

## DILEMAS ACTUALES DE LA PROTECCION DE LA INTIMIDAD

Antonio-Enrique Pérez Luño

### 1. PLANTEAMIENTO: ¿QUE INTIMIDAD?

Existe un método de probada eficacia para medir el índice de actualidad de los distintos derechos fundamentales. Me apresuro a reconocer que se trata de un método dramático: consiste en comprobar la frecuencia e intensidad con la que cada derecho es violado. Se trata, en cualquier caso, de un método acorde con la propia tematización de las libertades, que impone la reivindicación y la crítica y se halla reñido con actitudes conformistas o autocomplacientes. Por esa vía negativa, que computa agresiones en vez de evaluar los grados de satisfacción y disfrute de las libertades, se ha cumplido la premonición de un célebre voto desidente de una sentencia de 1928 de la *Supreme Court* norteamericana. Se afirmaba en ella que la intimidad era el derecho más apreciado por los hombres civilizados ("The right most valued by civilized men") (Brandeis, 1928). Esa tesis ha sido corroborada por el informe británico, elaborado en 1971 por el *Younger Committee on Privacy*. En dicho informe se establece que la opinión pública de los países desarrollados sitúa el respeto a la vida privada en un lugar prioritario de sus aspiraciones de protección de los derechos humanos (*Price of Privacy*, 1971, 36). Esas aspiraciones se hallan plenamente justificadas si se tiene presente que la intimidad es el derecho fundamental con mayor número de modalidades de eventual transgresión y uno de los que cuenta con mayor cantidad de víctimas reales o potenciales. Baste recordar que el profesor de la Universidad de Oslo, Jon Bing ha llegado ha enumerar hasta

cuatrocientos tipos de posibles violaciones de la privacidad (Bing, 1980, 31). Respecto a la cantidad de sujetos pasivos de esas violaciones tenemos una experiencia próxima. El escándalo que en los últimos meses ha agitado a nuestra opinión pública, en relación con el tráfico informatizado de datos de carácter personal, representa la confirmación de ese riesgo. Los 21 millones de ciudadanos españoles, inmediata o potencialmente, agredidos en su vida privada abren una brecha en la inconsciencia cívica y política sobre los peligros que hoy acechan al ejercicio del derecho a la intimidad (Pérez Luño, 1993). Desde los años setenta es notorio que bancos de datos del sector público norteamericano, pertenecientes al Pentágono, la CIA o el FBI, procesan informes sobre actitudes individuales y comportamiento político que afectan a millones de ciudadanos. Mientras que las agencias de información comercial y de crédito almacenan datos personales que conciernen a cientos de millones de individuos, muchos de los cuales no son ciudadanos norteamericanos dado el carácter multinacional de esas empresas (Cf. Miller, 1971; Westin, 1967; Westin y Baker, 1972).

Parece ser tributo inevitable de los conceptos y categorías más recurrentes en la teoría jurídica adolecer de un déficit de intensión conceptual proporcionalmente inverso a su extensión de uso. Esa tendencia puede predicarse de la noción de intimidad, utilizada en la nuestra más que en cualquier otra época, pero con tal grado de indeterminación y equivocidad que dificultan precisar su sentido y su alcance jurídico. A ello se refería Vitalis al considerar la intimidad como un concepto indescifrable (1981, 151); o Hixson que achacaba a la asiduidad y amplitud de su empleo el que fuera imposible precisar su contenido (1987, 60 ss.) Esas ambigüedades significativas gravitan sobre la propia posibilidad y eficacia de los cauces jurídicos de protección de los bienes o valores que se pretenden tutelar bajo ese incierto término de referencia.

La intimidad no tiene un solo perfil como los antiguos relieves de Egipto o Asiria. Al abordar su análisis se suceden una serie de bifurcaciones o dilemas. Si se conviene qué dilema es el argumento que se escinde en dos opciones, de ahí su denominación clásica de *syllogismus cornutus* por entrañar dicotomías o alternativas, no parece ocioso proyectar un planteamiento dilemático a la consideración actual de la intimidad. Las elaboraciones doctrinales del tiempo presente, más proclives a argumentar en términos de conjeturas abiertas que de certezas dogmáticas, han propiciado una revalorización teórica del dilema. En la doctrina moral ha adquirido notoriedad el "dilema del prisionero" planteado por Derek Parfit (1979). Asimismo, se recurre a la noción de dilema para designar los conflictos deónticos (paranomias) entre reglas de un mismo o de distintos sistemas normativos (Barcan Marcus, 1980). Mientras, en el plano jurídico Gunther Teubner empleó esta

categoría en el rótulo de un importante volumen colectivo sobre las funciones del Derecho en el Estado de bienestar: *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Teubner, 1985) y se ha referido al "trilema regulativo", que se plantea a la actividad legislativa como exigencia de poner en relación tres sistemas autónomos: el jurídico, el político y el del sector social que pretende reglamentar (Teubner, 1984). En función de esos estímulos teóricos el enfoque que aquí se avanza partirá de los dilemas conceptuales para prolongarse en los que se suscitan en las dimensiones social, normativa y axiológica que, conjuntamente, integran la experiencia jurídica y que, por tanto, inciden en la determinación de la intimidad como derecho.

El dilema preliminar y básico a que debe hacer frente cualquier consideración jurídica de la intimidad es, precisamente, el de si es posible un concepto jurídico de intimidad. El término intimidad ahonda su raíz etimológica en el vocablo latino *intimus*, que evoca la idea de lo más interno o recóndito. Intimidad será la interioridad de la persona, como disposición peculiar del ser humano a la introspección, a lo recóndito y secreto. No en vano el término germano "*Geheim*", es decir, lo secreto o reservado, evoca etimológicamente aquello que se encierra en el hogar, y tiene su correlato en el adagio inglés: "*My home is my Castle*". Desde esas premisas se desemboca inevitablemente en la identificación de la intimidad con la soledad y el aislamiento. En el célebre trabajo pionero *The Right to Privacy*, publicado el año 1890, en el que Samuel Warren y Louis Brandeis sientan las bases técnico-jurídicas de la noción de *privacy*, la conciben como un derecho a la soledad, como la facultad "*to be let alone*"; como la garantía de los individuos frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica (1890-91, 193). De modo análogo, en su excelente *Ensayo sobre la vida privada*, cuya primera edición data de 1935, Manuel García Morente no vacila en sostener que: "La soledad es la forma más perfecta de la vida privada" (1992, 49. Aborda también el concepto de lo íntimo, aunque con menor enjundia y profundidad, Bejar, 1988, 141 ss.)

Desde ese ángulo, lo mismo para García Morente que para Ortega, la intimidad tiene como condición esencial el ensimismamiento; "el poder que el hombre tiene de retirarse virtual y provisionalmente del mundo y meterse dentro de sí". Este concepto de intimidad, que corresponde a lo que en la terminología heideggeriana popularizada en la filosofía del Derecho por Werner Maihofer representa la esfera del *Selbstsein*, sitúa la definición de la intimidad en el plano de la autoconsciencia, la identidad y la propia personalidad del individuo (Maihofer, 1968, 10 ss.) La intimidad, en esta acepción, "requiere para ser vivida ese fondo de insobornable personalidad" (García Morente. 1992, 36).

