

SAMUEL WARREN Y LOUIS BRANDEIS: *El derecho a la intimidad*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1995, 73 páginas, con introducción de Benigno Pendás y traducción de Pilar Baselga.

JAVIER GARCÍA ROCA

«El *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?» (págs. 72-73).

Este año pasado ha sido editado en castellano un clásico del derecho estadounidense (1) y, por extensión, del constitucionalismo en materia de derechos fundamentales. Siempre es grata

---

(1) Tiene el mérito de ser el trabajo más mencionado en el recuento de las citas científicas legales en los Estados Unidos –*the classic of legal scholarship*–, según se nos dice en la presentación; lo cual además de resultar decisivo –al parecer– al otro lado de la mar oceánica, conviene caer en la cuenta de que tiene en esta costa no menos importancia, pues quiere la correspondiente norma que configure un indicio de mérito a los efectos del cómputo del llamado complemento de investigación que en su caso percibimos los académicos. Un dato normativo algo extraño al pequeño mundo de las publicaciones legales, que a veces se rige por una reglas en la cita no menos extrañas, y que, por la instintiva tendencia de todo jurista a la sumisión a la norma, no me parece ni bien ni mal, pero, como ocasional usuario de ese procedimiento de evaluación, me lleva a pensar que agradecería contar, como los estadounidenses, con censos fiables de recuentos de citas –aunque fueran de pago–, que me dispensaran de tan engorrosa e inquisitorial tarea instructora.

la edición de un clásico. Pero intuyo que no parece haber tenido el eco entre nosotros que la obra, sin duda, merece y quisiera contribuir a paliar ese vacío. Pocas veces la tesis de unos autores habrá tenido tamaña acogida en un ordenamiento jurídico, sin poseer más armas que la fuerza persuasiva de sus argumentaciones, pues sabido es que la jurisprudencia estadounidense ha acabado por construir un derecho autónomo a la intimidad deducido directamente de la Constitución.

Estoy hablando del artículo publicado en 1890 en la *Harvard Law Review* por dos conocidos abogados de Boston, Warren y Brandeis, e intitulado «*The right to privac*». Un trabajo que, por la fecha de su publicación, no había sido hasta ahora de cómo acceso en España.

La personalidad y biografía, sobre todo, de Louis Brandeis (1856-1941) son sumamente interesantes (2). Hijo de unos emigrantes judíos de Praga. Temprano alumno de la Facultad de Derecho de Harvard con excelentes calificaciones. Ganó gran fama como Abogado en ejercicio por su actitud demócrata en la defensa del pueblo y paladín de los derechos civiles; así, de 1907 a 1914 defendió la constitucionalidad de varias leyes estatales que fijaban el máximo de horas de la jornada de trabajo y el salario mínimo; y todavía se habla entre los abogados del *Brandeis brief*, refiriéndose al tipo de argumentación consistente en apoyar e interpretar las disposiciones legales usando datos históricos, económicos y sociológicos u opiniones de expertos. Su obra más conocida es una colección de ensayos, denominada «*People's money and how bankers use it*» (1914) —traducida al castellano en 1994—; son unos escritos atentos a la realidad de las prácticas bancarias, a menudo abusivas, y críticos tanto con la desmesurada influencia de los banqueros en la industria como con los monopolios. Fue el primer Magistrado

---

(2) Tomo estos datos biográficos íntegramente de la siempre espléndida *The New Encyclopaedia Britannica*, volumen II, *Micropaedia*, 15.ª edición, 1989, pág. 473.

