del Gobierno, de empresas que prestan servicios públicos o necesarios para la

91 En La intimidad como derecho fundamental, Colex-Diputación Provincial de Castellón, 1998, p. 197.

Comunidad, que poseen datos personales y actividades lícitas que deben, en principio, estar al resguardo de la curiosidad e interés ajenos, al ser intrínsecamente "íntimos" o estrictamente "individuales". Me refiero a los datos que apoyados en instrumentos como el censo, el NIF., DNI., formularios fiscales o de solicitud de servicios públicos para nuestra persona o domicilio (Iberdrola, Telefónica, Bancos, Sanidad privada, etc.) debemos participar a esas empresas o Administración. A lo que debemos añadir los datos que voluntariamente damos a nuestro centro de trabajo, club social, etc. Son datos que trascienden a los clásicos contenidos en registros públicos o protocolos notariales. Y que conste que no me estoy refiriendo a los llamados "sensibles" cuya problemática es específica.

- 1 - Secretos relacionados con los intereses patrimoniales y la situación económica:
 1. 1. Secreto bancario.
 - 2 - Secreto profesional.
 2. 1. Violación por abogados en medios de comunicación.
 2. 2. Otras profesiones libres.
 2. 3. Funcionarios policiales y judiciales.
 2. 4. Funcionarios en general.
 2. 5. Empresas privadas.
 - 3 - Informática.
 - 4 - Atentados contra las creencias y las ideologías que se quieren conservar secretas:
 4. 1. Textos, escritos o diarios personales.
 4. 2. Preguntas y encuestas sociológicas.
 4. 3. Pruebas de personalidad.

OTROS:

- Secuestro de "La máquina de la verdad".
- Cartas de novios.
- Desvelar la intimidad en clase STS. 19 de junio de 1990: periodista que asiste a un curso para personas con anomalías o deficiencias.
- SIDA: STS. de 18 de julio de 1988: "un arquitecto palmesano con SIDA". Se condena a los recurrentes por la intromisión y la divulgación.. la noticia publicada invade el respeto que merece el respeto que merece el derecho a la intimidad"
- Informe "crillón" sobre la vida personal de un ciudadano de relevancia pública e influencia económica y social.
- Grabación de conversaciones entre abogado y cliente en locutorios privados en cárceles de máxima seguridad.

INTIMIDAD REFERIDA A SUPUESTOS LO. 1/82

STS de 30 de diciembre de 1989, del caso de "La envenenadora de Valencia", sobre la última mujer muerta al garrote vil, en 1959 y que rememoro el programa "La huella del crimen" (entablaron recurso sus sobrinos): "La justicia es pública; la historia de un proceso penal, público, basado en una sentencia difundida en su día por todos los medios de comunicación y cuyo contenido tiene hoy una trascendencia histórico-social, un conocimiento colectivo, que escapa y desborda el concepto de lo privado o particular para llegar a formar recuerdo histórico e hito temporal".

STS de 27 de noviembre de 1993, ue considera que no hay intromisión ilegítima en la publicación de una sanción disciplinaria en un diario oficial.

STS de 20 de febrero de 1993, sobre relaciones de un Magistrado con prostituta sometida a procedimientos judiciales, en la que admitió la legitimidad de la información veraz dado el carácter público "de quien invoca la protección jurisdiccional..al ser miembro del Poder Judicial, garante de los derechos y libertades que a los ciudadanos reconoce la Constitución y de quien la sociedad espera y exige, tanto en el ámbito profesional como en el particular, una conducta acorde con la función que en un Estado de Derecho... es claro que al mantenerel demandante asiduas relaciones de amistad con tal persona, no ha cuidado de proteger su crédito personal, habiendocontribuido con sus propios actos a disminuir socialmente su derecho al respeto y al reconocimiento de la dignidad personal.."

Quedan, sin embargo, en el aire, importantes problemas:

¿El derecho a la intimidad corresponde por igual a todas las personas?

Es decir, ¿todos los ciudadanos, de cualquier clase y condición, lo poseen con igual intensidad?