Esa noción filosófica de intimidad ha sido progresivamente descartada en sus proyecciones jurídicas. En éstas no cabe operar con una noción de intimidad circunscrita a un "*ius solitudinis*". La elaboración jurídica de la privacidad ha tendido a transportarla desde la esfera de la soledad a la de las relaciones sociales. Un concepto de la intimidad que no trascendiera al ámbito de la alteridad y del *Mitsein*, es decir, a la esfera de la "convivencia", carecería de relevancia jurídica. El problema de la intimidad se plantea con respecto a las manifestaciones o incidencias exteriores de o en nuestra vida privada, cuyo ejercicio se halla garantizado jurídicamente. Eso muestra que el problema de la intimidad como tal o es un problema jurídico o no existe. Se trata de un problema jurídico que, por supuesto, tiene una raíz filosófica, pero que en el momento en que incide en relaciones con los demás, o sea; cuando empieza a ser problemático deviene jurídico.

Estas circunstancias conducen a un insoslayable dilema conceptual: si se desea mantener fidelidad a la significación primigenia de la intimidad hay que radicarla en la esfera del "fuero interno", de la soledad, el ensimismamiento y el autoconfinamiento personal, pero entonces ese concepto corre el riesgo de situarse en el plano de lo inefable y carece de cualquier operatividad jurídica. Si, por el contrario, tomamos como punto de referencia sus implicaciones y proyecciones intersubjetivas en el ámbito del "fuero externo" se cierne la amenaza de deformar la intimidad, de cosificarla, de diluirla en un conjunto de tópicos sociales y, en suma, de alienar la intimidad en su antónimo, es decir, en la "alteración"; o sea, en que deje de ser sí misma para verse traída, llevada y tiranizada "*por lo otro*" (Ortega y Gasset, 1983, 7, 83).

¿Existe algún punto de mediación entre estas polaridades de un dilema, en apariencia, irreductible? Personalmente estimo que sí. La concepción de la intimidad como aislamiento y ensimismamiento no es necesariamente incompatible con sus proyecciones sociales, si se la reputa como un primer momento de su proceso formativo. Ese "*intus*" o fase solitaria e interna de la intimidad se hallaría conformado por ideas, que reclamarían su ulterior exteriorización en acciones. El ensimismamiento confinado en sí mismo, sólo sería capaz de fabricar mundos interiores, fatasmagorías condenadas a degenerar un puro solipsismo. La dimensión interna y ensimismada de la intimidad para realizarse plenamente precisa extrovertirse; porque, por decirlo con palabras de García Morente, "la convivencia nos es indispensable, ... nuestra vida para vivir, necesita apoyarse en otras vidas" (1992, 50). Esa apertura a la convivencia se ejercita a través de las formas de comunicación y de lenguaje que se integran y socializan lo más íntimo de nuestro ser y, en ese sentido, concluye Ortega que: "El ser más íntimo de cada hombre está



ya informado, modelado por una determinada sociedad" (1983, 7, 254). Entre otras cosas, porque la propia noción de intimidad es una categoría cultural, social e histórica. Esa dimensión abierta, social y dinámica de la intimidad se halla corroborada, en su proyección jurídica, desde premisas doctrinales, legislativas y jurisprudenciales.

1) En el ámbito doctrinal se ha pasado desde una concepción cerrada y estática de la intimidad a otra abierta y dinámica. El contenido de la primera, identificada con el "*ius solitudinis*", podía ser perfectamente explicada con las modalidades deónticas de Wesley Newcomb Hohfeld (1913, 16. ss); es decir como pretensión, libertad, poder e inmunidad a disponer de un ámbito de vida personal sustraído a cualquier tipo de intromisiones perturbadoras o, simplemente, no deseadas. Pero, en la actualidad, esa visión cerrada y defensiva de la intimidad ha sido sustituida por una concepción activa y dinámica en la que la intimidad se contempla como la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones que conciernen a cada persona.

En nuestra época, la doctrina ha trasladado el centro de gravedad o, si se quiere, la delimitación conceptual del derecho a la intimidad desde la facultad al aislamiento al poder de control sobre las informaciones que son relevantes para cada sujeto. Un testimonio elocuente de estos nuevos perfiles de la intimidad se desprende del planteamiento de Adalbert Podlech. A su entender, la intimidad, más que un estado de autoconfinamiento, supone una determinada calidad de la relación con los otros. Se trata, por tanto, de una condición o calidad social de la persona, que es objeto de tutela constitucional en la medida en que ésta puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, que el titular del derecho juzga deben permanecer en un plano reservado o privado. Precisamente esa facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen constituye el núcleo de la *autodeterminación informativa* (*informationelle Selbstbestimmung*) en cuanto aspecto básico de la intimidad (Podlech, 1984, 341 ss. Cf. Denninger, 1987; Lucas Murillo de la Cueva, 1990; Pérez Luño, 1989). Esas nuevas facetas de la intimidad propias de las sociedades avanzadas requieren nuevos instrumentos de tutela jurídica. La defensa de la intimidad respecto al tratamiento automatizado de datos personales se halla garantizada por un cauce procesal denominado *habeas data*. Al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la

“facultad de acceso” en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus* (Pérez Luño, 1992).

2) La legislación actual en materia de intimidad muestra una creciente decantación hacia la componente externa y social de este derecho. Quizás la manifestación más rotunda de esta tendencia haya hallado un cauce expresivo en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se afirma en dicha disposición que la tutela civil de la intimidad “quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia” (art.2.1). Esa apelación a los usos, quizás la más importante contenida en nuestro ordenamiento jurídico, denuncia la precipitación de los teóricos del Derecho que habían expedido acta de defunción respecto a la normatividad de los usos sociales. El legislador justifica la remisión a los usos como categoría delimitadora de la intimidad por considerar que ésta se halla determinada en forma decisiva “por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad” (Exposición de Motivos). La propia decantación en el Derecho comparado desde la tutela jurídica de la intimidad a la de la privacidad que pretende traducir a las culturas europeas la noción anglosajona de *privacy*, así como a las categorías de los denominados “datos personales” y “perfiles de la personalidad”, que se proyectan sobre un conjunto más amplio y global de relaciones intersubjetivas, reflejan esa tendencia paradójica hacia la “socialización de la intimidad”.

3) También en el plano *jurisprudencial* hoy se tiende a abandonar definitivamente la denominada “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*), que tuvo ocasión de exponer en anteriores trabajos sobre la vida privada, y con la que la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania había establecido unos cauces para la tutela de la intimidad. Según esta orientación, se puede establecer una protección gradual situando los comportamientos en sucesivas esferas a tenor de su referencia social (*Sozialbezug*). Se distinguen así: 1) una esfera íntima (*Intimsphäre*), que corresponde al ámbito más recóndito y secreto de la persona; 2) una esfera privada (*Privatsphäre*), que hace referencia a la dimensión de vida personal y familiar; y 3) una esfera individual (*Individualsphäre*), que afecta a cuanto define la peculiaridad o individualidad de una persona (nombre, imagen ...). A tenor de esta artificiosa distinción, el *Bundesverfassungsgericht* establecía una intensidad de tutela inversamente proporcional a la dimensión social de la conducta o actividad concernida (Pérez Luño, 1989, 157 ss.; 1991, 327 ss.).

Frente a esta construcción abstracta e irreal, se aboga ahora por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la “intensidad social” de la conducta, puesto que

todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses, públicos y/o privados, que pueden contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva. Esa nueva faceta de la intimidad ha hallado nítida expresión en la célebre sentencia de 15 de diciembre de 1983 del *Bundesverfassungsgericht* alemán sobre la Ley del censo de población (*Volkszählungsgesetz*), en la que la jurisprudencia germana concibe la intimidad como "autodeterminación informativa" (*informationelle Selbstbestimmung*), es decir, como la libertad del ciudadano para determinar quién, qué y con qué ocasión (*wer, was, wann, bei welcher Gelegenheit*) puede conocer y/o utilizar datos que le afectan.