judío de la Corte Suprema, puesto para el que fue nombrado en 1916 por Woodrow Wilson, en reconocimiento por su defensa de la libre competencia en mundo de los negocios, y en el que permaneció hasta 1939. Como Magistrado continuó destacándose en la defensa de los derechos civiles, y se nos dice que desconfió tanto de ese entendimiento de la democracia que lleva a pensar que es un ejercicio ilimitado del poder del gobierno en nombre del pueblo, como de aquella concepción de las libertades individuales que permite tolerar que un acuerdo de unas pocas personas pueda monopolizar una actividad que afecta a todos. Defensor público de la causa judía y clandestino de otras. En efecto, una colección de cartas que no se publicó hasta 1982 revela que, ya siendo Magistrado de la Corte Suprema, siguió ejerciendo su actividad militante en defensa de los derechos civiles a través de un acuerdo secreto con su joven amigo Felix Frank Frankfurter —el cual sería nombrado Magistrado del mismo alto tribunal por Franklin D. Roosevelt en 1939— quien, subvencionado por Brandeis, asumió la defensa de casos tan célebres como el de los sindicalistas Sacco y Vanzetti. En nuestros días, una Universidad financiada con fondos principalmente judíos lleva su nombre. Fue, pues, según todos los indicios, un hombre libre y así lo proclama el título de una biografía suya.

La edición española viene acompañada de una breve —tal y como corresponde, ya que el artículo es igualmente breve— pero sustanciosa introducción de Benigno Pændás en la que se sitúa bien la importancia de la obra y de los autores, así como se pone de manifiesto la sorprendente y sugerente actualidad de muchas de sus reflexiones, rasgo que estimo común a todo verdadero clásico.

Mas con los supuestos clásicos uno debe andarse siempre con cuidado —casi con el mismo recelo que produce hoy el argumento de autoridad—, pues puede que realmente no lo sean y nos encontremos ante una referencia huera o inválida: un lugar común. Con frecuencia, ciertos juristas tienden a citarlos, por tradición o por moda o por clientelismo, del mismo modo que

ciertos teólogos mencionarían el mandamiento o el dogma: reproducirlos como salmodia y no leerlos (3). Pero en derecho no hay dogmas –verdades reveladas–, a no ser que superen el contraste de un juicio de razonabilidad tras una reflexión sobre la misma historia del dogma y la prueba de su aplicabilidad a los problemas que la realidad suscita: sólo entonces son verdaderos fundamentos del sistema jurídico. Puede parecer muy sencillo, pero la mejor solución frente al vicio de los clásicos es leerlos. Y «El derecho a la intimidad» supera –a mi juicio– con creces este examen. No obstante, la brevedad del escrito no debe inducirnos a confusiones, ya que, como trataré de demostrar, es todo un esbozo sistemático de la mayoría de los problemas que el nuevo derecho fundamental suscitaba: contenido, naturaleza o fundamento, limitaciones y reparaciones o medidas de restablecimiento.

Además, –dice bien Pendás– que *the right to privacy* es un prototipo de *case law*; es decir, de esa manera anglosajona evolutiva de creación del derecho en la cual, ante la aparición de

---

(3) Acaso tenga algún interés, en este contexto sobre la validez de los clásicos, reproducir una anécdota. Recien aprobada la Constitución e iniciando yo mis labores como doctorando, recuerdo la tremenda importancia que en sede académica y política se concedía en España a un trabajo «clásico» de Gaspare AMBROSINI –un profesor y político e importante miembro de la asamblea constituyente– respecto del Estado regional italiano y su precedente Estado integral español y que se suponía paradigmático y digno de imitación en la construcción del emergente Estado autonómico; su título fue entonces profusamente citado: «*Un tipo di Stato intermedio tra l'unitario e il federale, caratterizzato dall'autonomia regionale*». Un bello título. Pero no pude hallarlo en Madrid, pues había sido publicado en la *Rivista di Diritto Pubblico* en 1933; supuse que otros más hábiles o con mejores medios que yo lo habrían encontrado y leído. Merced a una beca que me permitió una estancia durante el curso 1982-83 en Roma logré finalmente leerlo en la biblioteca de la *Corte Costituzionale*, produciéndome una clara insatisfacción: un trabajo brevísimo –ocho páginas–, sin apenas notas y sin ofrecer soluciones jurídicas –más allá de la generalidad propia del eslogan político– que oponer a la sólida construcción jurídica del Estado federal. Todavía me pregunto si quienes lo citaban como razón o argumento de autoridad en nuestro período constituyente lo habrían realmente leído.