Creo que la respuesta a este interrogante debe ser negativa. La fuerza jurídica de este derecho está condicionada por la posición subjetiva en que se encuentre la persona. En definitiva, dicho llanamente, me sumo a la opinión, expresada por voces más autorizadas que la mía, de que el derecho a la intimidad no afecta por igual a todos los individuos.

El derecho a la intimidad íntegramente sólo lo poseen los menores, sin menoscabo ni límite de ningún tipo. El problema comienza con los mayores de edad -no incapacitados- y profundiza conforme la persona vaya adquiriendo notoriedad social o sea servidor público. Ello no puede llevarnos a considerar que las "personas privadas" mantengan igualmente incólume su derecho. Primero, porque nadie lo es en estado puro. Segundo, porque puede encontrarse en situaciones en que coyunturalmente sea relevante para el interés público conocer datos puntuales de su vida privada. Pero una vez que han perdido transcendencia social esos hechos, la persona privada "recupera" su pleno derecho a la intimidad.

Respecto a si hay discriminación en su aplicación entre hombres y mujeres, creo que sí. Seguramente las referencias de los arts. 1 y 2 a los usos sociales, ideales.."que en cada momento comparta la sociedad" nos hace ver que ciertas parcelas de su vida deben estar más protegidas en la mujer que en el hombre. La sociedad entiende que la mujer se ve más intensamente ofendida cuando se le airean actuaciones de su vida privada.

AUTORREGULACIÓN DE LA PRENSA

Ha de tenerse presente el fracaso estrepitoso de la Comisión de Quejas contra la Prensa (compuesta por directores de medios de comunicación) que trató de plasmar una forma de autorregulación.

ROMPER EL SECRETO PROFESIONAL

STS. 13 de marzo de 1989, por la que se condena a la Federación Española de Atletismo por publicar datos médicos de una atleta: "...propagación tan amplia de que aquella carecía de las correspondientes pruebas acreditativas de su feminidad..". Aquí señaló que forma parte de su intimidad los datos biológicos o espirituales o caracteriológicos que componen el ser de una persona como pueden ser los datos analíticos o profesionales de una persona determinada..".

PUNTOS DE COLISIÓN CON OTROS DERECHOS

Existe una amplia literatura sobre los puntos de colisión con otros derechos, lo que para muchos supone el problema del "alcance". Cualquiera que sea la posición de cada interprete, es evidente que el derecho a la intimidad debe cumplir una función propia. La de satisfacer las exigencias que hemos venido comentando y para las que fue constitucionalizado.

- Habitualmente el derecho a la intimidad exige, precisamente, que los hechos sean verídicos (diferencia con el derecho al honor).

- La distribución de imágenes es más bien derecho a la propia imagen, pero también puede llevar aparejada derecho a la intimidad.

La Constitución garantiza unos derechos fundamentales entre los que se encuadran la libertad de expresión, el derecho a emitir y recibir información veraz y el derecho a la intimidad, honor y propia imagen. Todos en un mismo plano, en el mismo nivel. Sin embargo, entre ellos surgen conflictos, colisiones de derechos. Y la solución, dada la equiparación existente, es difícil. Voy a tratar de exponer argumentos que podrán servirnos, posteriormente, para delimitar unos y otros derechos fundamentales y nos ayudarán a clarificar las situaciones en que pueda producirse algún tipo de colisión.

No es evidente que tengan zonas de colisión el derecho a la intimidad y la libertad de expresión (difusión de ideas y opiniones, no de hechos y noticias). Sí en cambio, es claro en el caso del derecho a la información. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha tratado de mostrar unos criterios lo más objetivables posibles, siempre confundiendo o mezclando los derechos distintos honor e intimidad. Entre estos criterios destacan: "que no se utilizaran expresiones formalmente injuriosas y el de que no se hiciera alusión a datos deshonrosos, cuando éstos eran innecesarios por no guardar relación con la información que se transmitía", así como la difusión de datos, inclusive personales, siempre que fueran necesarios para

la formación de una opinión pública libre. Vid. al respecto Gimbernat: "El Tribunal Constitucional cambia de opinión" ("El Mundo", 27 de noviembre de 1990, criticando la STC. sobre Diario 16 vs. Patiño.).