En suma, se trata de insistir, como corolario de lo hasta aquí apuntado, que en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho (*status negativo*) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (*status positivo*) sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto. De ahí que la estrecha conexión que liga el derecho a la autodeterminación informativa con el derecho a la intimidad no tiene por qué traducirse en una concepción individualista de aquélla, en la medida en que la propia intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir en un valor constitucional de la vida comunitaria.

Estas consideraciones permiten inferir la posibilidad de superar las polaridades dilemáticas de la intimidad en función de tres premisas:

1ª) La pluralidad de manifestaciones en las que la intimidad se manifiesta (*privacidad/privacy*, datos personales, perfil de personalidad, autodeterminación informativa...) no implican una disolución del concepto unitario de intimidad, sino más bien su ampliación y adaptación a las exigencias de un mundo en cambio. No existe, en consecuencia, una pluralidad de conceptos de intimidad, sino un concepto unitario de textura abierta, plural, dinámica y globalizadora.

2ª) La metamorfosis del concepto de intimidad, desde la esfera intrasubjetiva del ensimismamiento a la intersubjetiva del control de datos personales, no ha significado la pérdida de su función tutelar de los valores de la personalidad. El derecho a la intimidad trata siempre de defender facultades de autodeterminación del sujeto, pero no de un sujeto aislado irreal y abstracto, producto de una antropología individualista, sino del ciudadano concreto que ejerce su intimidad en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público.

3º) Todo ello permite superar una concepción tautológica y circular de la intimidad en función de remisiones "autopoieticas", a la introspección, la soledad y el ensimismamiento y sustituirla por una noción abierta, dinámica y proyectiva. Así se supera el dilema entre una intimidad interna y auténtica y una intimidad externa alienada, porque la dimensión interna y su exteriorización son dos momentos complementarios e insoslayables.

## 2. DILEMA SOCIO-POLITICO: LA INTIMIDAD EN LA ERA TECNOLÓGICA

La concepción temporalmente contextualizada de la intimidad de la que aquí se parte, implica reconocer que el derecho a la intimidad, como el resto de los derechos y libertades, es una categoría histórica. La mutación histórica de los derechos humanos ha determinado la aparición de sucesivas "generaciones" de derechos. Los derechos humanos nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiró las revoluciones burguesas con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de los derechos y libertades de la primera generación con una segunda generación de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos. En base a ello, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una "tercera generación", como respuesta al fenómeno de la denominada "contaminación de las libertades" (*liberties pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías. Conviene advertir que las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro; en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, suponen la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados (Cf. Ara, 1990; Peces-Barba, 1982; Pérez Luño, 1991 b y c). Esto último es precisamente lo que ocurre con el derecho a la intimidad que, aunque formulado en etapas anteriores, ha adquirido unos perfiles renovados en la era tecnológica, hasta el punto de que puede y debe hablarse de un *antes* y un *después* de la informática en cualquier consideración de la intimidad que pretenda ser realista y rigurosa.



El derecho a la intimidad surge en la modernidad como respuestas jurídicas a las exigencias éticas y los problemas políticos de aquella coyuntura histórica. Hoy ese contexto ha variado profundamente, fruto de la revolución tecnológica. Por eso, una teoría de la intimidad encerrada en sí misma no sólo es incapaz de explicar, de forma satisfactoria, la función de ese derecho en la experiencia política, científica y cultural del presente; es incluso inútil (o, en el peor de los casos, deformadora) de su concepto.

Importa recordar que vivimos en una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la "sociedad de la información", o a la "sociedad informatizada". El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que Vittorio Frosini ha calificado, con razón, de "juicio universal permanente" (1982, 178). Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquéllos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad. En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable.

En etapas anteriores el respeto a la vida privada podía realizarse mediante el uso de los sentidos tales como la vista o el oído. Se permanecía así dentro de los límites de relaciones naturales. Los muros de una casa, la soledad de un lugar desierto, incluso el tono expresivo oral del susurro, eran suficientes para asegurar la protección de la intimidad y para excluir el conocimiento y la difusión de las acciones y de las palabras de un individuo o de varias personas unidas entre sí por el vínculo de la confianza. Hoy es posible observar y escuchar a distancia, sin límites de tiempo, de espacio o de modo; se pueden realizar fotografías en la noche, establecer comunicación simultánea de imagen y sonido con distintos lugares gracias a los circuitos televisivos, dejar involuntariamente el testimonio registrado de la propia imagen o de las conversaciones mantenidas e, incluso, se pueden

confesar los propios pensamientos sin el uso de la tortura física y casi inadvertidamente. Estas circunstancias, en especial la utilización masiva de la informática, han determinado que para la opinión pública y el debate político de nuestro tiempo constituya un problema nodal el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos de la agresión tecnológica de su intimidad.

En nuestra época se ha adquirido plena consciencia de que la información es poder y en la que ese poder se hace decisivo cuando, gracias a la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. En esa situación no sería lícito negar a los *poderes públicos* el empleo de las nuevas tecnologías de la información. En las sociedades avanzadas y complejas del presente, la eficacia de la gestión administrativa, la erradicación de actividades antisociales y delictivas, cada vez más sofisticadas, y la propia moralización de la vida cívica exigen contar con un amplio y organizado sistema informativo.

De modo análogo, en la *esfera privada*, una vez convertida la información en protagonista del nuevo "sector cuaternario", ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos. Las sociedades y empresas de hoy miden su dinamismo y empuje por la cantidad y calidad de sus informaciones. La trascendencia económica de la información ha generado un apetito insaciable de obtenerla por cualquier medio y a cualquier precio y es directamente responsable de determinadas prácticas abusivas que hoy, por desgracia, acechan el libre ejercicio de la privacidad en nuestra vida cotidiana.

Para justificar la espiral de datos personales de las agencias de información comercial y financiera se ha llegado incluso a la perversión del lenguaje. Así, se alude ahora a los denominados "ficheros Robinson", en los que deberían inscribirse aquellos ciudadanos que no quieran ver perforada su privacidad por la recepción de propaganda no deseada; quedando, de este modo, a salvo del mercado "blanco" o "negro" de archivos de información.

Se plantea así un dilema fundamental: si se desea garantizar la acción eficaz de los poderes públicos y el libre flujo de informaciones que posibilite el desarrollo económico, se corre el riesgo de provocar una contaminación del derecho a la intimidad que relegue a sus titulares a meros "suministradores de datos". Si, por contra, se desea que los ciudadanos no queden inermes ante el inventario, utilización y transmisión de datos que afecten a su intimidad y al ejercicio de sus derechos, se ponen en peligro intereses públicos de seguridad y eficacia, así como privados de desarrollo económico.

