

## CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA PRIVACIDAD II: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN\*

*Hernán Corral Talciani*

Profesor de Derecho Civil  
Universidad de los Andes

### I. HACIA UN CONCEPTO DE PRIVACIDAD

#### 1. *Un concepto unitario del derecho a la vida privada*

Son muchas las formulaciones que intentan captar el núcleo esencial del derecho a la vida privada o privacidad, y tratando de incluir en esa noción única los diferentes usos que la palabra privacidad presenta intuitivamente.

Pasaremos revista a aquellas formulaciones que nos parecen más representativas de un debate que es verdaderamente inabordable por la cantidad de literatura existente sobre el problema. Pero se trata de un ejercicio ineludible si se desea afirmar las propias opiniones sobre este espinudo problema.

##### a) El derecho a ser dejado solo

Una de las formas de captar el núcleo de la idea de respeto a la vida privada ha llevado a muchos a rescatar la famosa frase del juez Cooley citada por el trabajo de Warren y Brandeis, y a sostener que la esencia del derecho a la vida privada reside en este “ser dejado solo” o “ser dejado en paz” o “no ser molestado” según las distintas versiones que en español puede ofrecer la frase “*the right to be let alone*”.

Así, por ejemplo, varios jueces de la Corte Suprema norteamericana la han utilizado para conceptualizar el derecho a la vida privada. El juez Abe Fortas pudo escribir en una sentencia que el derecho a la vida privada “es, dicho simplemente, el derecho a ser dejado solo; a vivir la propia vida como uno elija, libre de asalto, intrusión o invasión excepto aquellas que puedan justificarse por manifiestas necesidades de una comunidad que vive bajo un estado de derecho”<sup>1</sup>.

En esta misma línea, el alegato de Brandeis en su opinión disidente en el caso *Olmstead v. U. S.*, donde la mayoría de la Corte determinó que no podía aplicarse la cuarta enmienda de la Constitución estadounidense a una intervención telefónica por no implicar una violación física de la propiedad. Según el ardoroso y gravitante discurso de Louis Brandeis, “Los padres de nuestra Constitución quisieron asegurar las condiciones favorables para conseguir la felicidad. Ellos reconocieron el significado de la naturaleza espiritual del hombre, de sus sentimientos y de su intelecto. Ellos supieron que solo una parte del dolor, placer y satisfac-

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

<sup>1</sup> *Time v. Hill*, 385, U. S. 374 (1964), p. 412.

ciones de la vida pueden encontrarse en las cosas materiales. Ellos pretendieron proteger a los americanos en sus creencias, sus pensamientos, sus emociones y sus sensaciones. Ellos confiaron, también contra el Gobierno, el *derecho a ser dejado solo*, el más comprensivo de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. Para proteger este derecho, toda intrusión injustificada del Gobierno sobre la privacidad de los individuos, cualesquiera sean los medios empleados, debe ser juzgada una violación a la cuarta enmienda<sup>2</sup>.

La frase es por cierto ilustrativa y goza de la popularidad de las expresiones simples y emblemáticas. Pero su utilización para explicitar la noción del derecho a la vida privada no es adecuada.

En efecto, uno puede sufrir interferencias que le impiden ser dejado solo o no ser molestado de mil maneras, muchas de ellas que nada tienen que ver con lo que queremos ordinariamente significar con la idea de privacidad. Así, por ejemplo, si alguien golpea a otro es evidente que le está violando el supuesto derecho a "ser dejado en paz", y lo mismo sucede si se le interrumpe la conversación o simplemente se le invita a salir, pero nadie podría decir que aquí hay invasiones a la vida privada.

De esta forma la conceptualización del derecho a la vida privada falla por su tremenda amplitud, que puede llevar a una inflación de los supuestos de hechos protegidos por la intimidad, y obscurecer en vez de aclarar su función específica. Como señala Parent, aunque la privacidad puede ser invadida a través de ciertas formas de interacción humana que evitan o impiden "el derecho a ser dejado solo", como por ejemplo, si un tercero escucha la conversación telefónica de dos personas, es un serio error insistir en que todas las instancias que implican no dejar a una persona sola son de por sí atentados al derecho a la vida privada<sup>3</sup>.

#### b) El derecho a tomar decisiones personales

Fue la Corte Suprema norteamericana la que inauguró la visión de que el derecho a la vida privada, en última instancia, significaba el derecho a adoptar libre de injerencias ajenas decisiones que afectaran directamente la vida personal. Es la línea de razonamiento que se vislumbra en el caso *Griswold* (1965), que se afirma en *Eisenstadt* (1972) y se ratifica en *Roe* (1973)<sup>4</sup>.

En *Eisenstadt* aparece ya definido el concepto del derecho a la vida privada: "Si el derecho a la vida privada significa algo es el derecho de los individuos, solteros o casados, a ser libres de injerencias gubernamentales injustificadas sobre materias que afectan tan fundamentalmente a las personas como la decisión de tener o no tener un hijo"<sup>5</sup>.

La idea de libertad para decidir pasa rápidamente a la de autonomía: es decir, derecho a determinar las reglas sobre las que se basa esa decisión personal. De aquí se da un nuevo paso al tratar de precisar el contenido de la autonomía que identificaría al derecho a la vida privada, sosteniéndose que es aquella autonomía necesaria para preservar la identidad. Un ejemplo de este intento de conceptualización es por ejemplo la posición sustentada por Tom Gerety, para quien la privacidad debe ser comprendida como la "*autonomy o control over the intimacies of personal identity*"<sup>6</sup> (autonomía o control sobre las intimidades de la identidad personal). En su opinión la forma paradigmática de invasión de la vida privada es la injerencia sobre la autonomía sexual<sup>7</sup>.

La relación entre este modo de concebir el derecho a la vida privada y la lucha ideológica en contra de las reglas tradicionales que han reglamentado los comportamientos en el plano de la sexualidad, es realmente llamativa; tanto que se ha dicho que el abuelo del derecho a la

<sup>2</sup> *Olmstead v. US.*, 277 U.S. 439 (128), pp. 475-476. La cursiva es nuestra.

<sup>3</sup> PARENT, W. A., "A new definition of privacy for the law", en *Law and Philosophy* 2 (1983), pp. 321-322.

<sup>4</sup> Véase supra I, A, 5, b.

<sup>5</sup> *EISENSTADT v. BAIRD*, 405 U.S. 438 (1972), p. 453.

<sup>6</sup> GERETY, Tom, "Redefining Privacy", en *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 12 (1977), p. 236.

<sup>7</sup> GERETY, T., ob. cit., p. 296.

privacidad, más que Warren y Brandeis, parece haber sido Freud, por ser la concepción freudiana de la personalidad aquella que coloca la sexualidad en un lugar privilegiado de la formación de nuestra identidad<sup>8</sup>.

Esta concepción de la privacidad ha sido también seriamente cuestionada. En primer lugar por no aportar criterios objetivos para determinar cuándo una decisión personal debe ser libre de trabas e injerencias y cuándo en cambio esa decisión debe ser reprobada y desalentada.

Además, se pone de relieve que cuando se conceptualiza privacidad como autonomía se genera una confusión con el concepto de libertad, ya que si se llega a la conclusión de que una persona puede actuar en ausencia de constricciones, de acuerdo a lo comúnmente aceptado lo está haciendo libremente, es decir, ejerce la libertad más que la privacidad<sup>9</sup>.

Por otra parte, existen ejemplos en que autonomía o capacidad para decidir y privacidad no coexisten: así un enfermo en estado de coma no posee autonomía para preservar su identidad personal, pero no por eso se dirá que no tiene vida privada. Del mismo modo, si un sospechoso criminal es vigilado constantemente se verá afectado en su privacidad, pero ello no significa que no pueda adoptar decisiones personales incluso en su vida sexual<sup>10</sup>.

### c) El derecho al control de la información personal

Otra de las fórmulas ensayadas para capturar la esencia de la privacidad es aquella que propone situarla en la idea de "control". La privacidad consistiría en el control que cada uno puede ejercer sobre la información que le concierne. Alan Westin ha sostenido, de esta forma, que la privacidad es "la pretensión de los individuos, grupos o instituciones para determinar cuándo, cómo y qué información acerca de ellos es comunicado a otros"<sup>11</sup>. En sentido parecido se pronuncia Fried: la privacidad es "aquel aspecto del orden social por el cual las personas controlan el acceso a la información acerca de sí mismos"<sup>12</sup>. En Chile, Enrique Barros adhiere a esta posición<sup>13</sup>.

Esta postura, aunque muy difundida, no está exenta de dificultades conceptuales. En efecto hacer coincidir el interés de privacidad en un poder de control del individuo sobre informaciones que se refieran a él lleva a la conclusión de que si la persona se expone al público debe señalarse que está perdiendo privacidad ya que pierde un considerable control sobre la información que otros están adquiriendo de ella. Por otro lado, si una persona decide libremente dar a conocer un hecho personal a otra, estará ejerciendo su poder de control pero al mismo tiempo estará perdiendo privacidad<sup>14</sup>.

Parent es muy convincente sobre lo inapropiado de concebir privacidad como control de la información: "El control sobre la información personal no es una condición necesaria de privacidad, si por 'control' queremos significar el poder de prevenir la revelación de tal

<sup>8</sup> RUBENFELD, Jed, "The right of Privacy", en *Harvard Law Review* 102 (1989) p. 770.

<sup>9</sup> PARENT, W. A., ob. cit., pp. 316 y 325.

<sup>10</sup> Los dos ejemplos son aportados por Parent, W. A., ob. cit., p. 326.

<sup>11</sup> WESTIN, Allan, *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1967, pp. 7 y 42, citado por Parent, W. A., ob. cit., p. 326.

<sup>12</sup> FRIED, Charles, "Privacy", en *The Yale Law Journal*, 77, 1968, p. 493. Añade que "Lo que es menos obvio es que el derecho no solo es un instrumento para proteger la privacidad; es un elemento esencial, en nuestra cultura, de la misma institución. El concepto de privacidad requiere, como hemos visto, un sentido de control y un justificado y reconocido poder para controlar los aspectos de nuestro entorno. Pero en las sociedades más desarrolladas la única manera de dar a las personas la medida completa de ambos el sentido y el hecho del control es dándoles un título legal para controlar".

<sup>13</sup> BARROS, Enrique, "Honra, privacidad e información: un crucial conflicto de bienes jurídicos", en *Revista de Derecho U. Católica del Norte*, 5 1998, p. 50, "desde esta perspectiva, la privacidad no es simplemente una ausencia de información acerca de nosotros, sino al revés, es más bien el control que tenemos nosotros mismos respecto de a quién y cómo entregamos información acerca de nosotros".

<sup>14</sup> PARENT, W. A., ob. cit., pp. 326-327.

información a otros individuos que a aquellos que hemos elegido para revelarla. Supóngase que B tiene las destrezas tecnológicas y la autoridad política para obtener toda suerte de información personal acerca del ciudadano A. Y aún más supongamos que A nada puede hacer para detener a B de hacerlo y de revelar los hechos conocidos a cualquiera que él quiera. Bajo estas circunstancias A carece de control sobre estos hechos: él no tiene poder para prevenir la revelación que hace B. Pero ¿ha perdido A su privacidad? No, no a menos que B actualmente proceda a iniciar una acción de intromisión y diseminación en contra suya. Que A tenga amenazada su privacidad no significa que ella le haya sido disminuida<sup>15</sup>. El ejemplo de un hombre dejado en una isla desierta que pierde control pero no privacidad es también invocado en contra de esta tesis<sup>16</sup>.

#### d) El derecho a la inaccesibilidad

Perfeccionando la propuesta del control de la información personal, hay quienes creen poder definir adecuadamente la privacidad como la imposibilidad de acceso a la vida personal. La propuesta puede ejemplificarse con la doctrina de Irwin Altman<sup>17</sup> y Rut Gavison<sup>18</sup>. Para el primero la privacidad consistiría en un proceso de control por el cual las personas pueden hacerse accesibles a sí mismas para otros o, por el contrario, pueden vedar su acceso a otros.