COLISION HONOR VS. INTIMIDAD: O'callaghan: "Si se divulga un hecho que atenta el derecho al honor, pero es cierto, no se da atentado; en realidad, no hay honor que proteger, pues lo que se dice es cierto; .. le falta el elemento negativo de "falta de veracidad". Pero si la divulgación del hecho veraz no atenta el derecho al honor, sí puede atentar al derecho a la intimidad, si pertenecía al círculo íntimo del sujeto, sin ser conocido por los demás" (p. 96).

COLISIÓN IMAGEN VS. INTIMIDAD

La imagen se refiere exclusivamente a la reproducción gráfica de la persona humana, a su aspecto externo. La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Barcelona, de 18 de enero de 1990, condenó a la revista Interviú por violación de ambos derechos en el caso Marta Chávarri, porque, normalmente, ambos derechos se dan conjuntamente:

"por la divulgación, sin consentimiento, de unas imágenes que desvelan, aun cuando sea por descubrimiento eventual, un aspecto de su intimidad".

Es muy importante que veamos a este derecho al mismo nivel que el propio de otros derechos fundamentales, tales como el de inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, o la libertad personal, etc. Si bien, en ocasiones la violación a uno de ellos puede suponer también la de otro, pero ello no implica jerarquía entre ellos.

CONFUSIONISMO JUDICIAL ENTRE DERECHOS

STS. 19-3-90: actuaciones judiciales contra dos jueces y uno de ellos promueve demanda por violación del honor, cuando en realidad era intimidad (hecho cierto: se le acusaba de relaciones íntimas con empleada).

S. Jdo. 1ª instancia nº 21 de Barcelona de 18 - 1 - 1990 sobre Marta Chávarri: "por la divulgación, sin consentimiento, de unas imágenes que desvelan un aspecto de la intimidad de la afectada".

EFICACIA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El problema de la eficacia no es tanto el de las garantías, cuanto más el de la falta de acuerdo entre los distintos operadores jurídicos sobre su concepto, alcance y límites.

La sociología jurídica posee un campo propio en esta materia, ¿por qué la necesidad de este derecho? y ¿qué efectos surte no sólo respecto de los ciudadanos, sino también sobre medios de comunicación, Iglesias y poderes públicos?.

Helena BEJAR ⁹² nos dice que la institución de la esfera privada permitió la separación del hombre respecto al grupo, el paso de la comunidad a la sociedad y, en consecuencia, el reconocimiento de la individualidad ... "La dicotomía público/privado permea toda la historia de la civilización occidental, desde la Grecia clásica a nuestros días. Por su parte, la noción de privacidad, que alude a la zona donde el individuo se retira al abrigo de las intromisiones del mundo, tiene una historia más breve ... Privacidad e individualismo vuelven a adquirir un sentido positivo en nuestro tiempo. El culto a la vida privada aparece como una suerte de utopía individualista ahora que las utopías colectivistas han hecho crisis. En la actualidad el redescubrimiento del dominio privado expresa el apartamiento en relación a asuntos colectivos (desplazamiento del interés de lo público a lo privado).

o sólo la informática (a través de bases de datos desconocidas) sino también en los propios procesos electorales, de promoción pública de un producto nuestro, procesos judiciales, etc. en que en base a nuestra vida privada se inician juicios públicos paralelos (prensa, radio, etc.) y la mayor amenaza a la independencia judicial viene más de los medios de comunicación que del propio poder.

Quizá esta sea una materia que debería quedar reservada para los procesos judiciales por jurado, no por juez. Recordemos que el criterio "social" (usos sociales, ideas dominantes,...) deben, por prescripción legal, seguirse. Además se evita que sea el criterio personal del juez el que se siga, en vez del público.

Existe una creciente demanda de intimidad y, consecuentemente, de la necesidad de su protección en la época moderna, pero realmente no existe materialización en realidades sociales o individuales. No se dice qué intimidad, o qué aspectos sociales o individuales deben ser protegidos.

⁹² El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad..pp. 15 a 17.

CONSENTIMIENTO TACITO

STC. 197/1991 de 17 de octubre (hijo adoptivo de Sara Montiel):

"...la veracidad... causa legitimadora de las intromisiones al honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario pero no suficiente para que la intromisión se produzca..."