Este dilema, por desgracia frecuentemente invocado, reposa en un grave equívoco: que o se deja inerte al Estado y la sociedad o hay que aceptar la existencia de un colosal aparato de información y control que haga que nadie sepa con certeza lo que los demás saben de él, quién puede utilizar estas informaciones y con qué finalidad va a hacerlo. Frente a esa opción falaz, la alternativa razonable no puede ser otra que la de una disciplina jurídica eficaz y democrática de los medios tecnológicos de información y control. De forma que la informática jurídica, lejos de actuar como medio opresivo, se convierte en vehículo para una convivencia política en la que el progreso no se consiga al precio de la libertad y de la justicia: se trata, en suma, de dar respuesta al viejo problema de *quis custodiet custodes ipsos?*

Nadie ignora que el Estado social y democrático de nuestro tiempo precisa para su normal funcionamiento de un cúmulo de informaciones de las que en otras épocas podía prescindir. La planificación económica, la política fiscal, la prevención social y la persecución de las actividades delictivas son hoy tarea irrealizable sin ayuda de un amplio aparato informativo. En la actualidad es inimaginable un Estado desarrollado que no posea una pormenorizada documentación de quienes lo integran. El problema reside en establecer unos límites que garanticen los derechos de los ciudadanos y, en particular, su intimidad. Las sociedades actuales precisan de un equilibrio entre el flujo de informaciones, que es condición indispensable de una sociedad democrática y exigencia de para la actuación eficaz de los poderes públicos, con la garantía de la privacidad de los ciudadanos. Ese equilibrio precisa de un "*Pacto social informático*" por el que el ciudadano consiente en ceder al Estado datos personales, a cambio del compromiso estatal de que los mismos se utilizarán con las debidas garantías. En las sociedades avanzadas del presente la protección de datos personales tiende, en definitiva, a garantizar el *equilibrio de poderes y situaciones* que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e iguales. Para su logro se precisa un adecuado ordenamiento jurídico de la informática, capaz de armonizar las exigencias de información propias de un Estado avanzado con las garantías de los ciudadanos.

En términos análogos debería resolverse el dilema que concierne a la informatización de datos realizada en el sector privado y, en concreto, respecto a los denominados "Ficheros Robinson". Ya el nombre de esos ficheros denuncia parcialidad del juicio. Supone que el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consumistas de los mercaderes de publicidad. El ciudadano insólito será aquél que se obstine en salvaguardar su derecho fundamental a la intimidad y se autoconfina en un aislamiento parangonable

al sufrido por Robinson en su isla solitaria. Podría objetarse a este torpe mensaje ideológico subliminal que precisamente son las sociedades tecnológicas del presente las que han dado origen al fenómeno de las "muchedumbres solitarias" (Riesman, 1950) de seres gregarios, espectadores inertes y manipulados por y desde mil formas de propaganda. Todavía es más importante aducir que en un Estado de Derecho ningún ciudadano debe verse obligado a inscribirse en un archivo adicional de datos para que sean respetados sus derechos y libertades. Parecería grotesco que, en una sociedad democrática, el respeto de la dignidad, de la libertad personal o de conciencia, o el secreto de las comunicaciones quedara limitado a aquellos ciudadanos que expresamente lo solicitaran. Por idéntica inferencia, no deben ser los ciudadanos normales que quieren ejercer su derecho constitucional a la intimidad, sino quienes deseen hacer dejación de este derecho, los que se inscriban en listas o ficheros.

### 3. DILEMA NORMATIVO: ¿INTIMIDAD VERSUS INFORMACION?

El carácter abierto y dinámico del derecho a la intimidad, así como el hallarse caracterizado su contenido por una fuerte dinámica social e influido por una constante innovación tecnológica, ha determinado a que se aluda con frecuencia a que se trata de un derecho de conformación pretoriana. La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/1982 establece que en ella se ha querido plantear la garantía civil de la intimidad: "en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas".

Esa flexibilidad que tiende a captar el carácter extenso y proteico de la intimidad resulta superflua si se tiene presente que el art. 3.1 Cod. Civil ya postula la necesidad de interpretar todas las normas de acuerdo con las exigencias de la realidad social del tiempo en que deben aplicarse. La norma de desarrollo constitucional del derecho a la intimidad introduce unos criterios tan fluctuantes e indeterminados tales como los de "usos sociales" y el "ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia", que de no mediar esa "prudente determinación", a la que apela la Exposición de Motivos, pudieran dar lugar a situaciones de arbitrarias o al menoscabo de la seguridad jurídica (principios reconocidos con rango constitucional, art. 9.3 CE).

Ante estas circunstancias no debe extrañar que las garantías jurídicas de la intimidad adolezcan de un cierto grado de imprecisión e inestabilidad. Para



comprobarlo resulta ilustrativa la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional. Señalaba Ortega y Gasset que las cosas se pueden definir por su *dintorno* o perfil interno, y por su *contorno* o frontera del mundo exterior que delimita su ser (1983, 2, 497 ss.) A partir de esta distinción se puede advertir que el esfuerzo del Tribunal Constitucional por ofrecer una definición del derecho a la intimidad ha operado, en mucha mayor medida desde el contorno que desde el *dintorno*. Quizás ello se deba a que nuestro máximo intérprete de la Constitución comparta el escepticismo sobre la posibilidad de llegar a un concepto de intimidad, al que aludía al iniciar estas reflexiones.

1) Entre las escasas decisiones del Tribunal Constitucional en las que se avanzan criterios de delimitación conceptual del *dintorno* de la intimidad, se puede citar la que la define como "un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren" (STC 73/1982, FJ 5). Tesis corroborada en un fallo posterior en el que se considera la intimidad como "un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, FJ 3). También intenta expresar el *dintorno* del derecho a la intimidad la argumentación siguiente: "Los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, garantizados por el art. 18.1 de la Constitución, forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma y de datos y circunstancias pertenecientes a la intimidad que garantiza este precepto" (STC 170/1987, FJ 4). Es fácil advertir que la concepción de la intimidad que reflejan esas sentencias se inscribe en la órbita, hoy en gran medida superada, del *ius solitudinis*.

2) Mucho más abundante y elaborada resulta la jurisprudencia constitucional tendente a ofrecer una concepción de la intimidad a partir de su contorno. En este punto las argumentaciones del Tribunal Constitucional han formado una doctrina, no siempre unívoca, sobre las tensiones entre intimidad e información, que constituye una vía externa o indirecta de delimitar el alcance de la protección de la vida privada en nuestro ordenamiento jurídico (Cf. Berdugo, 1987; Luzón, 1992; Morales Prats, 1984; Pardo, 1992; Pérez Luño, 1992 b). Esta doctrina ha sido objeto de una abundante elaboración doctrinal y, en lo que a efectos de estas reflexiones importa, se puede sintetizar en las directrices y los aspectos siguientes:

a) En todos los supuestos en los que se plantea, *prima facie*, una colisión entre el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 y los derechos a la libertad de pensamiento, así como a recabar, comunicar y recibir información consagrados en el art. 20 de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiende a identificar el derecho prevalente a través de una labor de ponderación de bienes (*Güterabwägung*) (SSTC 104/1986 FJ 5; 171/1990, FJ 4; 172/1990, FJ 6; 40/1992, FJ 1; 227/1992, FJ 2; 240/1992, FJ 3, entre otras). La doctrina de la ponderación de bienes análoga a la tesis de la balanza (*balancing test*) en la jurisprudencia de los EE.UU., tiende a postular un criterio de razonabilidad para evaluar y sopesar los valores y derechos fundamentales que entran en conflicto (Ely, 1980, 106 ss.; Pérez Luño, 1991 a, 302 ss.)