nuevos problemas o la presencia de problemas mal resueltos, se formulan nuevos principios o se extienden viejos principios a nuevos supuestos de hecho, razonando de manera inductiva a partir de precedentes jurisprudenciales, y evitando reclamar la brusca presencia del legislador. Quizá es ésta –a mi juicio– una de las facetas principales del escrito en nuestros días: es un modelo de tal método de la argumentación y resulta, por ello, muy útil para la formación del jurista. Es también un ejemplo del modo en que habitualmente el jurista pone en marcha su arsenal de razonamientos: ante la aparición de un conflicto de intereses o de un problema concreto; puesto que es notorio que Warren reclamó la ayuda de su colega de Harvard, Brandeis, molesto después de que los periódicos locales de Boston y una revista especializada en cotilleos dieran abundante información sobre su vida conyugal.

No es ocioso señalar –ya que no es tan frecuente como pudiera parecer– que el texto está púlcramente traducido por Pilar Baselga de cuyo trabajo como documentalista se han beneficiado durante tiempo tanto las Cortes Generales como el Tribunal Constitucional. Un botón de muestra está en la rigurosa opción por el sustantivo «intimidad» en vez de por el anglicismo «privacidad» –ya sé que el legislador lo utiliza en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal– a la hora de traducir «privacy»; si bien la mayor amplitud que la jurisprudencia anglosajona otorga a la «privacy» respecto de nuestra «intimidad», me hacen pensar que tampoco hubiera sido desdeñable la expresión «vida privada», la cual denota un objeto de perfiles más extensos y, aunque es de origen francés, no suscita reparos en castellano.

Quiero, por último, señalar que estimo cada vez más necesario para la doctrina científica aproximarse con calma a la comprensión del contenido de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica, comparada y axiológica y no arrancando directamente de las normas positivas o de las elaboracio-

nes jurisprudenciales, como con frecuencia en nuestros días se hace. Porque la historia del dogma y, en general, este tipo de aproximación es uno de los pocos límites reales a la interpretación constructiva de esos derechos que los Tribunales Constitucionales efectúan y una brújula para navegantes. De ahí el interés de trabajos clásicos, en el origen del derecho, como el que nos ocupa.

La primera idea sugerente que advierto en el artículo de Warren y Brandeis afecta a la configuración del espacio de lo público en una sociedad a través de la comunicación y al mismo papel de los medios. El chismorreo o la murmuración –«bochinche» dicen en algunos lugares de Hispanoamérica– al que resulta tan aficionada cierta prensa, de manera creciente, es dañino no sólo por el agravio, e incluso sufrimiento, que origina en los afectados en su vida privada por el cotilleo, sino, sobre todo, porque ocupan el espacio público disponible para los temas de verdadero interés en una comunidad; un chisme en apariencia inocuo es un mal, porque invierte la importancia relativa de los asuntos; «usurpa el tiempo y el interés que en las mentes se debiera dedicar a otros menesteres» y –concluyen– «en esto, como en otras ramas del comercio, la oferta crea la demanda» (págs. 27 y 28).

Con el temor de que se me tache de «paternalista» –idios me libre!– en estos tiempos en que el debate sobre regulación y desregulación –«liberalización»– de la televisión y de todas las telecomunicaciones vuelve a plantearnos el valor efectivo del mercado para resolver cierta clase de problemas, tiendo a compartir esta tesis. Me parece que, en el mundo de la comunicación, en gran parte es la oferta de los medios la que crea la demanda de los espectadores, y no al revés. Y me pregunto, por eso, si podremos en el futuro tener una verdadera democracia de ciudadanos, gentes con vidas privadas y derechos de participación política, si los medios de comunicación invierten gran parte del tiempo y espacio públicos en crear una oferta para consumidores de chismes; no obstante, puede que el problema quede muy amortiguado –no lo sé–, porque, pese a todo, es ver-

dad que la multiplicidad de medios en distintos soportes hace que muchos de los ciudadanos contemporáneos –desde luego no todos– tengan más información que nunca y probablemente de la que es posible asimilar. En todo caso, la incidencia de la prensa –hoy diríamos de los medios– en la configuración de lo público se percibe bien en esa reflexión de finales del XIX, y el enigma sigue siendo el mismo.