La información dada por la familia TOUS no coincidía con las verdaderas circunstancias del niño y narradas por el diario "YA", así el TC considera que la rueda de prensa manifiesta una decisión consciente de excluir tal hecho de la esfera de la intimidad (aunque en este caso la protege por tratarse de un menor). En general, las intromisiones deben estar justificadas por el interés público de la noticia.

CASOS DE INTIMIDAD CORPORAL

1 - Las "amenazas" a nuestro derecho a la intimidad provienen, en ocasiones, de aquellos llamados, precisamente, a garantizarla. Tal ocurre con citaciones judiciales, como el caso contemplado en la STC 37/1988 de 15 de febrero en que en el curso de una investigación contra un médico por la práctica de un aborto, solicitan que comparezca una paciente para la práctica de determinadas diligencias de prueba. Se imponía, incluso, el reconocimiento médico por forense. Lo cual es obvio, si se trata de averiguar un delito del que sea acusada la mujer, pero no para averiguar un delito del que es acusado un tercero (vid. Martínez de Pisón, pp. 112, 114.). Igualmente se ha dado la incautación de historiales clínicos de pacientes.

2 - STC. 14 de junio de 1988, que entiende que no es violación de la intimidad someterse a las pruebas biológicas de filiación y paternidad permitidas por la ley.

3 - El Defensor del Pueblo (Informe de 1992) consiguió, tras gestiones ante la Delegación del Gobierno de Madrid, y en virtud de repetidas quejas sobre ello, que no se realizara con carácter general, previo a su ingreso en calabozos, la práctica de desnudar y obligar a hacer flexiones a los detenidos. En el mismo sentido, la Fiscalía Especial para la Prevención y Represión del tráfico ilícito de drogas y a requerimiento de la Dirección General de la Guardia Civil, estableció que "La imposición coactiva del reconocimiento físico de una persona en las cavidades internas de su cuerpo no parece compatible con el derecho a la intimidad personal que garantiza el art. 18,1 de la Constitución. Es criterio de este Fiscal Especial que, si del reconocimiento externo del cuerpo de la mujer sobre la que recayere sospechas se dedujere la posibilidad de que llevase en el interior de su organismo alguna sustancia estupefaciente y se negare a ser reconocida en su interior, incluso por personal facultativo, debe levantarse un acta en que conste dicha negativa y los signos externos que dieran pábulo a la sospecha, remitiendo el acta a la autoridad judicial para que la misma valore, según su prudente criterio, la fuerza probatoria de tales extremos" (p. 100). Este es el mismo criterio que mantiene el Defensor del Pueblo.

RESPECTO A LA INTIMIDAD Y SALUD

Una queja contenida en el informe del Defensor del Pueblo de 1992 se refiere al Hospital "Santa Cristina" de Madrid debido a que se requeriría a los usuarios, con carácter previo al ingreso de los mismos, el dato correspondiente a la creencia religiosa. Tras las gestiones del Defensor, la Dirección Territorial del Instituto Nacional de la Salud le confirmó que se había procedido a suprimir de las hojas de información, que se incorporan a las historias clínicas, la pregunta relativa a la confesión religiosa (el derecho al respeto de la personalidad, dignidad humana e intimidad, viene establecido en el ap. 1º del artículo 10 de la Ley General de Sanidad).

En Venezuela, al amparo del art. 76, las autoridades sanitarias pueden girar visitas a centros de trabajo, fábricas, etc. en orden a la protección de la salud, siendo la novedad el que se incluye también los domicilios particulares.

¿Tienen derecho a la intimidad las personas públicas?

- Entiendo que el derecho a la intimidad ni se pierde ni disminuye (Warren y Brandeis, O'Callaghan, Prosser, etc.). En este sentido Prosser entiende que disminuye cuando: a) personas que han buscado publicidad, b) que su actividad se ha convertido en pública y no puede exigir que puedan ser considerados privados, c) que sean temas de interés general de los que pueda informar la prensa.