En esa labor de ponderación el Tribunal Constitucional ha incurrido en una manifiesta paradoja. En efecto, tal como expresamente reconoce la STC 104/1986, FJ 5, el derecho al honor y a la intimidad son considerados en el art. 20.4 como límite expreso de las libertades reconocidas en el art. 20.1 de la Constitución, y no a la inversa. Lo que parece un argumento en favor de la prevalencia de aquéllos. Si bien, en dicha sentencia se indica que las libertades del art. 20, no sólo son derechos fundamentales de los ciudadanos, sino que, a tenor de la STC 12/1982, significan: "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático". Se infiere que, para el Tribunal Constitucional, las libertades del art. 20 poseen una valoración que trasciende a la que es común a todos los derechos fundamentales (Bustos, 1992; Espinar, 1992).

Este razonamiento soslaya que la Constitución española no sólo fija el respeto al derecho, al honor, la intimidad y la propia imagen como límite a las libertades reconocidas en el art. 20, sino que reitera tal límite al consagrar el derecho a la información y acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (art. 105 b). Ello supone que nuestro constituyente consideró como un límite general de ejercicio del derecho a la libertad de información el respeto a la intimidad. No obstante ello, el Tribunal Constitucional ha invertido en este punto el planteamiento normativo de la propia Constitución.

b) En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se da una clara prevalencia al derecho a la información sobre el derecho a la intimidad al considerarse que la libre comunicación y recepción de información constituye un derecho fundamental prioritario de los ciudadanos, al ser un instrumento básico para garantizar la existencia de una opinión pública libre, indispensable para la consecución del

pluralismo político que es un valor esencial del sistema democrático (SSTC 6/1971; 104/1986; 165/1987; 107/1988; 223/1992). Se indica también para justificar esa prevalencia que la libertad de información tiene un doble carácter: como libertad individual y como garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático (SSTC 40/1992 FJ 1; 85/1992 FJ 4; 240/1992, FJ 3). Si bien en esta última sentencia se señala que la posición prevalente del derecho a la libertad de información respecto a los derechos del art. 18 no implica una diferenciación jerárquica. En otras sentencias para evitar esa posible confusión entre prevalencia y superioridad jerárquica de la información sobre la intimidad se ha utilizado, con mayor acierto, la expresión "vocación expansiva" (STC 223/1992, FJ 2).

Como se ve esta doctrina del Tribunal Constitucional se traduce en un círculo hermenéutico en el que la intimidad se define en función de la información y la información, a su vez, en función de la intimidad, lo que determina que las fronteras entre ambos derechos sean móviles y fluctuantes (Cf. Osorio, 1992; O'Callaghan, 1992).

Se desprende de la doctrina del Tribunal Constitucional un dilema evidente: porque si se desea garantizar plenamente la intimidad parece que se limita la libre información que es requisito indispensable de una sociedad democrática. Por el contrario, si se hace prevalecer la libertad informativa parece que ello lleva como consecuencia inevitable el sacrificio del derecho a la intimidad.

Entiendo que este dilema podría contar con algunas pautas para una posible solución. Entre ellas se podrían apuntar las siguientes:

1º) Que sin negar la importancia y la necesidad práctica del criterio hermenéutico de la ponderación de bienes, éste no es el único que debe presidir la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, no es menos relevante el principio de la restricción menor posible, que impediría el sacrificio del derecho a la intimidad más allá de lo necesario para salvaguardar otros derechos o principios fundamentales (Pérez Luño 1991 a, 310 ss.) Principio que ha hallado escaso y tímido eco en nuestra jurisprudencia constitucional (Aunque se acoge, entre otras, en las SSTC 171/1990, FJ 5; 172/1990, FJ 2).

2º) Una importante dificultad para armonizar los derechos fundamentales a la intimidad y la información se deriva de la deficiente definición que de la intimidad ofrece el Tribunal Constitucional, al identificarla con el *ius solitudinis*. Si el Tribunal Constitucional se hubiera hecho cargo de los perfiles colectivos de la

intimidad le sería más viable conjugar los valores de la intimidad y la información. En particular, hubiera sido deseable que nuestro Tribunal Constitucional hubiera tenido presente que el derecho de la intimidad en las sociedades actuales ya no se presenta como una facultad de aislamiento sino como un poder de acceso y control a las informaciones y datos que conciernen a cada persona. Ello representa que la información no es ya un elemento extrínseco y contrapuesto a la intimidad sino uno de los aspectos básicos sobre los que se ejerce la propia intimidad.

3ª) Esta deficiente definición de la intimidad ha determinado que se haya dejado prácticamente sin efecto la garantía del contenido esencial de este derecho. En fecha reciente, el Prof. Antonio Ojeda (1990) al examinar la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en relación con el reconocimiento del contenido esencial de la libertad sindical, ha aludido, no sin una cierta dosis de ironía, de *Un contenido esencial algo venial*; la pretendida esencialidad del acercamiento a la constitución cede ante el empuje de factores coyunturales y circunstanciales. Cabría pensar si no sería más acorde con los hechos reemplazar la invocación a un pretendido contenido esencial por la más modesta, pero más realista, de un mero contenido existencial. La jurisprudencia constitucional en relación con el derecho a la intimidad parece aconsejar un cambio de enfoque desde el esencialismo a una consideración funcional de los derechos fundamentales (Pérez Luño, 1988).

4ª) No obstante, se deben reseñar algunas sentencias en las que se aprecia un cierto cambio de orientación dirigido a reforzar el valor de la intimidad para que ésta no se volatilice y se convierta en una categoría evanescente que acabe siempre por ceder y ser fagocitada por la libertad de información. Quizás la sentencia más decidida en esta línea sea la dirigida a defender la intimidad de un enfermo del sida de quien la prensa había publicado datos que permitían su identificación. Se dice en dicha sentencia que: "la intimidad personal y familiar es, en suma, un bien que tiene la condición de derecho fundamental (art. 18.1 de la Constitución) y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental (art. 10.1)" (STC 20/1992 FJ 3). Se reconoce también en otra sentencia que la prevalencia del derecho a la información no debe significar dejar vacío de contenido el derecho a la intimidad (STC 171/1990, FJ 5).

5ª) Los requisitos o condiciones establecidos por el Tribunal Constitucional para que prevalezca el derecho a la información sobre el derecho a la intimidad son básicamente: la veracidad, la buena fe en el ejercicio de la actividad informativa y el interés público de las informaciones.



a) Respecto a la *veracidad* hay que señalar que el Tribunal Constitucional la concibe en términos de extraordinaria laxitud. Es significativa al respecto su argumentación en el caso del "Cura de Hío". En este supuesto se admitió la demanda de "El País" anulándose la sentencia condenatoria del Tribunal Supremo y de la Audiencia Territorial de Madrid. Tal condena se basaba en la falsedad de unos titulares del periódico en los que se afirmaba: "Un cura de Cangas de Morrazo inicia la cruzada contra los desnudistas gallegos" y añadía: "Garrote en mano el sacerdote lanzó al vecindario contra un campamento autorizado". Según la sorprendente interpretación del Tribunal Constitucional, la falsedad de estas imputaciones no tienen por qué privarlas de la protección constitucional. La inveracidad o inexactitud de una información, como consecuencia de un error de identificación, no tiene trascendencia suficiente "como para entender quebrantado su carácter de información veraz". (STC 240/1992, FJ 6). Esta tesis debe ser contemplada con serias reservas. Una cosa son las argumentaciones normativas sobre la racionalidad o legitimidad de los supuestos que permiten que la información prevalezca sobre la intimidad, en los que el Tribunal tiene un amplio margen de discrecionalidad valorativa; y otra muy distinta es el juzgar sobre la verdad o falsedad, la exactitud o inexactitud de determinados hechos que debe ser realizada en función de comprobaciones empíricas y en las que el Tribunal debe operar con estrictos criterios descriptivos. De otro modo, el Tribunal Constitucional se arroga a unas potestades de trasmutación de las cosas que para sí hubieran deseado los alquimistas del Medioevo.