La doctrina de Gavison es más compleja; ella sostiene que la privacidad engloba tres intereses diversos: secreto, anonimato e inaccesibilidad física. El secreto se refiere a cómo somos conocidos por otros; el anonimato es la extensión en la cual nosotros somos el objeto de la atención de otros; y la inaccesibilidad física se refiere a la extensión en que otros tienen acceso físico a nosotros, por lo cual nuestro espacio de soledad se ve disminuido.

En Francia, Nerson parece seguir esta misma dirección al hablar de que el derecho a preservar lo privado "habilita a un individuo a hacer inaccesible la esencia de su personalidad al público sin su consentimiento"<sup>19</sup>.

Tampoco la teoría del acceso ha sido comúnmente aceptada. Parent le vuelve a contraponer el ejemplo del enfermo comatoso ya utilizado para desechar la tesis del "control"; el enfermo no puede negar el acceso a otros, pero tiene vida privada<sup>20</sup>.

Respecto de la inaccesibilidad física se pueden efectuar dos distinciones: si se trata de un acceso físico que implica contacto corporal volveríamos a la noción de la privacidad como el derecho a ser dejado solo, que ya se ha criticado como no suficiente para revelar el contenido específico del derecho a la privacidad: así, se podría llegar al absurdo de afirmar que un golpe con un bate de béisbol constituiría una pérdida de privacidad<sup>21</sup>. Si el acceso físico se entiende como invasión en la proximidad de una persona, aunque no haya contacto corporal, tampoco parece suficiente para construir el concepto de privacidad. Así, si alguien cuyos sentidos no están funcionando interrumpe en el ámbito de proximidad de la persona, habría pérdida de la inaccesibilidad pero no así de la privacidad. Al revés si alguien es observado por mecanismos electrónicos desde una gran distancia, no habría violación de la inaccesibilidad física, pero sí de la privacidad<sup>22</sup>.

<sup>15</sup> PARENT, W. A., ob. cit., p. 327.

<sup>16</sup> POWERS, Madison, "A cognitive access definition of privacy", en *Law and Philosophy* 15 (1996), p. 373.

<sup>17</sup> ALTMAN, Irwin, "Privacy - A conceptual analysis", en *Environment and Behavior* 1976 (8), pp. 7-29, citado por Parent, W. A., ob. cit., pp. 327-328.

<sup>18</sup> GAVISON, Ruth, "Privacy and the Limits of Law", en *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 347-428.

<sup>19</sup> NERSON, *Journal des Tribunaux*, 1959, p. 713, citado por Velu, Jacques, "The European Convention of the Human's Rights and the right to respect for private life, the homme and communications", en Robertson, A. H. (edit.), *Privacy and Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1968, p. 28.

<sup>20</sup> PARENT, W. A., ob. cit., p. 328.

<sup>21</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 381.

<sup>22</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 383.

## e) El derecho a excluir a terceros de la información personal

Las críticas que han surgido por los conceptos amplios y comprensivos de la privacidad han ocasionado la elaboración de conceptos que aunque son más restrictivos pueden dar un sentido más acabado al concepto y diferenciarlo de otros intereses dignos de protección. Se postula la idea de que la privacidad no debe ser entendida en un sentido positivo como “control” o “inaccesibilidad” o “autonomía”, si no más bien como una facultad negativa de exclusión y centrada en un cierto tipo de información acerca de la persona.

Parent acuña el siguiente concepto para privacidad: la condición de que otros no conozcan información personal acerca de uno mismo que no haya sido documentada<sup>23</sup>.

En la concepción de Parent no cualquier información es protegida por la privacidad, sino solo aquella que puede ser calificada de personal, esto es, aquella información de hechos que la mayor parte de las personas en una sociedad determinada eligen no revelar de sí mismas (excepto a cercanos amigos, familia, etc.) o de hechos sobre los cuales un individuo concreto es agudamente sensible y por ello elige no revelarlos, aunque la mayor parte de las personas no se cuidarían de que ellos fueran conocidos públicamente<sup>24</sup>. Como se ve el parámetro para decidir aquí es subjetivo y concreto.

Ahora bien, según Parent esta es la información protegida en principio, pero para que pueda haber una invasión a la privacidad es necesario que ella sea *undocumented*, es decir, que no haya sido revelada anteriormente en algún escrito de acceso público: “Tal información es disponible al público, cada uno de nosotros puede sacarla. Es, por tanto, un tipo de propiedad pública”<sup>25</sup>.

De este modo piensa que si un periódico publica una crónica en la que revela que el que hoy es un adulto huraño y excéntrico fue en su niñez un brillante niño prodigio, se ha invadido la privacidad del aludido; en cambio si un periódico publica la historia de una mujer que en la actualidad tiene una familia normal y respetable pero que en el pasado fue una prostituta que se vio envuelta en un proceso por homicidio, no hay atentado a la privacidad, por cuanto los hechos revelados no son indocumentados, ya que cualquiera podría haber averiguado sobre su vida pasada sin necesidad de espiarla<sup>26</sup>.

Esta definición tan estricta de privacidad ha sido también objeto de cuestionamientos. Se aduce que el concepto de información personal que propone Parent es más bien normativo y no concuerda con su intento de describir fácticamente el contenido de la privacidad<sup>27</sup>. Se señala también que su postura no se pronuncia sobre un aspecto esencial y es qué información puede o debe estar en registros públicos<sup>28</sup>.

Otra crítica más fuerte que se dirige a la doctrina de la “información no documentada” es que deja fuera todos los casos en los que terceros invaden el ámbito privado pero no adquieren nuevo conocimiento sobre el afectado<sup>29</sup>. Así, por ejemplo, si un marido divorciado observa a su ex mujer tomar una ducha no estaría infringiendo su privacidad<sup>30</sup>.

<sup>23</sup> PARENT, W. A., ob. cit., p. 306. La frase no es de traducción sencilla. En inglés reza así: “*the condition of not having undocumented personal information about oneself known by others*”.

<sup>24</sup> PARENT, W. A., ob. cit., p. 307.

<sup>25</sup> PARENT, W. A., ob. cit., p. 307.

<sup>26</sup> Parent, W. A., ob. cit., pp. 323 y 324.

<sup>27</sup> POWERS, W. A., ob. cit., p. 377.

<sup>28</sup> DE CEW, Judith Wagner, *In pursuit of privacy: law, ethics, and the rise of technology*, Cornell University, New York, 1997, p. 31.

<sup>29</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 378.

<sup>30</sup> DE CEW, J., ob. cit., p. 34. Añade el caso en que una soprano muy conocida canta en un espacio íntimo y sin querer ser oída, mientras por mecanismos de amplificación es escuchada por terceros.

f) El derecho sobre el acceso cognoscitivo

Esta definición es propuesta por Madison Powers como una propuesta “moderadamente reduccionista” en un cuadro en el que las tesis de la privacidad como autonomía, control o inaccesibilidad son percibidas como “antirreduccionistas” y la posición de Parent es vista como un extremo del “reduccionismo”.

Powers sostiene que una definición de privacidad debe ser descriptiva, y por lo tanto no contaminarse con elementos normativos que son más propios del análisis posterior sobre la extensión o limitación de un derecho a la vida privada<sup>31</sup>.

Desde esta perspectiva descriptiva, rechaza las tesis que ella denomina “antirreduccionistas” por un temor a la vaguedad e imprecisión.

Acepta la restricción de Parent en el sentido de restringir la privacidad a la información personal, pero critica que deba exigirse un nuevo conocimiento; la invasión de privacidad no requiere que se haya ganado un nuevo conocimiento: “La repetición del acceso cognoscitivo envuelve una merma de la inaccesibilidad cognoscitiva no menor que en la primera instancia”<sup>32</sup>. Tampoco admite que queden excluidas las informaciones que ya se hicieron públicas alguna vez, ya que existe una pérdida de la inaccesibilidad cognoscitiva cuando una persona adicional toma conocimiento de los que otros ya saben. Que la información esté en el dominio público podría ser una razón para no permitir que se demande por daños y perjuicios, pero no para excluirla de la noción descriptiva de privacidad<sup>33</sup>.

De este modo, todas las conductas que lleven a una persona a tomar conocimiento sobre hechos personales de otra resultan contrarias a la vida privada. Esta definición, aunque restringida si bien no excesivamente, resulta funcional para elaborar una aproximación coherente sobre el conjunto de los derechos de las personas: “Ella puede reconocer que como resultado de muchos tipos de interferencias..., una persona puede experimentar múltiples pérdidas, incluyendo la libertad (a través de compulsión), privacidad (a través de un incrementado acceso cognoscitivo), integridad física (a través de un incrementado acceso sobre el cuerpo) y la soledad (a través de un incrementado acceso a la proximidad física)”<sup>34</sup>.

Se puede oponer a esta posición que no considera los casos en los que no existe acceso cognoscitivo directo, sino indirecto a través de la difusión de lo que se conoció por la injerencia indebida en la intimidad de la persona afectada.

## 2. *Un concepto de contenido multidimensional*

Al comprobar muchos autores que la privacidad puede vulnerarse por distintas formas sin que sea posible reducir esos atentados a una sola idea en común, se deciden a formular nociones del derecho a la privacidad que no apunten en una sola dimensión sino que son comprensivas de varias y distintas facetas.

No hay sin embargo coincidencia en el número de dimensiones que una caracterización de la privacidad debiera contener: ellas van desde dos a cuatro posibilidades.

### a) Una noción cuatripartita

Una de las nociones fragmentadas más importantes en el Derecho angloamericano ha sido la propuesta por uno de los más grandes expertos en el campo de *torts*, el entonces Decano de la Escuela de Derecho de la Universidad de California, William L. Prosser.

<sup>31</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 374

<sup>32</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 378.

<sup>33</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 378.

<sup>34</sup> POWERS, M., ob. cit., p. 385.

El estudio de Prosser es netamente jurisprudencial. Su misión consiste en ordenar y descubrir lo que los tribunales han entendido por *privacy* intentado hacer luz en una materia que por lo confusa ha sido comparada con “un muelle de paja en un huracán”<sup>35</sup>. Después de examinar cerca de trescientos casos judiciales sobre el derecho a la vida privada, propone que no puede hablarse de un solo ilícito (*tort*) sino de cuatro tipos de ilícitos: “Lo que emerge de las decisiones no es una materia simple. No es un ilícito [*tort*], sino un complejo de cuatro. El derecho a la privacidad comprende cuatro distintos tipos de invasión de cuatro diferentes intereses de la víctima, que son reunidos por un nombre común, pero que de otro modo no tienen nada en común excepto que cada uno representa una interferencia con el derecho de la víctima, en frase inventada por el juez Cooley, a ‘ser dejado solo’”<sup>36</sup>.

Los cuatro ilícitos caracterizados por Prosser son los siguientes: 1) Intrusión en el retiro (*seclusion*) o soledad de la víctima, o en sus asuntos privados; 2) Revelación pública de hechos embarazosos acerca de la víctima; 3) Publicidad que coloca a la víctima en una imagen falsa ante los ojos del público (*publicity wich places the plaintiff in a false light in the public eye*), y 4) Apropiación, para provecho del demandado, de nombre o de la apariencia (*likeness*) de la víctima.

Sobre la *intrusión*, Prosser menciona como caso prototípico uno que se juzgó nueve años antes del artículo de Warren and Brandeis: *De May v. Roberts*<sup>37</sup>, en el cual un joven se introduce sin autorización para presenciar el parto de una mujer. Aunque esta no lo haya visto hay lesión de la privacidad por tratarse de un momento íntimo y especial.

Sobre la *revelación*, el *leading case* es el de *Melvin v. Reid*<sup>38</sup>. Aquí la víctima, cuyo nombre original era Gabrielle Darley, había sido una prostituta, y luego una de las acusadas en una investigación judicial por homicidio. Después de su sobreseimiento había abandonado su vida anterior y se había rehabilitado, estaba casada con un hombre llamado Melvin, y había llevado una vida de rectitud en una sociedad respetable, entre amigos y asociados que ignoraban su pasado. Siete años después el demandado hizo y exhibió una película, llamada “*The Red Kimono*”, en la cual representó la verdadera historia, usando el nombre de Gabriela Darley, y al revelar su pasado al mundo y a sus amigos, le arruinó la vida. La Corte de California sostuvo que había invasión a su privacidad.