Debo partir de una premisa: me refiero a los políticos y quizás también, periodistas⁹³. No a los personajes conocidos por otros motivos: deportistas, artistas, intelectuales, etc. que, a estos efectos, serían "personas privadas". Igualmente debo salvar, ante todo, la necesidad de "publicidad" que todo sistema democrático exige. El derecho que nos ocupa nunca debe ser utilizado para entronizar "secretos" en la cosa pública. Al menos secretos que realmente tengan transcendencia social o, como señala el prof. DE LUCAS, **"lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley, que no estén regulados jurídicamente"** ⁹⁴

En una democracia pesa sobre la clase política una servidumbre en ocasiones difícil de sobrellevar por los afectados: sus actuaciones deben ser lo más transparentes posible⁹⁵. Los ciudadanos tienen derecho a saber y conocer aspectos relevantes de su vida que repercutan en la sociedad. Los Altos Cargos de la Administración deben declarar sus bienes e intereses y sus actuaciones políticas deben clarificarse "con luz y taquígrafos". Todo ello es aceptado sin ningún género de controversias. Podríamos decir que son facetas personales que evidencian un cierto interés público. El problema surge cuando, invocando este mismo interés, queremos saber con quien come o cena ese mismo político, si es irascible, jugador, si bebe mucho o que deportes practica, entre otros muchos temas. Y se complica extremadamente si la exigencia de conocimiento público y, por lo tanto, de publicidad, abarca la religión que profesa y sus ideas morales. Tintes dramáticos adquirirá cuando el observador público se centre en específicos aspectos vitales, conductas determinadas. Por ejemplo, por paradigmáticas, su conducta sexual y con quien la comparte.

El interés público se convierte, pues, en criterio delimitador de la protección que el Derecho dispensa a nuestra intimidad y es obvio que en el iter anterior debemos trazar, en algún momento, una línea divisoria. Una frontera que no debe traspasar el curioso ni el informador.

Sobre el "interés público", GARCÍA SAN MIGUEL considera que fundamentalmente pueden darse dos interpretaciones: **"Unos entienden por interés público el interés del público, es decir, el deseo que la gente tiene, en principio legítimo, de enterarse de lo que ocurre a su alrededor"**⁹⁶. Según este mismo autor la determinación del interés vendrá dado, en las sociedades capitalistas, por **"las leyes del mercado, por si los ciudadanos están dispuestos a pagar por enterarse de algo"**⁹⁷. Este criterio es, quizá, rechazable, o al menos así lo entiendo, ya que supone quedar a expensas del capricho o de la arbitrariedad de la prensa, de grupos de presión y de los intereses e ideologías que están detrás de los mismos.

El otro criterio consistirá en que sólo se puede informar de aquello **"parecido a lo que los clásicos llamaban bien común, lo que afecta a la vida.. de los ciudadanos"**⁹⁸. Creo que este puede ser un criterio más aceptable y próximo a los criterios de legitimidad imperantes en nuestra sociedad. Toda persona tiene derecho a conocer actuaciones de políticos que después le afectarán de una manera o de otra.

Esta es una cuestión que presenta innumerables interrogantes, pues no es fácil concretar aquellas actuaciones de la clase política que repercutirán en la vida de los ciudadanos (contribuyentes).

Como criterios asumo los siguientes:

1º - Los particulares-curiosos deben someterse tajantemente a lo establecido por la LO. 1/82, art. 7º, apartados 1º al 4º y, en general, les está vedado, en virtud del derecho constitucional a la intimidad, cualquier intromisión del género que sea en la vida privada de los demás, salvo expresa autorización (art. 1º de la Ley citada).

⁹³ También cabría distinguir entre los candidatos y los que gobiernan o representan.

⁹⁴ Javier DE LUCAS: **"Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad"**, en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid, tomo VII, 1990, p. 140.

⁹⁵ Vid. sobre este tema el trabajo anteriormente citado en nota anterior del prof. Javier DE LUCAS.

⁹⁶ **"Presentación"**, en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis, y otros: Estudios sobre el derecho a la intimidad, ob. cit., p. 12.

⁹⁷ Ib. idem.

⁹⁸ Ib. idem.