b) Con respecto a la *buena fe*, el Tribunal Constitucional indica que: "La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece; y, en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1... Al mismo tiempo, dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento, que el art. 7 del Código Civil expresa con carácter general al precisar que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe"... (STC, 120/1983, FJ,2). Es cierto que algún sector de la doctrina señala que un principio de formulación legal como es el de la buena fe, reconocido el art. del Código Civil, no puede situarse en pie de igualdad con un derecho constitucional (Pardo Falcón, 1992, 151). Pero esta interpretación soslaya que el concepto de buena fe es un elemento integrador del valor de la justicia consagrado en el art. 1.1 de nuestra Constitución.

c) La tercera y fundamental condición se refiere a la exigencia de que la información sea de *interés público*, capaz de contribuir a la formación de una

opinión pública libre. Se tiene, asimismo, que valorar el carácter público o privado de la persona objeto de la información, así como el medio de información utilizado, dándose prevalencia a los medios de comunicación social (SSTC 104/86, FJ 2; 165/1987, FJ 3; 227/1992, FJ 2).

6\*) Otro criterio que permite salvar el dilema excluyente entre intimidad e información es el de en base al contenido del derecho de información proyectar la figura del *abuso del derecho*. Ya que se podría entender que el ejercicio extralimitado de la libertad de información, es decir, el que implica ir más allá de sus límites constitucionalmente previstos, cesa de ser ejercicio de un derecho fundamental. A tenor de la consabida tesis de que el derecho cesa allí donde comienza su extralimitación o abuso. Por ello, en ese supuesto más que a una colisión de derechos fundamentales, para cuya solución debería acudir a la ponderación de bienes (*Güterabwägung*), a lo que se asiste es al conflicto entre un derecho fundamental, el derecho al honor y a la intimidad, y una extralimitación de la libertad de información. Esta extralimitación o abuso equivale, por tanto, a utilizar la libertad de información al margen de los límites constitucionalmente establecidos para ejercitar el derecho fundamental; es decir que se trata de una conducta que ya no puede beneficiarse de los cauces de tutela previstos para los derechos fundamentales. Esta vía ha sido poco explorada por nuestro Tribunal Constitucional. No obstante, en una de sus decisiones afirma la necesidad de que el ejercicio de la libertad de información que implica una intromisión en otros derechos, como, por ejemplo, el de la intimidad exige orientarse hacia el interés general de otra forma, "el derecho a la información se convertiría en una cobertura formal para, excediendo del discurso público en el que debe desenvolverse, a tentar sin límite alguno y con abuso del derecho al honor y a la intimidad de las personas" (STC 172/1990, FJ 2). En función del ejercicio normal y no abusivo de los derechos el Tribunal Constitucional estima que no se puede aducir el ejercicio de la libertad informativa para encubrir lo que es un puro *animus injuriandi*. Resulta evidente que informar con libertad no puede constituir una coartada para redactar nuevos capítulos de lo que, tomando en préstamo un conocido título de Jorge Luis Borges, podría calificarse de *Historia universal de la infamia* (1971). Así, se considera una condición para que prevalezca el derecho de informar el que el propósito informativo no se vea comprometido por descalificaciones personales o insultos. Así, por ejemplo, en el denominado "caso García" el Tribunal Constitucional desestimó el amparo presentado por ese periodista al señalar que: "una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea de una conducta... y otra muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos gratuitamente sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalifica-

ción o incluso el insulto, y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre" (STC 105/1990, FJ 8).

#### 4. DILEMA AXIOLOGICO: EL VALOR DE LO INTIMO DESDE EL INDIVIDUALISMO A LA SOLIDARIDAD

El carácter generacional e histórico del derecho a la intimidad se comprueba también cuando se le contempla desde una perspectiva axiológica. Los valores sobre los que reposaba la reivindicación de la intimidad en la primera fase de su formulación en el seno del Estado liberal no coinciden con su significado axiológico en el Estado social y democrático del Derecho. Para reflejar esa metamorfosis, he aludido a un tránsito desde la intimidad como privilegio individual a la intimidad como valor colectivo constitucional. La fase inicial del derecho a la intimidad se halla condicionada con la ideología de la clase social que la reclama. Esto explica su marcado matiz individualista, que se concreta en la reivindicación de unas facultades destinadas a salvaguardar un determinado espacio con carácter exclusivo y excluyente. Notas estas que recuerdan los instrumentos jurídicos de delimitación y defensa del derecho de propiedad. Es más, la continuidad entre *privacy* y *property* no es puramente jurídico-formal, sino que la propiedad es la condición para acceder a la intimidad; en este sentido se ha podido aludir, con razón a que "*poverty and privacy are simply contradictories*". Y es que, en efecto, resulta evidente que la idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que, en consecuencia, exista una inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. Las condiciones materiales de vida en que se desarrolla la revolución industrial excluyen a los obreros de la intimidad. Baste para ello recordar la descripción que hace Engels de las formas de existencia de proletariado en Inglaterra, o las imágenes que en el plano literario, pero no por ello exentas de valor testimonial, ofrecen los escritores del período (Dickens, Heine, Pérez Galdos, Zola ...) con mayor sensibilidad hacia la causa de los oprimidos (Pérez Luño, 1991 a, 321 ss. Cf., asimismo, Ariès y Duby, 1985-87 vol. IV).

En la actualidad la intimidad ha dejado de ser un valor al servicio exclusivo de los grupos privilegiados de la sociedad, para convertirse en lo que Spiros Simitis ha considerado como una exigencia imprescindible para asegurar a los ciudadanos su capacidad de participar en la sociedad democrática (1987, 746).

Los nuevos perfiles *colectivos y sociales* que hoy conforman el ejercicio de valor de la intimidad han determinado que esta se vea condicionada por el propio devenir de los acontecimientos sociales. Hoy la intimidad se ejerce en el seno de un

océano de usos que, como se ha tenido ocasión de indicar anteriormente, incluso, determinan el alcance de la protección de este derecho. Con ello, la intimidad corre el riesgo de verse sometida a los vaivenes de las modas y de las preferencias fluctuantes de los usos e, incluso, de las exigencias del mercado. Se ha indicado que el interés público que legitima las interferencias en la intimidad dista mucho de ser un concepto diáfano. Se puede entender como el deseo que la gente tiene de enterarse de lo que ocurre a su alrededor. Pero ese interés de la gente por estar informada de las vidas de los demás "no es fácilmente comprobable (cabe suponer que todo el mundo quiere saber algo, pero no es fácil averiguar qué es lo que quiere saber); parece que la determinación del mismo, al menos en las sociedades de tipo capitalista, deberá quedar confiada al juego de las leyes del mercado". Lo que lleva a inferir que "hay interés informativo cuando hay demanda de información, es decir, cuando los ciudadanos están dispuestos a pagar por enterarse de algo. Y, entonces, la intimidad queda sometida a las leyes de mercado" (García San Miguel, 1992, 12).