Respecto de la *Imagen Falsa* (*false light in the public eye*), menciona casos como *Gill v. Curtis Publishing Co.*<sup>39</sup>, donde la cara de una persona inocente fue usada para ilustrar un artículo sobre un amor frívolo, y el de *Peay v. Curtis Publishing Co.*<sup>40</sup> donde el rostro de un inocente taxista fue publicado para ilustrar un artículo sobre los fraudes de sus colegas de profesión.

Finalmente, en casos de *apropiación*, el demandado explota en su beneficio propio aspectos que pertenecen a la identidad de la víctima. Prosser señala que en Nueva York como también en muchos otros estados, existen muchas decisiones en las cuales el ofendido ha reclamado cuando su nombre o fotografía, u otros aspectos suyos (por ejemplo, si se usa la figura del ofendido como base de un diseño de un poster), han sido usadas sin su consentimiento para anunciar el producto del demandado, o para acompañar un artículo vendido, o añadir prestigio al nombre de una corporación, o para otros propósitos comerciales<sup>41</sup>.

El intento de Prosser es hacer claridad en esta situación confusa, lo que él cree lograr mediante este *tort* cuatridimensional. Según su opinión, toda la confusión proviene de no separar y distinguir las cuatro formas de invasión: “Poniéndolas en orden: intrusión, revela-

<sup>35</sup> PROSSER, W., ob. cit., p. 407. La frase es del juez Biggs en *Ettore v. Philco Television Broadcasting Co.*, 229 F. 2d 481 (3d Cir. 1956).

<sup>36</sup> PROSSER, W., ob. cit., p. 389.

<sup>37</sup> 46 Mich. 160, 9 N. W. 146 (1881).

<sup>38</sup> 112 Cal. App. 286, 297 Pac. 91, 1931.

<sup>39</sup> 38 Cal. 2d 273, 1952.

<sup>40</sup> 192 F. Supp. 395, D.D.C., 1948.

<sup>41</sup> PROSSER, W., ob. cit. pp. 401-402.

ción, falsa imagen y apropiación: la primera y la segunda requieren la invasión de algo secreto, reservado o privado del demandante; la tercera y la cuarta no. La segunda y la tercera dependen de la publicidad, mientras que la primera no y tampoco la cuarta, aunque usualmente la envuelve. La tercera requiere falsedad o ficción; las otras tres no. La cuarta envuelve un uso para provecho del demandado, lo cual no se da en el resto<sup>42</sup>.

La posición de Prosser ha sido muy influyente y permanece como una herramienta útil para clasificar los distintos objetos del derecho a la privacidad en el campo de los daños civiles. Su visión cuatripartita es asumida por el *Restatement on Torts*<sup>43</sup>, y luego por los más renombrados textos del ramo, incluyendo el del mismo Prosser<sup>44</sup>.

Ha sido, sin embargo, fuertemente criticada. Su más agudo crítico ha sido el profesor de Nueva York Edward Bloustein. En su opinión, Prosser se ha equivocado al disgregar el significado de la vida privada otorgando diferentes contenidos y finalidades a la figura. En su visión, hay un elemento común en las cuatro figuras de *torts* que describe Prosser y que permiten identificar cuándo la privacidad está siendo violada. La intrusión y la revelación pública de hechos no son sino una sola figura de intromisión en los asuntos privados cuyo agravio consiste en la pérdida de dignidad a la que es sometido el afectado. Igual humillación se produciría en los casos de apropiación del nombre o de la apariencia y en los de publicación de una imagen falsa. En definitiva, "lo que distingue la invasión de la privacidad como un ilícito [*tort*] de otras formas de ilícitos [*torts*] es que aquella envuelve un insulto a la dignidad humana"<sup>45</sup>.

La crítica de Bloustein no es persuasiva. En efecto, la intención de Prosser no era más que describir, de un modo sistemático y relativamente coherente, el estado jurisprudencial del concepto de privacidad. Bloustein en cambio asume una posición normativa e intenta buscar cuál es el interés general que ampara el Derecho al reconocer la vida privada como objeto de protección<sup>46</sup>.

#### b) Una noción tripartita

Otros autores creen poder caracterizar la esencia del derecho a la privacidad identificando sus modos operativos en tres funciones o caracteres.

Así, por ejemplo, Judith DeCew sostiene que "la privacidad es mejor comprendida como un concepto grupal [*cluster concept*] que cubre varios intereses privados, e incluye aquellos que dicen relación con el control sobre la información y nuestras necesidades de independencia, así como aquellos que dicen relación con nuestra habilidad para expresarnos por sí mismos y para formar relaciones sociales"<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> PROSSER, W., ob. cit., p. 407. Señala que "obviamente esta es un área en la cual uno debe ir muy cautelosamente. La dificultad no es menor por el hecho que a menudo dos o más de estas formas de invasión pueden darse en un mismo caso, e incluso son concebibles las cuatro juntas" (p. 408); por ejemplo, el demandado entra en la casa del demandante, roba su fotografía y la publica con falsas afirmaciones acerca del demandante en sus anuncios (p. 408, nt. 199).

<sup>43</sup> El § 652.A. del *Restatement* establece el principio general en materia de privacidad, y señala que el derecho a la privacidad es lesionado por: a) una irrazonable intrusión en la soledad de otro; b) apropiación del nombre o apariencia; c) irrazonable publicidad dada a la vida privada de otros y d) publicidad que irrazonablemente coloca a otro en una falsa imagen delante del público. Los párrafos siguientes concretizan cada una de estas cuatro formas de lesión de la vida privada (Cfr. *Restatement of the Law*, second, *Torts* 2d, adaptado y promulgado por The American Law Institute, St. Paul, Minnesota, 1977).

<sup>44</sup> KEETON, W. Page (edit), *PROSSER and Keeton on Torts*, West Publishing, 5ª edic., Saint Paul, Minnesota, 1984, pp. 849 y ss. Sin embargo al análisis de la visión cuatripartita se agrega ahora un comentario sobre la "constitutional expansion" del concepto que incluye la autonomía en la adopción de decisiones personales.

El *torts* de cuatro caras es también asumido por Henderseon, J. A., Pearson, Richard N. y Siliciano, John, *The Torts Process*, Little, Brown and Company, 4ª edic., Boston, 1994, pp. 929 y ss.; Emanuel, Steven L., *Torts*, Emanuel, 5ª edic., Nueva York, 1994, pp. 438 y ss.; Dobbs, Dan B. y Hayden, Paul T., *Torts and compensation*, West Publishing Co, S. Paul, Minnesota, 1997, pp. 937-938.

<sup>45</sup> BLOUSTEIN, E., "Privacy as an aspect..." cit., p. 1003.

<sup>46</sup> En ese sentido, Wacks, Raymond, "The poverty of 'privacy'" en *The Law Quarterly Review*, 96, pp. 75 y 76.

<sup>47</sup> DE CEW, J., ob. cit., p. 73

Este concepto incluye tres aspectos, que ella denomina *informational privacy*; *accessibility privacy* y *expressive privacy*. La *informational privacy* se refiere al control de la información sobre uno mismo; la *accessibility privacy* se centra en las observación y proximidad física a una persona aunque no haya información o conocimiento; y finalmente la *expressive privacy* protege una esfera para expresar la identidad o personalidad de cada cual a través de la palabra o de la actividad<sup>48</sup>.

Ruth Gavison por su parte piensa que la privacidad es correctamente comprendida si se considera que ella envuelve los siguientes tres aspectos: *solitude*, *secrecy* y *anonymity*. En el primer aspecto, *solitude* comprende la inaccesibilidad física; el segundo *secrecy* el conocimiento que los demás pueden tomar de nosotros; y el tercero *anonymity*, la forma en que uno puede ser objeto de atención por parte de los demás<sup>49</sup>.

### c) Nociones bipartitas

Un concepto de privacidad que tiende a verlo bifurcado en dos dimensiones es el que podemos encontrar en la doctrina francesa de Kayser. De acuerdo a la posición de este autor, la vida privada contempla dos posibles facetas: el *secret du la vie privée* y la *liberté de la vie privée*. La primera incluye la exclusión del conocimiento de aspectos de la vida personal y familiar; la segunda dice relación con el poder de conducir la vida privada del modo que parezca más conveniente.

Aunque podría decirse que la libertad de la vida privada engloba el aspecto de secreto, Kayser prefiere hacer la distinción: "Existen razones muy fuertes para mantener la distinción del secreto y de la libertad de la vida privada. Una y otra tienen un objeto diferente; el secreto, es decir, la opacidad para otros de la vida personal y familiar, la libertad, es decir, el poder de una persona de tomar los partidos que le parezcan mejores para esta parte de su vida. Corresponden a comportamientos diferentes: el secreto, al retiro junto con el cónyuge y los hijos al hogar, al domicilio, sede privilegiada de la vida privada; la libertad, a la salida de este retiro para desarrollar su personalidad física, intelectual, moral, espiritual"<sup>50</sup>.

Se trata de dimensiones de distinto objeto y contenido. Kayser piensa que la libertad de la vida privada tiende a reconocer como libertades particulares, la libertad corporal, la libertad de desplazamiento y la libertad de conciencia. Entre el secreto de la vida privada y la libertad de la vida privada existen relaciones, ya que la vida privada de una persona que es objeto de investigaciones o de divulgaciones no es verdaderamente libre, está entrapada en su desarrollo por el conocimiento de los otros. La intervención de la autoridad pública en el secreto de la vida privada es más grave ya que deja a las personas expuestas a discriminaciones injustas. "Estas relaciones –dice Kayser– entre la protección del secreto y de la libertad de la vida privada permiten reunir las en la noción de respeto de la vida privada"<sup>51</sup>.

En verdad, pareciera que la distinción de Kayser debiera llevar a la unificación, y más bien, la subsunción de la privacidad en el concepto de libertad personal.

### 3. Un derecho de configuración gradual

Ante la constatación de que toda persona resguarda con mayor precaución la reserva de ciertas relaciones más próximas y con una precaución atenuada la reserva de relaciones de

<sup>48</sup> DE CEW, J., ob. cit., pp. 75-77.

<sup>49</sup> GAVISON, R., ob. cit., pp. 350 y ss: "Una pérdida de privacidad ocurre cuando otros obtienen información acerca de un individuo, le ponen atención, o ganan acceso a él. Estos tres elementos de secreto [*secrecy*], anonimato [*anonymity*] y aislamiento [*solitude*] son distintos e independientes, pero interrelacionados, y el complejo concepto de privacidad es enriquecido más que cualquier definición centrada en solo uno de ellos" (pp. 428-429).

<sup>50</sup> KAYSER, Pierre, *La protection de la vie privée par le droit*, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 3ª edic., Paris, 1995, p. 12.

<sup>51</sup> KAYSER, P., ob. cit., p. 17.

mayor alcance o extensión, se ha formulado la teoría alemana de las esferas (*Sphärentheorie*)<sup>52</sup>. Según esta tesis existirían tres tipos de esferas: la esfera íntima o del secreto (*Geheimsphäre*), la esfera privada (*Vertrauenssphäre*) y la esfera social (*Privatsphäre*). La esfera íntima gozaría del grado de protección más alto, la esfera confidencial tendría protección en cuanto el sujeto participa de sus asuntos a personas de confianza, y finalmente estaría la esfera de la vida privada que comprende los comportamientos, noticias y expresiones que el sujeto no desea que se conozcan públicamente.

Base o centro de esa teoría es la esfera íntima (esfera interior) la cual "es la última área intangible de la libertad de una persona ... y que excluye la influencia/intervención de todo el poder público"<sup>53</sup>. La protección de la esfera íntima es la más fuerte: incluye el mundo interior tanto de los sentimientos como de los pensamientos, con sus manifestaciones exteriores, como por ejemplo cartas confidenciales, estado de salud, etc. Alrededor de este núcleo la Corte Constitucional Federal concibió la esfera privada que aunque está sometida a los límites del artículo 2 inc. 1° de la Constitución (orden constitucional, ley moral y los derechos de los demás) puede ser intervenida considerando el principio de la proporcionalidad. Esta esfera abarca la vida familiar y la vida en el ámbito de la casa, la vida particular en general incluso, según las circunstancias, hasta ámbitos exteriores<sup>54</sup>. Dentro de esta esfera podrían incluso incluirse, dependiendo de las circunstancias del caso, los accidentes. En consecuencia, si no existe una razón o motivo especial, no hay derecho a informar sobre estas ocurrencias señalando a los involucrados con su nombre<sup>55</sup>. No obstante, la protección de la esfera íntima y privada depende también de la actitud de la persona hacia los medios de comunicaciones: quien se presenta públicamente y da entrevistas disfruta de una protección menor que la persona que no lo hace.