2º - La prensa tiene la obligación de informar verazmente de todo aquello que condicione la conducta, el patrimonio y la vida de las personas-ciudadanos, entre otros derechos y deberes (art. 20, 1, d. de la Constitución). Luego éste será el criterio que deban manejar en materia de intimidad. Si su información veraz puede ser imbricada, hilada, relacionada con aspectos que interesen razonablemente a la opinión pública, podrá airearse. No si carece de esta conexión. Creo que el legislador no puede trazar los límites, éstos son casuísticos. Más bien corresponde a la jurisprudencia. Además, como señala RUIZ GIMENEZ **"en esta materia ha de operar más que el heterocontrol (el de las leyes y los Tribunales), el autocontrol de la propia conciencia sobre la responsabilidad personal y profesional (de los periodistas).. De otro lado, el esfuerzo de cada ciudadano por no exhibir de forma frívola o narcisista su vida íntima, porque si lo hace, es él quien rompe su intimidad, quien de algún modo quiebra su propia dignidad existencial"** 99.

PERSONAS PUBLICAS VERSUS PERSONAS PRIVADAS

Varía según las personas el concepto de intimidad y por lo tanto, su protección jurídica.

Prosser dice que en las decisiones judiciales aparecen tres clases de razones sobre que los personajes públicos han perdido su intimidad:

- a) Se trata de personas que han buscado la publicidad y la han admitido, de modo que, por razón de sus propios actos no pueden rechazarla.
- b) b) Que su actividad se ha convertido en pública y en lo sucesivo no pueden exigir que sean considerados asuntos privados.
- c) Que la prensa dispone de un derecho a informar al público de los temas de interés general.

- Si las persona públicas tienen intimidad es una cuestión estrechamente relacionada con la libertad de expresión: "no se puede analizar la intimidad individual aisladamente. Hay que sopesarla con la libertad de expresión" (3.12 de la Comisión Calcutt).

En realidad es un juego de poderes o de equilibrio de derechos como menciona la C. Calcutt, entre "el interés o beneficio público implícito en la defensa de la intimidad de la información y el interés o beneficio público que se pudiese obtener de la utilización o revelación de dicha información" (3.16 de la Comisión Calcutt).

"Sin embargo, una persona de relevancia pública no debería verse obligado a renunciar a su derecho a la intimidad con respecto a cualquier aspecto de su vida cuando accede a un cargo o cuando tiene una profesión que atrae la atención del público" (3.21 C. Calcutt).

El problema gira en torno a qué significa "interés público".. quizá "..todo aquello que pudiese influir en su comportamiento" (3.24 C. Calcutt)

1º - STC. 171/1990, de 12 de noviembre, sobre el Comandante Patiño (caso El País).

"La competencia, aptitud y actuación profesional de un piloto en un servicio público de transporte aéreo han de considerarse temas de interés social y de relevancia para el público que traspasa los límites de la esfera privada. Las condiciones en que se encontraba y la conducta profesional de quien, como piloto, realiza un servicio público..". En este caso su intimidad desaparece en aras de la información.

2º - STC. 172/1990, de 12 de noviembre, sobre el Comandante Patiño (caso Diario 16).

"El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad...que.. resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa"

3º - STC. 231/1988, de 2 de diciembre, caso Paquirri (vid. FJ 8º). Este es un caso claro sobre que no cabe la renuncia al derecho a la intimidad y de la existencia de la intimidad familiar, pues la intimidad:

"Se extiende no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar, aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo". El problema es que siempre abarca la relación con otras personas y por lo tanto, ¿puede obligarles a guardar celo?