La Ley 1/1982 califica el derecho a la intimidad de "irrenunciable, inalienable e imprescriptible" (art.1.3). No parece ajustarse a tal definición legislativa la experiencia cotidiana de un mercado de compra y venta de parcelas de intimidad, especialmente, por parte de personajes públicos en el ámbito político, cultural, y artístico. También se ha convertido en una práctica consolidada por el uso la alienación de otros aspectos de la intimidad. Así, por ejemplo, parece que no se puede informar sobre determinado tipo de sucesos y siniestros (atentados terroristas, accidentes mineros, grandes catástrofes, asesinatos, secuestros, violaciones ...) si no se acompañan de imágenes o sonidos que reproduzcan el llanto, el estupor o el patetismo de las víctimas o de sus familiares. De igual modo, las informaciones sobre drogodependencia, el sida, etc., tienen que ir acompañadas de datos y/o imágenes dramáticas de quienes las padecen, especialmente, si se trata de personajes famosos. Los medios de comunicación que se recrean en esta galería de lo trágico y lo macabro legitiman su actuación aduciendo que, con ello, fomentan la solidaridad entre las gentes, la identificación de los destinatarios de estos mensajes con las situaciones de calamidad o de injusticia y, en suma, el carácter ejemplar y aleccionador que puede tener la revelación de esas imágenes para la opinión pública.

En función de lo expuesto, el dilema axiológico de la intimidad se plantea en los siguientes términos: si se desea una sociedad consciente de lo que ocurre en su entorno y solidaria con las diversas formas del sufrimiento humano, parece inevitable la invasión de espacios reservados al valor de la intimidad; si, por el contrario, se desea garantizar el valor "irrenunciable, inalienable e imprescriptible" de la intimidad, entonces habrá que poner coto a determinadas injerencias de los



medios de comunicación en el ámbito de la vida privada.

También en el plano axiológico el dilema de la intimidad debe ser clarificado. En primer término, deben salvaguardarse determinados espacios de la intimidad humana en los que la intromisión de los medios informativos nunca se halla justificada. Así, por ejemplo, en el amparo interpuesto por Isabel Pantoja contra la comercialización de un video que reproducía imágenes de la cogida y agonía de su marido, el torero Paquirri, el Tribunal Constitucional anula una sentencia anterior del Tribunal Supremo en la que se sustentaba que la cogida, agonía y muerte del torero no formaban parte de su intimidad (STS de 28 de octubre 1986). Frente a esta tesis el Tribunal Constitucional estima que ha de rechazarse que las escenas vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino, añadiendo además que: "en ningún caso pueden considerarse públicas y parte del espectáculo las incidencias sobre la salud y vida del torero, derivada de las heridas recibidas, una vez que abandona el coso; pues ciertamente ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 de la C.E." (STC. 231/1988, FJ 8). Asimismo, resulta clarificadora la sentencia, a la que ya se ha tenido ocasión de aludir, en la que se divulgan en la prensa informaciones personales concernientes a un enfermo del sida. En ella se sostiene que para que la afectación al derecho a la intimidad por parte del ejercicio de la libertad de información sea legítima se precisa que la difusión de hechos y situaciones posean interés público. Esa "relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información de la otra" (STC. 20/1992, FJ 3).

Estas sentencias contribuyen eficazmente a clarificar los términos del debate axiológico sobre los dilemas de la intimidad. La prevaricación del lenguaje y la manipulación semántica han contribuido a que se confundan las esferas respectivas del *valor* y el *disvalor* en el proceso de la información. La libertad informativa constituye un valor irrenunciable de las sociedades democráticas, en cuanto posibilita una opinión pública *consciente* del mundo en el que vive, *crítica* respecto a los abusos y escándalos que en él tienen lugar y *solidariamente identificada* con el in-fortunio y la injusticia de los demás. En la antítesis de ese valor se sitúa el disvalor de las conductas dirigidas a transmitir y consumir noticias, a través de las versiones degradadas de la información que la convierten en: *fisgoneo*, o sea, en

curiosidad malsana que trata de averiguar, sin motivo, lo que hacen los otros; o en *entrometimiento*, que consiste en inmiscuirse en la vida y asuntos que a uno no le conciernen.

Conviene, asimismo, advertir del sesgo equívoco y tergiversador que reviste la apelación a la solidaridad por parte de quienes agreden la intimidad de lo patético y lo dramático. Es cierto que el concepto de "solidaridad" no es unívoco, ni pacífico, responde a una pluralidad de tradiciones históricas que han engendrado una diversidad de acepciones (De Lucas, 1993, 15 ss.) Se alude, por ejemplo, a una "solidaridad de los antiguos", entendida como virtud, y una "solidaridad de los modernos", como valor fundamentador de los derechos, que contribuye a forjar unas sociedades basadas en la cooperación y hace efectivo el disfrute de las libertades (Peces Barba, 1991, 221 ss.) Y se la analiza, desde otros enfoques como pauta axiológica informadora y orientadora de los *status* jurídicos subjetivos (Denninger, 1967). Por mi parte, al analizar las generaciones de derechos, he indicado que si la *libertad* fue el valor guía de los derechos de la primera generación, como lo fue la *igualdad* para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia a la *solidaridad*. Los nuevos derechos humanos se hallan aunados entre sí por su incidencia universal en la vida de todos los hombres y exigen, para su realización, la comunidad de esfuerzos y responsabilidades a escala planetaria. Sólo mediante un espíritu solidario de *sinergia*, es decir, de cooperación y sacrificio voluntario y altruista de los intereses egoístas será posible satisfacer plenamente las necesidades y aspiraciones globales comunes relativas a la paz, a la calidad de vida, o a la libertad informática (Pérez Luño, 1991, b y c). En todo caso, entiendo que el concepto actual de solidaridad integra dos dimensiones mutuamente condicionantes: a) la *ético-política*, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes o necesidades ajenas; y b) la *jurídica*, que supone un compromiso de los poderes públicos por hacer efectiva la igualdad material (Pérez Luño, 1985).

La solidaridad, en su dimensión ético-política, en la que se pretenden legitimar los atentados contra la intimidad del dolor humano, no precisa de esas representaciones ostensivas. Entre quienes proceden a través de pautas de comportamiento cívicas y éticas normalizadas, basta con la mera información o noticia del suceso que la merezca para suscitar una actitud de solidaridad. Sólo quienes padecen un déficit patológico de sensibilidad cívica y moral requieren de imágenes o sonidos trágico-macabros para adquirir conciencia solidaria. La acepción de "solidaridad" que se desprende de los términos en que se plantea el dilema, reposa en una concepción degradada de la propia solidaridad. En suma, no parece aceptable convertir la patología en regla y la perversión en virtud.

Precisado el sentido de la solidaridad, resulta evidente su contribución para superar el planteamiento axiológico dilemático de lo íntimo. Desde la perspectiva de los derechos de la tercera generación, intimidad e informática no constituyen derechos excluyentes, aparecen más bien como valores cuya concordancia práctica viene reclamada por la idea de la solidaridad: la intimidad se extiende hasta donde las exigencias de la solidaridad social imponen la primacía de la libertad de información; y ésta puede incidir en la esfera de lo íntimo *si y sólo si* la injerencia se halla legitimada por razones de solidaridad.

En estos últimos años ha adquirido notoriedad una afortunada metáfora de Ronald Dworkin (1977, XI), según la cual en las sociedades democráticas del presente los derechos fundamentales son los triunfos de la baraja que tienen en sus manos los ciudadanos para jugar, con alguna posibilidad de éxito, su partida cotidiana con el poder. Uno de esos triunfos imprescindible para una existencia libre en las sociedades democráticas es el derecho a la intimidad, por más que su ejercicio se halle acechado por una serie de dilemas algunos de los cuales se ha tenido ocasión de exponer. La tesis defendida en estas consideraciones, que ahora concluyo, es que esos dilemas pueden hallar cauces para un planteamiento clarificador.