En último lugar se encuentra la esfera externa, la llamada esfera social, en la cual se puede intervenir bajo requisitos menos estrictos. Ella protege el derecho a la autodeterminación y resguarda la particularidad personal del hombre en sus relaciones con el medio ambiente, con su actuación pública, económica y profesional<sup>56</sup>. También en esta esfera a cada persona le debe estar reservado el derecho de decidir a cuál público quiere revelar algo personal. El ámbito o espacio de la vida y del libre desenvolvimiento de la personalidad sería demasiado restringido si existiera siempre el peligro ser expuesto a una publicidad mayor de la que esa persona estaba buscando a través del contacto social<sup>57</sup>.

Pertencen también a la esfera social los procedimientos de investigaciones penales (sumarios penales). La publicación de un sumario no corresponde necesaria o automáticamente a la salvaguardia legítima de los intereses a la información<sup>58</sup>. No obstante, se puede decir, generalmente, que en el caso de la información sobre crímenes actuales prevalece el interés general a la información sobre la protección de la personalidad.

Una definición exacta de las distintas esferas, desde la intangible esfera íntima hasta la poco protegida esfera social, ha sido desde el principio un problema, porque las distintas esferas son difíciles de diferenciar y, además, para las distintas personas pueden tener un diferente contenido. Por esta razón, la teoría de las esferas ha sido criticada fuertemente en la misma Alemania. En su famosa sentencia sobre el censo estadístico ("*Volkszählungsurteil*") la Corte Constitucional Federal se alejó de esa teoría en cuanto se trate de informaciones o

<sup>52</sup> La teoría de las esferas es atribuida a Hubmann, H., *Das Persönlichkeitsrecht*, 2. Auflage, Köln/Graz, Böhlau, 1967 (1ª edición en 1953), pp. 268 y ss.; y *Der Zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*", JZ, 1957, p. 524, citado por MARTÍN MORALES, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Civitas, Madrid, 1995, p. 27.

<sup>53</sup> Sent. Corte Const. Fed. 6, 32/41; Corte Const. Fed.: 38, 312/320.

<sup>54</sup> Corte Suprema Federal NJW 1996, pág. 1128.

<sup>55</sup> KÖLN AfP 78, pág. 1448.

<sup>56</sup> Palandt § 823, N° 178.

<sup>57</sup> Corte Suprema Federal NJW 81, pág. 1366.

<sup>58</sup> Wenzel en *Handbuch des Äußerungsrechts* N° 5.57.

intervenciones en la información. Ya no hace depender la protección de la información según sea la esfera de la cual emana. La razón de ello es que a través del procesamiento y relación de los datos, especialmente en consideración de las posibilidades técnicas de hoy y de su rápido desarrollo, un dato o una información en sí insignificante puede alcanzar un significado nuevo e importante, de manera que la diferenciación de las esferas separadas o singulares ya no ofrece una protección suficiente en este ámbito<sup>59</sup>.

En Francia, la distinción entre intimidad y vida privada ha sido consagrada por la intervención legislativa de 1970 que introdujo en el art. 9.2 de la Código Civil la posibilidad de pedir medidas urgentes cuando se lesione "la intimidad de la vida privada". De esta manera, se señala que no todos los atentados a la vida privada pueden ser objeto de este procedimiento de urgencia, sino solamente aquellos que recaen sobre "un círculo más pequeño correspondiente a la parte más secreta, la más cubierta, conforme a la etimología de íntimo, que es el superlativo de lo interior"<sup>60</sup>.

En Chile, defiende esta forma de concebir la privacidad el profesor Cea Egaña. Habría en primer lugar una esfera de la intimidad, que se refiere a datos sensibles, o a "lo que dice relación con la configuración del yo, en lo más secreto de la conciencia, o del físico, o de las actitudes, o de los gustos, o de la manera de ser de cada persona"<sup>61</sup>. Luego estaría la esfera de la privacidad, que dice relación con "informaciones que no son tan sensibles, pero que siguen siendo hechos o circunstancias que tienen al titular de ella como único y exclusivo interesado en mantenerla bajo reserva, confidencia o secreto"<sup>62</sup>. La Corte de Puerto Montt en sentencia de 18 de marzo de 1997, resolviendo un recurso de protección relativo a informaciones comerciales (DICOM) hace algunas consideraciones generales sobre el derecho a la vida privada, y distingue entre "la esfera íntima que solo corresponde a cada persona en particular y que no está dispuesto a compartir con nadie" y "la vida privada que sí puede compartirse con determinadas personas" (C. Pto. Montt, 18 de marzo de 1997, *RDJ* t. 94, sec. 5<sup>a</sup>, p. 193). La distinción no tiene ninguna importancia para el caso que se resuelve.

#### 4. *Las posiciones negativas*

Hay quienes finalmente desesperan de la posibilidad de ofrecer un concepto claro y preciso de la privacidad. En este sentido, para el derecho inglés Raymon Wacks ha sostenido que el debate por tratar de fijar un concepto de privacidad es a la vez estéril y fútil. Es estéril porque las definiciones ofrecidas no parten de los mismos materiales ni de los mismos objetivos ni de las mismas perspectiva de análisis, lo que impide señalar una como más adecuada que otras. Es fútil porque cuando en un sistema los tribunales o la ley hablan de privacidad, privacidad será lo que ellos digan<sup>63</sup>.

Otros piensan que el único camino por el cual es posible delimitar la vida privada es la vía de recurrir al concepto de vida pública, de manera de señalar que será parte de la privacidad de una persona lo que no pertenezca a su vida pública<sup>64</sup>.

Finalmente, una alternativa que prefieren algunos autores es la enumeración no taxativa de aspectos, hechos o circunstancias que componen la vida privada de una persona en los casos ordinarios. Así, por ejemplo, Lindon señala que son elementos de la vida privada: "a)

<sup>59</sup> Sentencia Corte Const. Fed. 80, 367/373ff.

<sup>60</sup> KAYSER, P., ob. cit., p. 351. Aunque señala que la distinción no ha sido utilizada por la jurisprudencia.

<sup>61</sup> CEA EGAÑA, José Luis, "Derecho constitucional a la intimidad y a la honra", en *Revista de Derecho U. Católica del Norte*, año 5, 1998, p. 32.

<sup>62</sup> CEA EGAÑA, J. L., "Derecho constitucional..." cit., p. 32.

<sup>63</sup> WACKS, R., ob. cit., pp. 73-75.

<sup>64</sup> RIGAUX, François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Établissements Émile Bruylant, Paris, 1990, N° 639. Martin, Lucien, "Le secret de la vie privée", en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1959, p. 230, señala que la manera de solucionar el problema de la definición es determinando las fronteras entre vida pública y privada.

su vida familiar (especialmente su filiación, matrimonio, y eventualmente su o sus divorcios), b) su vida amorosa, c) su imagen, d) sus recursos y los impuestos que paga, e) su tiempo libre”<sup>65</sup>. En el mismo sentido, la conocida conclusión de la Conferencia de Juristas Nórdicos celebrada en Suecia en 1967 y que reconoce diez formas de lesión a la vida privada<sup>66</sup>.

## II. UNA PROPUESTA DE REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS DE VIDA PRIVADA Y DERECHO A LA PRIVACIDAD

### 1. *La vida privada como realidad antropológica*

La aspiración al respeto de la vida privada es un elemento esencial e ineludible de la vida humana. Una sociedad en la que todo está expuesto en forma constante e indiscriminada a todos sus integrantes no parece ni admisible ni factible. Con mayor o menor grado de extensión un ámbito de reserva y de exclusión del conocimiento indiscriminado se produce en todas las comunidades humanas, cualquiera sea su desarrollo o nivel cultural.

Por eso, puede decirse que la intimidad o privacidad es una realidad de tipo antropológico, pertenece a la forma de ser del hombre y de las necesidades más esenciales de la naturaleza humana y de su forma de establecer relaciones y vínculos, en los que funciona la comunidad.

La vida privada como realidad antropológica puede ser objeto de estudio empírico y entonces estaremos frente a una cuestión fáctica. Dependiendo de las características de cada sociedad, su grado de civilización, sus modos de organización, sus niveles de tecnologización, etc., habrá más o menos vida privada.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse, en las sociedades premodernas es posible que el ámbito de lo privado hubiera sido más restringido que en nuestras sociedades. En efecto, la cercanía a los demás en que se desenvolvía la vida de cada uno en la villa o aldea producía que muy pocos hechos pudieran escapar del escrutinio de la colectividad.

En las sociedades industrializadas, si bien se producen medios tecnológicos de gran alcance para invadir los espacios íntimos, partiendo por la fotografía y llegando a los mecanismos de vigilancia electrónica, lo que se valora como vida privada presenta una mayor extensión. No es descartable la idea de que el incremento de los medios invasivos en buena medida ha sido ocasionado por la extensión de los límites de la intimidad de las personas en las sociedades modernas y postmodernas.

En todo caso, para evitar confusiones debe distinguirse si lo que estamos tratando de conceptualizar como privacidad es su dimensión o sentido antropológico (es decir, fáctico) o su dimensión como realidad normativa (es decir, jurídica). La metodología de la definición, sus alcances y limitaciones son diferentes si pretendemos meramente describir lo que en una sociedad determinada se “vive” como ámbito privado de actuación personal.

Cuando, en cambio, deseamos captar la noción como un concepto jurídico, aunque sin olvidar la vertiente antropológica que nos da una base de sustentación, debemos ir más allá tratando de comprender el por qué “debe” existir un ámbito privado y cómo debe protegerse.

### 2. *La vida privada como bien jurídico*

Dando un paso más, podemos llegar a la idea de que la privacidad es, no solo una realidad antropológica, sino además una realidad jurídica. La gente no solo “vive” un determinado

<sup>65</sup> LINDON, R., ob. cit., p. 16. Agrega que también conviene examinar la vida profesional y la salud.

<sup>66</sup> Sus conclusiones están publicadas en la obra Imperio del Derecho y derechos humanos, Principios y definiciones, Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 1967, pp. 63 y ss. Las conclusiones fueron publicadas por la revista francesa *Gazette des Palais* el 26 de agosto de 1967. Cfr. NOVOA MONREAL, Eduardo, *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Siglo veintiuno, 4ª edic., Bogotá, 1989, p. 30, nt. 23 y p. 38.

ámbito de realización y actuación personal, sino que además siente que existe un “deber” de que dicho ámbito sea protegido y respetado.

De esta forma, la vida privada o la privacidad pasa a ser un bien o valor jurídico, en el sentido de que se trata de una realidad que el instrumento de convivencia social que es el Derecho percibe como un bien que debe ser jurídicamente potenciado y amparado, a través de los diversos mecanismos que el ordenamiento utiliza para tales fines.

En este sentido, por tanto, la privacidad es una situación, cualidad o característica que, por diversos medios, el Derecho busca reconocer, respetar y proteger.

### 3. *La configuración de la privacidad como bien jurídico*

¿Qué es la privacidad como bien jurídico? Esta es la pregunta que a nuestro juicio resulta útil formularse para establecer un mecanismo jurídico de identificación de intereses y de principios que pueden regir los diversos aspectos en los que se presenta el valor que denominamos vida privada.

Nos parece que las posiciones negativas, que rodean el problema tratando de identificar las funciones o una tipología de aspectos más relevantes del contenido de la privacidad, escabullen la cuestión.

Las concepciones que se refieren a la intensidad de protección, intentan más que ofrecer un concepto útil para efectos dogmáticos y axiológicos, proporcionar criterios para discernir en qué momentos existe un agravio a la privacidad que merece la reacción del aparato judicial.

Queda la duda entre si es posible articular un concepto unitario que unifique todos los posibles aspectos que razonablemente pueden identificarse como atingentes a lo privado, o, si por el contrario, es factible solo ofrecer un concepto de contenido múltiple en que se incluyan dimensiones o aspectos de naturaleza diversa y que solo resultan unificados por relacionarlos con una misma “etiqueta”.