DERECHO A LA INTIMIDAD E INFORMATICA

- Pensemos que en la actualidad es necesario un correcto sistema de publicidad tanto en la vida económica como social. Los registros públicos deben, en aplicación de normas legales, informar a terceros del "interés" que les asiste (ya sea interés legítimo, conocido, directo, etc.) sobre materias objeto

99 RUIZ GIMENEZ, Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad, op. cit. p. 25.

de inscripción. En ocasiones se exige en función de garantizar el correcto funcionamiento del tráfico mercantil (así conocer datos contables o societarios de sociedades mercantiles es determinante para poder realizar negocios de cuantías elevadas, o para contratar con ellos conocer su experiencia en tal o cual actividad, etc.), en otras para que tengan virtualidad ciertas inscripciones matrimoniales, (así para ser funcionario debe demostrarse ser nacional, o para ser heredero, etc.), para exigir responsabilidades (saber quienes son los apoderados o administradores), para contribuir fiscalmente a las cargas del Estado (conocer titularidades de cuentas, patrimonios, etc.), etc. En definitiva, la publicidad es consustancial con la sociedad moderna, tecnificada y avanzada que corresponde a nuestro desarrollo económico, social, demográfico, etc. Añadamos a ello que la titularidad normativa en materia económica está asignada a la Unión Europea, precisamente porque nos encontramos en un espacio común europeo y en un llamado "Mercado Único". Pero este sistema, sin embargo, debe establecer ciertas cautelas en orden a evitar fraudes, abusos y otros males¹⁰⁰.

INTIMIDAD EN MATERIA LABORAL

La STC. 142/93 de 22 de abril, acerca de la supuesta lesión al derecho a la intimidad por la Ley 2/91 sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación establece que "los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral ... está más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada", con lo que manifiesta que las materias relativas las CONDICIONES DE TRABAJO Y A LA DURACION Y MODALIDAD CONTRACTUAL "exceden de la esfera estrictamente personal y entran en el ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que desarrolla su actividad". El derecho a obtener los datos regulados en la Ley cuestionada tienen una finalidad garantista de protección de los intereses de los trabajadores. Todo ello sin perjuicio del deber de secreto de los representantes legales.

La STC. 114/84 de 29 de noviembre permite la grabación de una conversación entre trabajador y empresario y admite el despido del primero apoyado en la misma, pues el secreto de las comunicaciones significa la impenetrabilidad de las mismas por terceros ajenos a la comunicación. Sólo su difusión puede atentar al derecho a la intimidad.

La STC. 320/94 de 28 de noviembre considera ejercicio de la libertad de expresión la noticia difundida por una periodista acerca de la existencia de denuncias de tres alumnas de una escuela taller contra un monitor-albañil por acoso sexual.

ESPACIO RADIOELECTRICO

1º - AUTO de 23-IX- 1991 sobre conversación telefónica desde el coche de José María Benegas que interpuso demanda contra la cadena SER por descubrimiento y revelación de conversaciones telefónicas privadas del art. 497 bis Cp., El Juzgado entiende que no constituye violación por ser verídica, de relevancia pública y referida a asuntos de interés general.

2º - Durante el mes de junio pasado saltó a la opinión pública el que fue bautizado como "caso CESID", hoy todavía pendiente de finalización de la instrucción y fallo judicial. Es evidente que en este caso, junto a la violación del derecho a la intimidad (claramente vulnerada a tenor del art. 7, párrafos 1º y 2º), se produce una violación del secreto de las telecomunicaciones. La mayor parte del debate público se perdió en dos disquisiciones extrañas al propio debate sobre la protección de la intimidad, pero no por ello menos importantes, me refiero a si eran o no delito conforme al art. 192 bis CP. (que en cualquier caso, antes y después de 1994 prohíbe la grabación de conversaciones privadas, independientemente de si se ha utilizado un teléfono alámbrico o inalámbrico)¹⁰¹ y el problema de las responsabilidades políticas

¹⁰⁰ Vid. BENAVIDES DEL REY, Otrosí Informativo, C. de Abogados de Madrid, mayo-junio, 1995, pp. 5 y ss.