**BIBLIOGRAFIA**

**ARA PINILLA, I**, (1990): *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid.

**ARIES, P. y DUBY G**, Editores (1985-87): *Histoire de la vie privée*, Seuil, París, 5 vols., (existe trad. cast. de F. Pérez, C. Martín, B. García y J.L. Checa Taurus, Madrid, 1987-89).

**BARCAN MARCUS, R**, (1980): *Moral Dilemmas and Consistency*, en "Mind", nº 77, pp.121 ss.

**BEJAR, H**, (1988): *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Alianza, Madrid.

**BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I**, (1987): *Honor y libertad de expresión* Tecnos Madrid.

**BING, J**, (1980): *Personal Data Systems. A Comparative Perspective on a Basic Concept in Privacy Legislation*, en "Information Privacy", vol. 2, pp. 28-33.

**BRANDEIS, L.D**, (1890-91): vid Warren, S.D.

**BRANDEIS, L.D**, (1928): *Mr. Justice L.D. Brandeis Dissenting Opinion* en el proceso *Olmstead v. United States*, recogido en Shattuck, J.H.F, (1977).

**BUSTOS PUECHE J.E**, (1992): *Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia*, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. a cargo de L. García San Miguel, cit., pp. 101-156.

**DE LUCAS, J**, (1993): *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México.

**DENNINGER, E**, (1967): *Rechtsperson und Solidarität*, Metzner, Frankfurt a. M. Berlin.

**DENNINGER, E**, (1987): *El derecho a la autodeterminación informativa*, trad. cast. de A.E. Pérez Luño, en el vol. col. *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica* (Actas del Coloquio Internacional celebrado en la Universidad de Sevilla, 5 y 6 de marzo de 1986), a cargo de A.E. Pérez Luño, Tecnos & Fundación Cultural Enrique Luño Peña, Madrid.



**DWORKIN, R.** (1977): *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 2ª ed., (existe trad. cast. de M. Guastavino, con Prólogo de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1984).

**ESPINAR VICENTE J.M.** (1992): *La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor*, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. a cargo de L. García San Miguel, cit., pp. 46-67.

**FROSINI, V.** (1982): *Cibernética, derecho y sociedad*, trad. cast de A. Salguero y R. Soriano, con Prólogo de A.E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid.

**FROSINI, V.** (1986): *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano.

**GARCIA MORENTE, M.** (1992): *Ensayo sobre la vida privada* (1935) se cita por la nueva ed. de la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid.

**GARCIA SAN MIGUEL, L.**, Editor, (1992): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid.

**HIXSON, R.F.** (1987): *Privacy in a Public Society*, Oxford University Press, New York & London.

**HOHFELD, W.N.** (1913): *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, en "Yale Law Journal", vol. XXIII, pp. 16-45 (existe trad. cast. de G. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968).

**LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P.** (1990): *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid.

**LUZON PEÑA D.M.** (1992): *Protección penal de la intimidad y derecho a la información según la jurisprudencia*, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. a cargo de L. García San Miguel, cit., pp. 68-100.

**MAIHOFFER, W.** (1968): *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Klostermann, Frankfurt a M.

**MILLER A.** (1971): *The Assault on Privacy*, The University of Michigan, Ann Arbor.

- MORALES PRATS, F.** (1984): *La tutela penal de la intimidad*, Destino, Barcelona.
- OJEDA AVILES, A.** (1990): *Un contenido esencial algo venial*, en "Revista Española de Derecho del Trabajo", nº 44, pp. 581-605.
- ORTEGA Y GASSET, J.** (1983): *El Espectador-VI*; en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, Madrid, vol.2; *El hombre y la gente*, ibíd., vol. 7.
- OSORIO, L.** (1992): *Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites de la libertad de expresión e información*, en la obra col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, vol. I, pp. 659-689.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.** (1992): *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, en la obra col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, vol. I, pp. 543-627.
- PARDO FALCON J.** (1992): *Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en "Revista Española de Derecho Constitucional", nº 34, pp. 141-178.
- PARFIT, D.** (1979): *Prudence, Morality, and the Prisoner's Dilemma*, en "The Proceedings of the British Academy", vol. LXV, pp. 539-564 (existe trad. cast. de G. Gutiérrez, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1991).
- PECES-BARBA, G.** (1982): *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid.
- PECES-BARBA, G.** con la colaboración de DE ASIS, R. y LLAMAS, A. (1991): *Curso de derechos fundamentales*, (I). Teoría general, Eudema Universidad, Madrid.
- PEREZ LUÑO, A.E.** (1985): *Dimensiones de la igualdad material*, en "Anuario de Derechos Humanos", tomo 3, pp. 253-285.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1989): *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M.G. LOSANO y M. F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1991 a): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid; 1984, se cita por la 4ª ed.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1991 b): *Las generaciones de derechos fundamentales*, en "Revista del Centro de Estudios Constitucionales", nº 10, pp. 203-217.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1991 c): *Le generazioni dei diritti umani*, en el vol. col. a cargo de F. Riccobono, *Nuovi diritti dell'età tecnologica*, (Atti del Convegno tenuto a Roma presso la Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, 5 e 6 maggio 1989), Giuffrè, Milano, pp. 139-155.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1992 a): *Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data*, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. a cargo de L. García San Miguel, cit., pp. 36-45.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1992 b): *Aspectos de la tutela del derecho a la intimidad en la Jurisprudencia*, en la obra col. *Los derechos fundamentales y libertades públicas*. XII Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, vol. 1, pp. 709-724.

**PEREZ LUÑO, A.E.**, (1993): *La LORTAD y los derechos fundamentales*, en "Derechos y Libertades", nº 1, pp. 405-424.

**PODLECH, A.**, (1984): Art. 2 Abs. 1, en *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Reihe Alternativkommentare), Luchterhand, Neuwied-Darmstadt.

**RIESMAN, D.**, (1950): *The Lonely Crowd*, Doubleday Anchor Books, Garden City (existe trad. cast. de N. Rosenblat, Paidós, Barcelona, 1981).

**SHATTUCK, J.H.F.**, Editor, (1977): *Rights of Privacy*, National Textbook Company & American Civil Liberties Union, Skokie (Illinois)-New York.

**SIMITIS, S.**, (1987): *Reviewing Privacy in an Information Society*, en "University of Pennsylvania Law Review", vol. 135, nº 3, pp. 707-746.

**TEUBNER, G.**, (1984): *Das Regulatorische Trilemma*, en "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico", vol. 13, pp. 110-133.

**TEUBNER, G.**, (1985): *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Walter de Gruyter, Berlin.

**VITALIS, A.**, (1981): *Informatique, pouvoir et libertés*, Economica, Paris.

**WARREN, S.D. y BRANDEIS, L.D.**, (1890-91): *The Right to Privacy*, en "Harvard Law Review", nº 4, pp. 193-220.

**WESTIN A.**, (1967): *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York.

**WESTIN A. y BAKER M.**, (1972): *Databanks in a Free Society*, Quadrangle Books, New York.

**YOUNGER COMMITTEE ON PRIVACY**, (1971): *Price of Privacy*, Privacy Committee of the Society of Conservative Lawyers, London.