Pareciera que lo razonable, y lo que acostumbramos en Derecho, es que los conceptos excluyan la variación del contenido, ya que de lo contrario la realidad que pretendemos definir resulta atomizada en direcciones que no son confluyentes. No parecen plausibles ni fácilmente manejables conceptos de privacidad que varían drásticamente de contenido y de sentido específico dependiendo del contexto lingüístico en el que son utilizados.

Por otra parte, es preferible ofrecer un concepto estricto de privacidad que un concepto inflacionista. Un concepto estricto del bien jurídico “vida privada” tiene la ventaja de proporcionar al legislador, al juez, y al intérprete una herramienta de contornos relativamente acotados y que le otorga sentido específico frente a otros bienes o derechos.

### 4. *Intromisión, difusión, utilización, distorsión y discreción*

Para determinar el contenido de este concepto de vida privada hemos de analizar las distintas vertientes en las que se desenvuelven las definiciones que han sido mencionadas más arriba. A nuestro juicio, esas líneas de privacidad pueden ser denominadas como: *intromisión, difusión, utilización, distorsión y decisión*. Nos explicamos.

Cuando nos referimos a *intromisión* aludimos a la privacidad en cuanto interés de que un tercero no se introduzca en espacios de vida personal que no le conciernen. Esta intromisión puede ser directa, si el intruso interfiere de un modo personal en el espacio reservado, o indirecta, si el intruso utiliza mecanismos que le permiten interferir a distancia y sin que sea percibido por el afectado.

La intromisión directa puede, a su vez, ser corporal o presencial. Es corporal cuando el intruso llega al contacto con la corporeidad del sujeto afectado. Es intromisión presencial cuando el intruso viola los espacios de reserva aproximándose al sujeto afectado, pero sin llegar al contacto corporal.

Ahora bien, no toda forma de intromisión puede ser calificada de lesión a la vida privada. En efecto, como lo hace ver Powers, hay intromisiones corporales que dicen relación con otros bienes jurídicos y que, por lo tanto, deben quedar excluidas del concepto de privacidad. Así, por ejemplo, si una persona golpea a otra, es claro que está interfiriendo con ella y ha existido lo que llamamos una intromisión corporal, pero no hay aquí atentado a la intimidad, sino más bien a la integridad física. Si el contacto corporal llega a producir la muerte, habrá una lesión al bien jurídico de la vida humana. Si la intromisión consiste en el secuestro de una persona, no hay violación de la privacidad, sino un atentado contra su libertad. Si un ladrón entra en una casa a robar no hay propiamente violación de la intimidad, sino un atentado contra la propiedad.

¿Cuáles son entonces las intromisiones que pueden caer dentro del concepto de vida privada? A nuestro juicio, tienen razón tanto Powers como Parent al señalar que solamente aquellas intromisiones que tienen por fin y resultado la adquisición de un conocimiento de un hecho o circunstancia reservada pueden quedar incluidas dentro del concepto de vida privada. Como señala Parent, si el ladrón al introducirse en una casa comienza a revisar papeles y documentos reservados del dueño de casa y descubre un hecho que no era conocido por el público, entonces habrá lesión también de la intimidad.

Se trata por tanto siempre de una intromisión cognoscitiva; es decir, encaminada a la obtención de conocimiento de hechos personales. La discusión que se produce sobre si la intromisión debe proporcionar la adquisición de un conocimiento nuevo o no, debe resolverse a nuestro juicio con una reflexión que supera esa alternativa. Cada vez que hay aprehensión cognoscitiva existe siempre la adquisición de un conocimiento nuevo. Los ejemplos que Judith Cedew opone a Parent como el de la cantante de ópera que es escuchada sin quererlo, o el del marido divorciado que observa el cuerpo de su mujer que toma una ducha, no son hechos en los que no existe adquisición de nuevo conocimiento. Aunque el intruso conocía ya cómo cantaba la cantante de ópera o cómo era el cuerpo de su ex mujer, ello no significa que ahora no esté adquiriendo un conocimiento distinto respecto de un hecho que es nuevo en su realización temporal y en sus circunstancias concomitantes: el que escucha a la cantante de ópera se entera que ella está en ese momento cantando, que ella canta una determinada aria, que la canta con un registro tal o cual, etc. Lo mismo puede decirse del marido que espía a su mujer.

Veamos ahora qué sucede con la *difusión*. Con este término queremos aludir a los supuestos en los que el resultado cognoscitivo de la intromisión viene a ser revelado a otra u otras personas. Por cierto, el grado de mayor de difusión se produce cuando los resultados de la intromisión son expuestos indiscriminadamente al público mediante su inclusión en los medios de comunicación social. ¿Es la difusión una forma de atentar contra la privacidad? Nos parece que la respuesta debe ser afirmativa, puesto que si la intromisión cognoscitiva debe censurarse como tal, en vista de que un tercero ajeno toma conocimiento de una situación reservada, con mayor razón deberá concluirse lo mismo si la cognoscibilidad se amplía a otras personas o incluso a cualquier persona.

Pero para efectos definitorios, es menester preguntarse si el hecho de la difusión es realmente diverso de la intromisión. Podría decirse que cuando hay difusión no hay más que una intromisión, solo que a mayor escala. No obstante, el hecho de que la intromisión pueda realizarse por diversas personas que la difusión, así como que puede no haber intromisión ilegítima, pero sí difusión ilegítima (por ejemplo, si una persona es autorizada a presenciar un hecho reservado y luego lo ofrece a la publicidad sin el consentimiento del interesado), nos obligan a considerar el supuesto "difusión" como distinto de la intromisión, si bien muchas veces se darán conjuntamente. La dimensión cognoscitiva en la difusión aparece como finalidad y no solo como resultado: la difusión persigue ofrecer un nuevo conocimiento.

De este modo, la privacidad incluye la intromisión y la difusión cognoscitiva.

Pasemos enseguida al análisis del tercer posible componente de la definición: la *utilización*. Nos referimos con este vocablo a lo que Prosser denomina apropiación del nombre o de la apariencia de la víctima, y a lo que el Derecho latino-continental se ha dado en llamar

“derecho a la imagen”. Estamos entonces ante un supuesto en el que no ha existido ni intromisión ni difusión, sino solo una utilización de una imagen de la apariencia física, la voz, o los rasgos fisonómicos característicos de una persona que han sido captados en su vida pública. Nos parece que estos casos deben quedar fuera del ámbito de la privacidad puesto que no existe un fundamento común con los dos aspectos que son más centrales al concepto: la intromisión y la difusión. En efecto, en la utilización predomina un interés lucrativo más que cognoscitivo. No se trata de dar a conocer la figura de una persona, sino más bien de relacionarla con un producto o servicio de carácter comercial. La *utilización* podrá quedar vedada por un interés diferente como el derecho al nombre o el derecho a la imagen, y no es necesario introducirla en el concepto de privacidad.

Algo similar sucede con la *distorsión*. La distorsión de la personalidad de un sujeto realizada a través de colocar su figura o imagen de un modo que vulnera su auténtica individualidad (o sea, lo que Prosser llama “*false light in an public eye*”) excede los contenidos intuitivos de lo que llamamos vida privada. Por el contrario, en estos supuestos no hay un fin o resultado cognoscitivo, sino más bien un objetivo de adulteración del conocimiento obtenido sobre una determinada persona. Nuevamente los hechos en los que se presente esta distorsión podrán configurar una lesión a un derecho de la personalidad diverso, como el derecho a la identidad, más que un atentado a la intimidad.

Llegamos, finalmente a la *discreción*. Con esta palabra queremos indicar el aspecto que se ha añadido al concepto original de privacidad en el derecho norteamericano y francés en el sentido de incluir la libertad o autonomía para adoptar de un modo discrecional decisiones sobre asuntos personales del sujeto. ¿Es la autodeterminación o libertad de la vida privada un aspecto que debe incluirse dentro del concepto de privacidad?

Existen argumentos para sostener una respuesta afirmativa. Puede decirse que si la privacidad promueve un espacio de reserva para intereses personales es natural que proteja también la forma en que los individuos desean conformar ese ámbito privado y la dirección hacia la cual lo orientan. En segundo lugar, puede señalarse que así como la privacidad excluye toda intromisión ilegítima de otras personas así también debe vedar las injerencias del Estado que consisten en la coacción o represión de ciertos comportamientos o conductas.

Sin embargo, los argumentos en contra de la inclusión de la decisión como componente de la privacidad son fuertes<sup>67</sup>.

En primer lugar, cabe decir que son cualitativamente distintas las injerencias a que se refiere la intromisión y la difusión de aquella a la que alude la discreción. Mientras las primeras tienen su centro en evitar el conocimiento ajeno o indiscriminado de ciertos hechos reservados, en la segunda no existe ya ninguna connotación cognoscitiva: no se trata ni de evitar el conocimiento por parte del Estado ni de obtener ese conocimiento. Se trata de prohibir al Estado intervenir a través de los medios jurídicos de control vedando ciertos comportamientos con independencia de si se realizan en ámbitos reservados o públicos. Por ejemplo, cuando se afirma que la privacidad exige que el Estado permita a la mujer embarazada decidir sobre si debe o no tener un niño, no se apunta a si ese hecho se mantendrá reservado o se hará público, sino solo a que no debe el Estado coartar esa decisión, cualquiera que ella sea. De esta manera, la finalidad esencial de la privacidad que es la de excluir ciertos hechos del conocimiento ajeno no parece darse en estos supuestos.

En segundo lugar, como sostienen varios autores norteamericanos críticos del crecimiento explosivo que ha tenido el concepto de privacidad con la inclusión del aspecto de *decisión*, al utilizar la noción de privacidad para proteger ciertos ámbitos de decisión personal se incurre en confusión entre el bien jurídico “privacidad” y el bien jurídico “libertad” o, si se quiere, “autonomía personal”. Incluso se llega a pensar que libertades tan fundamentales como la de

<sup>67</sup> Nosotros mismos los hemos admitido en un escrito anterior en el que analizábamos la privacidad de la familia como comunidad. Cfr. CORRAL TALCIANI, Hernán, “Vida familiar y derecho a la privacidad” en *Revista Chilena de Derecho* vol. 26, N° 1, pp. 76-78.

movimiento o la de pensamiento, no son sino expresiones de la libertad más global que sería la privacidad. Esta identificación entre libertad y privacidad es distorsionadora de conceptos y lleva a esterilizar cualquier intento serio de otorgar especificación al valor de la vida privada.

En tercer lugar, hay que decir que los esfuerzos de los autores que defienden la decisión como aspecto de la privacidad para distinguir aquellas decisiones personales que caerían dentro de la privacidad, de aquellas que quedarían incluidas solo en el concepto de libertad o autonomía, no resultan convincentes. Se sostiene, por ejemplo, que la privacidad se referiría solo a aquellas relaciones en las que hay un elemento de autoexpresividad que supera la visión individualista<sup>68</sup>. Otros indican que serían aquellas decisiones que contribuyen a proteger la identidad de las personas dentro del conglomerado social, y sobre todo su identidad sexual<sup>69</sup>. En una visión diferente se sostiene que lo que justifica las normas protectoras de la privacidad sería el permitir la inversión emocional en roles de autoexpresividad<sup>70</sup>. Finalmente, hay quienes ofrecen como criterio orientador para delimitar privacidad y libertad el que las decisiones que se refieren a la privacidad tienden a evitar que el Estado imponga modelos estandarizados de conducta que le permitan instaurar un totalitarismo<sup>71</sup>. Ninguna de estas explicaciones proporciona un criterio claro para delimitar privacidad y libertad. Si se trata solo de relaciones autoexpresivas ¿cómo indicar aquellas que son autoexpresivas de aquellas que no lo son?; ¿existen realmente relaciones humanas que no sean expresiones de la individualidad o autoexpresivas? El criterio de la identidad sexual presenta similares inconvenientes, y además uno que lo vuelve inaceptable incluso para los que defienden la privacidad como autonomía: si solo caben en el concepto de privacidad aquellas decisiones que sirven para definir la individualidad en términos de roles sexuales, será el mismo Estado el que a través de las normas protectoras de la vida privada el que dictamine sobre cuáles conductas son funcionales para incrementar la identidad y cuáles no, lo que puede incrementar el poder gubernamental<sup>72</sup>. El reclamo de que solo las prohibiciones de conducta que tiendan a la uniformidad o estandarización de los estilos o modos de vida no resulta más plausible, ya que

<sup>68</sup> SCHOEMAN, F., ob. cit., p. 21: "Claramente, la gente necesita alguna autonomía en orden a desarrollar roles expresivos de aspectos de sí mismo. El punto de tal autonomía, sin embargo, es no separar a la persona de la entera red de relaciones, sino posibilitarle conformar estas relaciones, hacer elecciones y contrabalancear entre las posibles relaciones, y desarrollar prospectos de profundas relaciones. Las nociones de privacidad e intimidad son sugestivas de estas posibilidades... Privacidad y no autonomía es la categoría apropiada para conceptualizar los roles expresivos de un dominio porque sitúa el dominio finalmente en lazos relacionales y no en fronteras individualistas".