¹⁰¹ Hasta la reforma introducida por la Ley Orgánica 18/1994 de 23 de diciembre se castigaba con la pena de arresto mayor e inhabilitación absoluta "a la autoridad, funcionario público o agente de estos que sin la debida autorización judicial ... interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido" (redacción dada por la Ley Orgánica 7/1984). Las modificaciones que introduce la nueva Ley son básicamente, agravar las penas y sustituir los términos "interceptar las comunicaciones telefónicas" por "interceptar cualquier telecomunicación". Considero, al igual que el prof. Gimbernat ("El Mundo", 14 de junio de 1995) que sí incurrieron en responsabilidad penal conforme a la legislación anterior, vigente en el momento de los hechos.

derivadas. Con independencia de la calificación penal¹⁰² (en cualquier caso estaríamos antes delitos prescritos pues son anteriores a 1989), lo realmente alarmante es la impunidad y el descaro con que se han observado y grabado aspectos determinados de la intimidad ajena con lo que supone de desprecio no sólo para su libertad y autonomía personal, sino también para los derechos fundamentales constitucionalizados (recordemos que todos los derechos fundamentales están a un mismo nivel). Igualmente creo que no son de recibo, como señala el prof. García de Enterría (Diario ABC, "tercera" del día 15 de julio de 1995) las excusas que se han manejado por parte del CESID o del Gobierno, tales como que el art. 5 de la Ley de Ordenación de las Telecomunicaciones ordene (en vigor desde 1987) la supervisión del "espacio radioeléctrico", o que éste sea de "dominio público", condición que le somete al control del Estado, o que eran materias que afectaban a la seguridad nacional, tarea propia del CESID. Ninguna norma jurídica puede imponerse, obviamente a la Constitución (arts. 9 y 53), ni tampoco la "seguridad nacional" puede ser un valor superior a los proclamados en el art. 1,1 de la misma.

DATOS CONTENIDOS EN REGISTROS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

STS. 29 de enero de 1990, que entiende constitucional la LRC. y su Reglamento, sobre anotaciones de filiación extramatrimonial.

En el Informe de 1992 (P. 102) del Defensor del Pueblo se relata la solución dada a las quejas relativas a irregularidades en ciertas unidades militares con motivo de los reportajes gráficos que se llevan a cabo con motivo de actos militares, fundamentalmente jura de bandera. Se puso de manifiesto en la investigación que los fotógrafos autorizados poseían datos personales de los militares de reemplazo que no habían sido facilitados por los interesados, sino por sus Unidades. Tras las actuaciones del Defensor del Pueblo, el Jefe del Estado Mayor prohibió que se facilitase este tipo de información a los fotógrafos, debiendo ser los propios soldados lo que lo hicieran si era su deseo.

ALLAN R. BREWER-CARIAS, en "Consideraciones sobre el derecho a la vida privada y a la intimidad económica y a su protección", en La Corte y el sistema interamericanos de derechos humanos, San José de Costa Rica, 1994, pp. 53 y ss. (Rafael NIETO NAVIA, ed.) entiende que la obligación recogida en el art. 31 de la Ley Especial de Protección a los Depositantes y de Regulación de Emergencias en las Instituciones Financieras (Gaceta Oficial de 10 de marzo de 1994) de Venezuela, de presentar declaración jurada de patrimonio por parte de ciertas personas con responsabilidad en la gestión de esas instituciones financieras, es inconstitucional, por chocar contra el art. 59 que consagra el derecho a la vida privada (además de contra el 43, sobre derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad y 50 "La enumeración de los derechos y garantías contenidas en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellas").

CONCLUSIONES

- Se intenta proteger la vida personal y familiar. Garantizar el estar solo, el derecho a la soledad y al ensimismamiento. Que los aspectos de la vida personal íntima, no sean divulgados fraudulentamente y contra la voluntad del sujeto.

- Hechos y no pensamientos que provocan alteración psíquica, inquietud y perturbación a cualquier "buen padre de familia".

- Hechos que afectando al pudor, pundonor, recato o moral individual ajurídica sean divulgados sin permiso del afectado.

- Luego comprende dos facetas:

- 1 - El derecho a la soledad y a no ser perturbado en esos momentos privados de recogimiento y quietud.

- 2 - El derecho al secreto, a mantener fuera del conocimiento ajeno hechos y actos que pertenecen a su vida privada y personal.

¹⁰² En esta cuestión hay también otros problemas conexos, como si es aplicable también el 497 bis CP. ("El que ara descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas, o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas"), o si hay un delito contra la seguridad del Estado por el espionaje a altas autoridades de la Nación y al Jefe del Estado, etc. si bien, en cualquier caso, subsisten las violaciones (ilícitos civiles) a la intimidad.