<sup>69</sup> GEREY, T., ob. cit., p. 236.

<sup>70</sup> Así SCHOEMAN, Ferdinand David, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, U.S.A., 1992, p. 15, reconoce dos tipos de normas en el tema de la privacidad: un tipo de normas restringen el acceso de terceros a un individuo en un contexto donde la conducta desarrollada es rígidamente definida por normas sociales y provista de poca discrecionalidad (por ejemplo, el acto de defecar). Otras normas restringen el acceso a terceros a un individuo en un cierto dominio donde el individuo es provisto de una amplia discrecionalidad respecto de cómo actuar en él. Estas últimas son las centrales en la cuestión: "Mi punto es que en el centro de un tipo de normas de privacidad existe una autoexpresión [*self expression*] dentro de una relación, proveyendo discrecionalidad para los agentes involucrados" (p. 19).

<sup>71</sup> RUBENFELD, J., ob. cit., p. 784: "El principio del derecho a la privacidad no es la libertad para hacer ciertos y determinados actos... Es la libertad fundamental de no tener la vida propia totalmente determinada por un progresivo y normalizador Estado... El peligro, por tanto, es un particular tipo de deslizamiento totalitario, una ocupación de las vidas individuales indefensas. Este es el peligro del cual Foucault y el derecho a la privacidad nos previene: una sociedad estandarizada y normalizada, en la cual nuestras vidas son substancial y rígidamente dirigidas. Esta es la amenaza que el poder estatal plantea en nuestro siglo".

<sup>72</sup> Cfr. RUBENFELD, J., ob. cit., p. 782, utiliza el caso del aborto para ilustrar esta incoherencia analítica que plantea la tesis de que la privacidad debe ser defendida en cuanto se trata de conductas que definen la identidad personal: esta tesis "debe defender el derecho al aborto sobre la base de que el aborto es esencial para la autodefinition de la mujer. Pero bajo la idea de que la mujer está definiendo su identidad al determinar no tener un niño está la premisa de los roles sexuales institucionales a través de los cuales la subordinación de la mujer ha sido mantenida por tanto tiempo. Solo si fuera 'natural' para una mujer querer tener niños -y antinatural si no lo haría sentido insistir en que la decisión de no tener un niño en un momento dado era centralmente definitivo para la identidad de la mujer". En nuestra opinión, la vocación de maternidad es claramente un elemento identificador de la persona femenina, pero el argumento de Rubenfeld es ilustrativo sobre la imposibilidad de fundar en la nociones de identidad personal la frontera entre privacidad y autonomía.

de nuevo la identificación de las conductas susceptibles de estandarización y las que no, es una labor que resulta imposible de abordar con criterios generales y objetivos. ¿Por qué por ejemplo debería caer en la privacidad el derecho a abortar o a realizar actos homosexuales (por haber una pretensión totalitaria de estandarización) y en cambio la privacidad no ampararía la violación, el incesto, el adulterio, la pornografía infantil, la violencia intrafamiliar y otros comportamientos que, desde un punto de vista puramente formal, son tan determinativos de un modelo de vida como los anteriores?

Nos asalta la sospecha que detrás de la explosión de la *privacy* en el Derecho norteamericano como un derecho a la libre decisión, y de muchos de los sectores de los que buscan recomprender la vida privada como libertad, está un cierto juicio previo sobre la legitimidad moral de ciertas conductas que eran y son reprobadas por la moral tradicional. Pareciera que el no abordar la legitimación jurídica de estos comportamientos a través de un debate centrado en los alcances de la libertad y los límites que le impone el interés público en resguardar valores como la moral y las buenas costumbres, y en cambio enfrentar el problema cambiando la retórica del discurso por una apelación a la privacidad, a la analogía de que en mi casa hago lo que quiero aunque sea inmoral ya que nadie me ve, tenía más perspectivas de éxito. En efecto, desde el punto de vista meramente retórico cuando afirmo que una determinada conducta pertenece al ámbito de mi intimidad de alguna manera estoy afirmando desde el comienzo, y sin discusión, que nadie puede impedírmela, incluso aunque sea contraria a valores éticos mínimos compartidos. En la batalla ideológica por sustituir la moral tradicional por otros enfoques éticos más acordes con la mentalidad liberal imperante, la privacidad fue y está siendo utilizada como un arma más. Pero desde el punto de vista jurídico, el debate en vez de ganar claridad se obscurece.

##### 5. Nuestra propuesta de definición

Hemos despejados los siguientes puntos hasta ahora: 1º) Que la privacidad se funda en la dignidad humana (interioridad que permite al hombre ser un fin en sí) y en su carácter relacional (que lo conecta con una red de relaciones en que unos son partes y otros terceros ajenos); 2º) Que la vida privada como bien jurídico se edifica sobre una realidad de corte antropológico pero es más que ella, ya que se trata de un concepto normativo no descriptivo; 3º) Que como concepto normativo la privacidad debiera obedecer a un propósito unificado y no a dimensiones fragmentadas y autónomas entre sí; 4º) Que la privacidad se pierde cuando existe una intromisión que permite tomar conocimiento de hechos personales reservados, o cuando existe una difusión de esos hechos a personas ajenas o a un público indiscriminado; y 5º) Que no hay pérdida de privacidad, sino en su caso, lesiones a otros intereses jurídicos, cuando se utiliza o distorsiona la apariencia ajena o cuando se regula o impide normativamente la adopción de ciertas decisiones personales, incluso en materias sexuales.

Estamos en condiciones, así, de ofrecer nuestro concepto de privacidad como bien jurídico: *es la posición de una persona (o entidad colectiva personal) en virtud de la cual se encuentra libre de intromisiones o difusiones cognoscitivas de hechos que pertenecen a su interioridad corporal y psicológica o a las relaciones que ella mantiene o ha mantenido con otros, por parte de agentes externos que, sobre la base de una valoración media razonable, son ajenos al contenido y finalidad de dicha interioridad o relaciones.*

En la definición concebimos la privacidad como una posición personal, que puede corresponder a una persona individual o a una entidad colectiva de carácter personal. Sobre la titularidad del bien jurídico nos detendremos más adelante.

Esa posición consiste en la inexistencia de intromisiones o difusiones cognoscitivas, en el sentido que hemos ya dejado asentado anteriormente.

El carácter cognoscitivo se refiere a hechos, entendido en su más amplia significación como todo lo que existe en la realidad. Estos hechos pueden referirse a la interioridad física o psicológica de la persona (sus pensamientos, sentimientos, anhelos no exteriorizados, impulsos de la emoción, etc.) o a relaciones con otros.

En las relaciones incluimos los vínculos de la persona con ciertas cosas, como por ejemplo con el hogar, las ropas y demás muebles de uso personal, así como también las relaciones interpersonales con otros individuos, de la más variada gama y en la más nutrida red de interconexiones sociales.

La intromisión o difusión han de ser perpetrados por agentes (personas, grupos o entidades colectivas) que sean externos a esa interioridad (por necesidad toda otra persona es externa a la interioridad psicológica) o a las relaciones (no son partes integrantes). Además, dichos agentes externos deben ser ajenos a esa interioridad o a esas relaciones, lo que quiere denotar que el tercero no debe tener un interés legítimo en esa relación que lo autorice a tomar conocimiento de ella. Esta "ajenidad" no puede apreciarse más que sobre la base de criterios de razonabilidad de un hombre medio, tomando en cuenta tanto la conducta anterior del sujeto, las circunstancias en las que se desenvuelve la relación y las costumbres imperantes en la sociedad.

De esta forma, pensamos, cubrimos el más amplio espectro de formas de comunicación y de expresión de las personas. Desde las relaciones más cercanas al individuo, como la relación conyugal, la relación parental (de él con sus hijos), y la relación filial (de él con sus padres), la relación con otros parientes o familiares, las diversas relaciones que mantiene con grupos de amistades de diferentes intensidades y funcionalidades, las relaciones personales desarrolladas en el ámbito de la empresa y el trabajo, las relaciones recreativas, deportivas o artísticas, las relaciones políticas y culturales, etc. Nos parece que un planteamiento como el señalado enriquece la teoría de las esferas en el sentido de que no se ven estas relaciones necesariamente como círculos concéntricos y de radio progresivo, sino más bien como una red tupida e interconectada de diversas figuras geométricas<sup>73</sup>. De este modo, habrá violación de la privacidad tanto si la suegra espía el dormitorio conyugal como si un detective privado escucha y difunde una conversación de un grupo de amigos que toman una cerveza en el bar de la esquina.

En este sentido, coincidimos con la aseveración de Schoeman de que es incorrecto el planteamiento dicotómico entre que una cosa es privada o no: "La privacidad también tiene un 'para algo' y un 'con alguna' dimensión. Una atribución de privacidad pertenece a ciertos sujetos (S), es acerca de ciertas materias (M), es relativa a ciertas personas (P), en ciertos roles (R), en ciertos contextos (C), y típicamente para ciertos objetivos asociativos (O). Característicamente, nosotros necesitamos conocer qué O es para apreciar la forma de relación privada. Por ejemplo, muchos aspectos de mi (S) matrimonio (M) son privados respecto de Norman (P), mi estudiante (R), durante el normal curso de los eventos (C) en orden a que yo puedo tener una especial relación con mi mujer (O). Variaciones en cualquiera de los términos indicados podrían cambiar la plausibilidad de esta demanda"<sup>74</sup>.

Ofrecemos este concepto como un intento por delimitar el contenido de la noción de privacidad en cuanto bien jurídico y distinguirlo de otros intereses o derechos personales.

<sup>73</sup> Así señala Schoeman, F., ob. cit., que "una importante función de la privacidad es ayudar a mantener la integridad de las diferentes esferas de vida. La privacidad ayuda a mantener tanto la integridad de las esferas íntimas contra las esferas más públicas como la integridad de las varias esferas públicas en relación una con otra". Y agrega: "La unidad básica objeto de la filosofía social y moral puede ser algo a la vez más grande y más pequeño que el individuo. Esta es las esferas de vida o vínculos asociativos que existen en este nivel de análisis, y tales esferas son a las vez más grandes y más pequeñas que el individuo. Son más pequeñas el sentido que los individuos típicamente participan en una multitud de esferas de vida: familia nuclear, familia extendida, amigos, asociación religiosa, trabajo, partido político, y así sucesivamente. Estas, por otro lado, comprenden algunas esferas más restrictivas. Son más amplias que el individuo porque para comprender estas esferas, debemos referirnos a otra gente, asociada por reglas. El modelo de círculos superpuestos donde cada círculo representa una persona es apto aquí. Estas intersecciones desplegadas envuelven a la vez menos y más que cada círculo".

<sup>74</sup> SCHOEMAN, F., ob. cit., pp. 106-107.

## 6. *El derecho a la privacidad*

Discernido lo que debemos entender por la vida privada como bien jurídico podemos entonces comprender lo que se pretende significar cuando se habla de un derecho a la vida privada o un derecho a la privacidad.

No todos los bienes jurídicos son objeto de protección y tutela a través del mecanismo de reconocer o instaurar derechos subjetivos a su titular. Pueden existir bienes jurídicos como la paz, la salud o el trabajo que merezcan protección a través de otras instancias y que no permiten o no es necesario utilizar la técnica de los derechos.

Es más, un bien jurídico puede admitir la construcción de un derecho subjetivo para otorgarle una protección máxima en su realización efectiva, pero al mismo tiempo puede seguir funcionando, para otros efectos, como un bien jurídico protegido por mecanismos diversos. Así, por ejemplo, la vida es un bien jurídico que permite y que exige su tutela a través de un derecho subjetivo fundamental, pero al mismo tiempo puede ser tutelada a través de reglamentaciones administrativas que determinan atenciones especiales cuando el bien jurídico pelagra o sanciones penales cuando se le infiere una lesión.

Lo mismo sucede, a nuestro juicio, con el bien jurídico "privacidad". Es evidentemente un bien jurídico que merece tutela a través de mandatos legales, provisiones administrativas, o incluso sanciones penales. Pero a la vez puede construirse como un derecho de la persona de manera de habilitarlo para prevenir, inhibir o reparar una injerencia indebida mediante el auxilio de la institucionalidad jurídica aun cuando no haya provisión normativa concreta que cubra esa situación.

## IV. DELIMITACIÓN

### 1. *Vida privada y honor*

El derecho a la privacidad tiene conexiones evidentes con el derecho al honor, tanto que el surgimiento del concepto de *privacy* en el Derecho angloamericano constituye justamente una separación del concepto de *defamation* que tiende a proteger la honra, mediante los llamados *slanders* y *libel* (forma típica de *torts*). Así Warren y Brandeis en su famoso artículo señalan claramente que el derecho de la difamación no es suficiente para proteger la intimidad, ya que se necesita un daño material en el sentido de comprobar que hay un perjuicio a la reputación, la intención directa de rebajarlo en la estima de los demás<sup>75</sup>.

En realidad, la protección del honor e incluso su configuración como un derecho subjetivo es anterior al surgimiento del derecho a la vida privada, y de alguna manera está ya mejor perfilado por el tratamiento jurisprudencial y legislativo en muchos ámbitos.

La privacidad y el derecho al honor tienen una estructura común: ambos son bienes jurídicos y derechos que se fundamentan en la inviolable dignidad de la persona humana. Además, muchas veces puede verificarse una conducta que lesione ambos intereses: por ejemplo, si se dan a la publicidad hechos íntimos y además se les falsea para perjudicar la reputación de la persona. De allí que a veces los tribunales no distinguen bien y hablen de una lesión del honor y de la intimidad. Lo mismo sucede en algunos preceptos, como la ley española y nuestra misma Constitución Política, que suelen ponerlos en paralelo uno junto al otro.

Pero existen notas distintivas que permiten delimitar el campo de operación de uno y de otro. Estas diferencias dicen relación con el objeto, con la intencionalidad del agente, y con la defensa del demandado.

<sup>75</sup> WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis, "The right to Privacy", en *Harvard Law Review* 4, 1890, p. 197.

En cuanto al objeto, la privacidad se distingue del honor puesto que la privacidad tiende a la protección de la persona de intromisiones o difusiones de hechos reservados, mientras el honor se dirige a la protección del honor subjetivo (o sea, la estimación que la persona siente por sí misma), y a la reputación u honra (esto es, el sentir objetivo de aprecio por la persona en el círculo social donde desarrolla su existencia). Puede lesionarse la intimidad sin afectar-se la honra, y viceversa<sup>76</sup>.

Si nos fijamos ahora en la intencionalidad del agente, podemos ver que la privacidad puede ser invadida aun cuando no exista una especial intención de perjudicar o dañar a la persona afectada. En cambio, es tradicional señalar que para que haya violación del honor, debe existir una intencionalidad específica de deshonrar, de dañar el concepto que la persona merece en el medio social. Es el conocido *animus iniurandis*, elemento característico de las figuras penales típicas que protegen el honor, como la injuria y la calumnia.

Finalmente, por su misma estructura, la *exceptio veritatis*, es decir la defensa del demandado de que el hecho difundido es ajustado a la realidad juega solo en el campo de operación del derecho al honor, y no así cuando existe una lesión al derecho a la privacidad. En efecto, tratándose de la vida privada la verdad de la revelación es un supuesto de la estructura del derecho: se reclama, no porque los hechos sean falsos o erróneos, sino porque, siendo verdaderos, no deben ser expuestos a terceros.

Solo por excepción la violación del derecho a la privacidad y al honor pueden darse conjuntamente. Como en el plano penal, puede hablarse de casos de concurso material y casos de concurso ideal. Existirá concurso material cuando el agente incurra en una conducta de intromisión que vulnera la intimidad y luego incurre en acciones que se dirigen a deshonrar a la persona afectada. Habrá concurso ideal si se revelan hechos reservados pero que además afectan la reputación del sujeto y se divulgan con la intención o ánimo de rebajar su estimación social<sup>77</sup>.

## 2. Vida privada e imagen

La relación entre intimidad y protección de la imagen es más cercana y difícil de delimitar que la existe entre vida privada y honor. En efecto, hay ordenamientos jurídicos en los que el derecho a la imagen ha suscitado protección como una especie de manifestación de la privacidad.

Como hemos tenido ocasión de ver, en el Derecho norteamericano se ha reconocido que la utilización del nombre o de la figura de una persona hecha con fines lucrativos y sin consentimiento del afectado, constituye una forma del ilícito civil denominado *privacy*. Así lo establece Prosser, y en general es seguido en esto incluso por sus oponentes. No obstante, de allí se deriva un *right to publicity*, que consiste no ya en impedir la difusión inconsciente de imágenes, sino en el derecho de explotar lucrativamente la imagen propia.

En el Derecho francés, el reconocimiento legal del derecho a la vida privada y la ausencia de una norma específica respecto de la protección de la imagen, ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a calificar el uso de la imagen como una forma de violación del derecho a la intimidad de la vida privada, que autoriza el uso de las medidas contempladas en el art. 9 del Código Civil<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> BUSTOS PUECHE, José-Enrique, "Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia", en GARCÍA SAN MIGUEL, Luis (ed.), *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 135, señala en este sentido: "En el derecho al honor, el bien jurídico tutelado es la honra, la estimación que uno tiene de sí y la estimación en que los otros le tienen. En el derecho a la intimidad, el bien jurídico amparado es la decisión de mantener reservada o secreta una parcela de la propia vida. El insulto humilla, escarnece, desestima a la persona. La revelación de una intimidad, no. Divulgar la situación económica de una persona, las enfermedades que padece o los novios o novias que tuvo en su juventud, en nada la deshonra porque nada vergonzoso hay en todo ello. Lo que sí es innegable es su derecho a la reserva respecto de tales eventos o circunstancias vitales, derecho que se conculca por la divulgación".

<sup>77</sup> Cfr. BUSTOS, J. ob. cit., p. 136.

<sup>78</sup> Por todos, KAYSER, P., ob. cit., pp. 183 y ss.

En el Derecho español, la ley orgánica 1/1982 es ambigua y no se pronuncia sobre si ella ampara tres derechos distintos (honor, intimidad e imagen) o si un solo derecho con tres caras. La jurisprudencia suele mezclar los conceptos de intimidad e imagen. Entre los autores tampoco hay claridad de criterios<sup>79</sup>.

Lo contrario ha ocurrido en Italia donde el derecho a la imagen aparece ya explícitamente consagrado en el art. 10 del Código Civil de 1942, y no así el derecho a la privacidad. Surge, entonces, la cuestión que ya hemos ilustrado sobre si la ley italiana reconoce la pretensión de intimidad como un derecho subjetivo comparable con el de la imagen. Mientras unos defienden la postura negativa sosteniendo que la consagración del derecho a la imagen excluye la construcción de un derecho a la privacidad, otros empleando el argumento analógico postulan que el derecho a la privacidad debe ser ampliamente reconocido y la protección de la imagen debe concebirse como una de las formas de aparición del *diritto alla riservatezza*<sup>80</sup>.

Aunque reconociendo que las fronteras entre la privacidad y el derecho a la imagen son tenues por estas conexiones en el surgimiento de ambas figuras jurídicas, pensamos que ellas existen y que el derecho a la imagen debe ser tratado como un bien jurídico, y, en su caso, un derecho autónomo e independiente de la privacidad<sup>81</sup>.

En efecto, el derecho a la vida privada tiene por objeto evitar comportamientos invasivos que tengan como finalidad y resultado un conocimiento sobre hechos o relaciones reservadas. El aspecto cognoscitivo tiene un rol fundamental en la delimitación del concepto de intimidad. En el derecho a la imagen en cambio lo protegido no es que la persona venga a ser conocida en sus hechos íntimos, sino que su apariencia o rasgos distintos sean utilizados para fines ajenos a su interés. Cuando se capta una imagen fotográfica de una persona con su consentimiento o en un lugar público en que se presume ese consentimiento, pero después se la utiliza para publicitar un producto o servicio, no hay lesión de la privacidad, pero sí lo habrá del bien jurídico o derecho a la imagen.

Ahora bien, si se capta subrepticamente una imagen de una persona en un espacio íntimo y luego se la publica con un afán de dar a conocer la conducta, la actitud, el vestuario u otros aspectos que son deducibles de la figura reproducida, lo que se está haciendo no es utilizando la imagen ajena ya conocida para publicitar un producto o recomendar un servicio, sino que difundiendo hechos privados con una finalidad predominantemente cognoscitiva. Este caso debiera ser tratado como lesión del derecho a la privacidad, y no del derecho a la imagen.

La distinción ha de colocarse en el propósito y el resultado: si se trata de un afán utilitario (usar la imagen como medio para vender, colocar o incentivar el uso de un producto o servicio) o un propósito divulgativo (dar a conocer a la persona en una determinada actitud, comportamiento, lugar o vestido). Si existe lo primero, estaremos frente al derecho a la imagen; en el segundo caso, se tratará del derecho a la vida privada.

Ello no obsta para admitir que en ciertos casos también puede existir un concurso, ya real, ya material, entre violación a la privacidad y lesión a la imagen. Así, por ejemplo, si se usan dispositivos electrónicos para captar la voz de una persona en su casa, y luego se utiliza la grabación para anunciar un producto.

<sup>79</sup> BUSTOS PUELICHE, José-Enrique, *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 133, sostiene que el bien imagen consiste en la reserva o preservación del propio físico o efigie en tanto que revelador de la persona, por lo que es dudosa la autonomía del derecho a la imagen, y "más parece una faceta o modalidad de la intimidad". AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 187-191, defiende la autonomía teórica del derecho a la imagen, pero reconoce que el texto de la ley orgánica es ambivalente en esta materia: "La ausencia de una noción suficientemente clara del derecho a la intimidad y el hecho de que se haya pretendido obtener la claridad conceptual a partir de la casística ha impedido que la Ley Orgánica manifieste con precisión la autonomía de ambos derechos".

<sup>80</sup> DE CUPIS, Adriano, *I diritti della personalità*, Giuffrè, reimp., Milano, 1973, t. 1, p. 258, concibe el derecho a la imagen como "el derecho al no conocimiento por otros de la imagen del sujeto".

<sup>81</sup> En contra, en Chile se suele asimilar el derecho a la imagen al derecho a la intimidad por no aparecer mencionado expresamente en el art. 19° 4 de la Constitución. Así, NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "El derecho a la privacidad y la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno", en *Ius et Praxis* (U. de Talca), año IV (1998), N° 2, p. 71, afirma que "la protección de la imagen de la persona salvaguarda la intimidad".

Incluso es posible imaginar un comportamiento que vulnere conjuntamente el honor, la privacidad y el derecho a la imagen, como si por ejemplo alguien capta imágenes deshonrosas de una persona invadiendo sectores de su intimidad y luego con ánimo de humillarla las utiliza para vender mejor un producto<sup>82</sup>.

### 3. *Vida privada e identidad*

Ha sido la jurisprudencia y la doctrina italiana las que han forjado el derecho a la identidad. Este derecho es entendido como “la exigencia de no atribuir ideas y comportamientos que, siendo extraños a las personas o los grupos, ofrecen de ellas una imagen falsa o, en cualquier caso, distorsionada, apta para influenciar de modo erróneo a los destinatarios de la noticia”<sup>83</sup>.

Se trata por tanto de evitar la distorsión de la proyección social de una persona por medio de informaciones o divulgaciones que tergiversan o encubren la auténtica personalidad del afectado tal como ella se manifiesta al público.

Ya hemos señalado que el aspecto *distorsión* no pertenece al ámbito protegido por la privacidad, ya que más que un resultado cognoscitivo lo que hay es uno de encubrimiento o tergiversación del conocimiento que podría obtenerse sin la conducta distorsionadora.

Esto es justamente lo que marca la frontera entre derecho a la intimidad y derecho a la identidad. En la privacidad el sujeto desea que sus hechos o relaciones personales no devengan en conocimiento de terceros o del público: es un interés centrado en la subjetividad. En cambio, en la identidad el sujeto desea que su personalidad sea proyectada socialmente tal como él la ha diseñado y conducido; es un interés volcado hacia el conocimiento público. En este sentido, señala Fernández Sessarego que “cada uno de estos aspectos de la personalidad responde a intereses que son distinguibles entre sí. Cada uno de ellos está gobernado por principios opuestos, por movimientos que se nos aparecen contrapuestos. En el caso de la intimidad de la vida privada está en juego la soledad, la reserva o el secreto de los actos de la vida privada, en tanto que es la verdad aquel que gravita en el de la identidad personal”<sup>84</sup>.

En el mismo sentido, se pronuncia Giacobbe: “Se trata de una situación jurídica subjetiva... que entiende recoger la proyección social de la persona y, como tal, los aspectos que parecen contrapuestos a aquellos propios de la *riservatezza*, dentro de cuyos límites con esta expresión se entiende recoger la esfera de lo individual”<sup>85</sup>.

### 4. *Vida privada e integridad corporal*

Detengámonos ahora sobre la distinción y delimitación entre los bienes jurídicos privacidad e integridad físico-psíquica. Debe uno preguntarse: ¿no es el cuerpo un “recinto privado” por lo cual cualquier conducta invasiva puede y debe ser calificada de lesión a la intimidad o vida privada del sujeto afectado?

<sup>82</sup> AZURMENDI, A., ob. cit., p. 187.

<sup>83</sup> FERRI, Giovanni B., “Privacy e identità personale”, en *Persona e formalismo giuridico. Saggi di Diritto Civile*, Maggioli, 9ª edic., 1987, p. 237.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *El derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 182. Señala además que la tutela de ambos intereses debe ser diferente, ya que en la intimidad lo que busca la persona es el deseo de no comunicación al exterior, mientras que en el caso de la identidad “lo que reclama la persona es otro comportamiento de parte de los terceros. En esta especial situación el sujeto exige respeto por la ‘verdad personal’ proyectada hacia el exterior. La personalidad del sujeto con sus características y atributos, con sus dotes y deméritos, debe ser fielmente recogida por los demás, cuidando de no alterarla ni de apartarse de la verdad histórica”.

<sup>85</sup> GIACOBBE, Giovanni, “Il diritto alla riservatezza: verso nuovi confini di tutela della persona?” en Bessone M. y Giacobbe, G. (ed.), *Il diritto alla riservatezza in Italia e in Francia*, Cedam, Padova, 1988, pp. 80-81.

Ya hemos visto que ciertos autores pretenden incorporar en el concepto de privacidad el de la inaccesibilidad física, para cubrir así tanto supuestos de contacto corporal como de intromisión presencial (o de proximidad física). Tuvimos oportunidad de reseñar las críticas que, justamente a nuestro juicio, merece esta pretensión, sobre todo por no poder distinguir qué tipos de contactos corporales pueden dar lugar a lesión de la privacidad y cuáles a otros bienes jurídicos, entre ellos la integridad física o psíquica de la persona.

A nuestro juicio, la distinción se vuelve clara si se tiene en cuenta el carácter cognoscitivo de la intromisión o difusión que pueden incluirse en el concepto de privacidad. Por ello, todas las incursiones corporales que no tengan por propósito o finalidad la adquisición de un conocimiento nuevo sobre hechos personales, podrán ser consideradas atentatorias contra la integridad corporal del individuo pero no involucrarán su privacidad.

En cambio, todas aquellas intromisiones corporales, o las difusiones consecuentes, que tengan por fin y resultado la adquisición de un nuevo conocimiento sobre hechos reservados de la persona, podrán ser conceptualizados como lesiones a su vida privada, sin perjuicio de concurrir, concursalmente, también una lesión a la integridad física. Así, por ejemplo, si se fuerza compulsivamente a alguien para extraerle sangre y así conocer su identidad genética y determinar la posible paternidad o maternidad respecto de otra persona, habrá una invasión que lesiona la integridad y al mismo tiempo la privacidad. Lo mismo si se pretende conocer el grado de consumo alcohólico de la persona, o su posible adicción a estupefacientes.

Es posible pensar en supuestos en los que se atente contra la privacidad, por medio de una intromisión corporal, sin que se viole la integridad físico-psíquica. En efecto, si un sujeto consiente en que se extraiga tejido de su médula ósea con la finalidad de que se efectúe un trasplante, y sin su consentimiento se somete parte de esas células a una investigación en la que se descubre alguna característica biológica desconocida, estaremos frente a una lesión de la privacidad pero no a una violación del derecho a la integridad corporal.

##### 5. *Vida privada y propiedad*

Es necesario distinguir nítidamente el bien jurídico privacidad del derecho de propiedad. Los contenidos extrapatrimoniales del primero y netamente patrimoniales del segundo proporcionan una base para hacer luz en los casos de posible confusión.

La cuestión no es baladí, primero, porque en el pensamiento liberal originario el derecho humano fundamental, y del cual derivan todos los demás incluido el de la vida, es la propiedad. Locke estimaba que el hombre es el fundamento de la propiedad, por "ser dueño de sí mismo y propietario de su persona"<sup>86</sup>. Y esto viene a renacer hoy con los planteamientos economicistas de los problemas jurídicos. Posner en su análisis económico de la privacidad recurre al lenguaje de la asignación de títulos de propiedad sobre la información personal para balancear el interés del particular de manejar él la información a su propio beneficio, o ponerla a disposición del público<sup>87</sup>. Además, es claro que existe una vertiente patrimonial en la utilización de la facultad de consentir en intromisiones o difusiones de hechos reservados como una forma de obtener beneficios económicos. Para aquellos que piensan que la utilización de la imagen es un derecho incluíble en el concepto de privacidad (conclusión con la que no concordamos) el problema se presenta más agudo, al reconocerse un derecho a la publicidad (*right to the publicity*) que consiste en la facultad de usar y explotar el nombre o la propia imagen con exclusividad, es decir, bajo los mismos esquemas conceptuales bajo los cuales se estructura el derecho de propiedad.

<sup>86</sup> LOCKE, J., ob. cit., N° 44, p. 70.

<sup>87</sup> POSNER, Richard A., "The right of privacy", en *Georgia Law Review*, 12 (3), 1978, p. 397: "El interés en incentivar la inversión en la producción de información socialmente valorable presenta el más fuerte caso para dar derechos de propiedad sobre los secretos". Haciendo una comparación con el comercio, expresa que "la gente se 'vende' a sí misma tanto como sus bienes" (p. 399).

El peligro de identificar privacidad y propiedad fue ya advertido por Warren y Brandeis en su artículo germinal, ya que muchos de los casos en los que ellos basan su idea de la existencia del derecho a la privacidad fueron fallados acudiendo al concepto de propiedad. Por ejemplo, en casos en los que parecía estar en juego el derecho intelectual de una obra literaria o artística. Pero aquí Warren y Brandeis distinguen entre el interés de un autor a que su obra no sea reproducida sin su consentimiento y el interés en que no venga conocida por terceros. Así, si un hombre escribe en una carta a su hijo que no cenó una noche con su mujer, este papel o su contenido no puede ser publicado sin su consentimiento aunque el tercero haya adquirido por un medio legal la propiedad del mismo<sup>88</sup>. El mismo ejemplo dan para el caso en que se edita un catálogo de piedras preciosas pertenecientes a una persona: no habría violación de la propiedad, sino de la privacidad<sup>89</sup>. Terminan concluyendo que “El principio que protege los escritos personales y toda otra producción personal, no contra el robo o la apropiación física, sino contra toda forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de una inviolable personalidad”<sup>90</sup>.

Pensamos que las razones que ofrecen Warren y Brandeis para distinguir la propiedad de la privacidad permanecen tan vigentes como en su tiempo. La información personal no puede ser objeto de propiedad en la medida en que no se trata de un objeto ni tangible ni intelectual, y porque su grado de proximidad a la persona misma le otorgan una calidad personalísima que la extrae de las categorías de la comercialidad y del tráfico del mercado.

#### 6. *Vida privada y deber de confidencialidad*

También Warren y Brandeis tuvieron que hacer frente a la distinción entre la privacidad y el deber de guardar un secreto sea impuesto contractualmente, por una especial relación de confianza o por mandato legal. En efecto, los tribunales habían dado protección a la difusión inconsentida de una fotografía o del contenido de cartas privadas acudiendo a la técnica de transgresión de un deber de confianza o de actuar de buena fe impuestos por un contrato implícito entre el agraviado y el fotógrafo o el receptor de la carta. Warren y Brandeis invocan que el contrato implícito podía servir cuando la fotografía necesitaba que el retratado posara por largo tiempo frente al fotógrafo, pero no ahora en que pueden captarse imágenes por medios que impiden imaginar que haya habido consentimiento del retratado. Tampoco puede decirse que el receptor de una carta al abrirla y leer su contenido haya contratado con el autor. Por otra parte, el medio del deber de confidencialidad basado en la confianza o en la buena fe no puede aplicarse cuando la divulgación de fotografías o cartas son efectuadas por un tercero<sup>91</sup>. De esta manera, el derecho a la privacidad se distingue del derecho a la confidencialidad, en que este puede ser solamente exigido a aquel que ha contraído al que se le ha impuesto ese secreto, en cambio el derecho a la privacidad es oponible a todo el mundo<sup>92</sup>.

En similar sentido se expresa el español Iglesias Cubría: “el derecho al secreto presupone una pretensión individualizada frente a una o varias personas –la copartícipe del secreto o destinataria del mismo– y en hipótesis frente a todos, mientras que el derecho a la intimidad es siempre frente a todos...”<sup>93</sup>. Pero en su visión el secreto es una especie dentro del concepto general de intimidad, de manera que si alguien nos visita ocasionalmente o como amigo toma conocimiento de nuestro hogar y descubre algo íntimo, surgiría un deber de confidencialidad<sup>94</sup>. Lo mismo sucedería si alguien descubre hechos reservados a otro basados en la confianza que da una relación, sea familiar, profesional, etc.

<sup>88</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 201.

<sup>89</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 203.

<sup>90</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 205.

<sup>91</sup> Warren, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., pp. 207-213.

<sup>92</sup> WARREN, S. y BRANDEIS, L., ob. cit., p. 213: “rights as against the world”.

<sup>93</sup> IGLESIAS CUBRÍA, Manuel, *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, pp. 25-26.

<sup>94</sup> IGLESIAS, M., ob. cit., p. 94.

A nuestro juicio, es diferente la transgresión del deber de confidencialidad que la lesión del derecho a la intimidad, aunque pueda versar sobre las mismas materias, e incluso verificarse conjuntamente. En el secreto, de fuente legal, contractual o meramente social, existe una exigibilidad personal y de intensidad superior<sup>95</sup>: hay en buenas cuentas un obligado, con un deber de conducta tipificado. En cambio, en la privacidad hay un deber de respeto que se predica de todos indistintamente y cuya intensidad formal es menos fuerte al no estar tipificada y sancionada nominalmente el deber de respetar. En el fondo, el deber de confidencialidad se acerca, guardando la debida distancia entre lo extrapatrimonial y lo patrimonial, a los derechos personales o créditos. Mientras que el derecho a la vida privada tiene una semejanza con los derechos reales, de eficacia *erga omnes*.

<sup>95</sup> CUPIS, A., ob. cit., t. I, p. 312, señala que en el secreto se tutela la intimidad pero “con un mayor rigor, y no solo contra actos divulgativos, sino contra todos los actos que constituyen una intromisión en la esfera de conocimiento personal, independiente de la mayor o menor significación subjetiva de tal intromisión”.