El problema que los autores se plantean es si existe en el derecho entonces vigente algún principio que pueda ser debidamente invocado para amparar la intimidad de la persona y, de ser así, cuál es la naturaleza y extensión del amparo. Y responden razonadamente que el *common law* reconoce un derecho general a la intimidad que protege frente a las invasiones de la misma.

La argumentación viene a ser la siguiente. El *common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta que punto pueden ser comunicados sus pensamientos y sentimientos; en un sistema político democrático no se puede forzar a alguien a expresarlos y, además, cuando se ha elegido expresarlos, se mantiene el poder de fijar los límites de la publicidad que se les pueda dar; independientemente del medio de expresión que se utilice: la palabra, las señas, la pintura, la escultura o la música (una afirmación que apoyan con distintos precedentes que reseñan). La existencia de ese derecho no depende ni de la naturaleza del pensamiento ni del medio. Es el autor quien tiene derecho a decidir si lo suyo debe salir a la luz pública, pues nadie tiene el derecho a publicar las obras de otro sin su consentimiento. «Este derecho se pierde únicamente cuando el propio autor comunica su obra al público, en otras palabras, cuando la publica» (pág. 33).

Sentado el contenido del derecho a la intimidad en sus líneas maestras, los autores se interrogan después acerca de ¿cuál es su naturaleza o fundamento? Y, para dar respuesta a la pregunta, pasan detallada revista a la jurisprudencia recaída en casos precedentes de publicaciones ilícitas, sin el consentimiento

to del titular, y que afectaban a la propiedad de muy diversos objetos: cartas privadas, conferencias inéditas, cuadros, fotografías, etc...; y encuentran en esta jurisprudencia un triple fundamento.

Algunas resoluciones judiciales presumían la existencia de un contrato tácito y no escrito o de la buena fe, y declaraban la publicación intolerable por vulnerar la equidad o el interés público y resultar un quebrantamiento de la confianza contractual exigible o un abuso (v. gr. la venta incontestada de copias de una fotografía hecha por encargo a una señora); pero esta doctrina no servía de base para la concesión de una reparación en los casos de daños causados por un extraño, en los cuales difícilmente podía construirse un contrato ni siquiera ficticio.

Otros pronunciamientos adoptaban la teoría de la propiedad intelectual (v. gr. sobre las cartas o manuscritos inéditos), especialmente cuando la publicación incontestada se hacía para obtener un beneficio.

Pero los autores llegan al convencimiento de que los derechos así tutelados no emanan de un contrato tácito ni de la ruptura de la buena fe ni de la propiedad intelectual, son derechos *erga omnes* amparados por un derecho general a la intimidad; y éste no es realmente –afirman– un principio nuevo, sino la aplicación de un principio vigente a supuestos de hecho nuevos, pues el *common law* había venido amparando durante siglo y medio casos de intimidad con distintos fundamentos.

De suerte que, si el derecho existe y la violación de la intimidad constituye una infracción, se dan todos los elementos para exigir una reparación; y en apoyo de esta tesis mencionan una ley –ahora sí– francesa de 1868 que castigaba la publicación escrita de hechos relativos a la vida privada con una multa.

¿Qué limitaciones debe de tener este derecho? Ambos ya barruntan la dificultad de precisar en abstracto y de manera



general, adelantándose a la experiencia que den los casos, por donde discurre la frontera entre intimidad y publicidad, pero, utilizando la analogía con los criterios dados en los asuntos fallados con arreglo a la legislación de propiedad intelectual y con la ley de difamación y libelo –de nuevo, un buen ejemplo de metodología jurídica–, sientan las siguientes reglas, muchas de ellas aún de innegable actualidad:

a) El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general. Pese a la dificultad de aplicación que entraña esta regla ofrecen algunas pautas que no me resisto a reproducir textualmente:

«la finalidad del derecho debe ser tanto garantizar a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad que no se han de ver arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, como proteger a toda persona, sea quien sea por su *status* o por su posición social, de ver divulgados, contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados» (págs. 62-63).

«... hay personas que pueden, razonablemente, reclamar como un derecho el amparo frente a la notoriedad que les acarrea el haber sido víctimas de una acción periodística. Hay otras que, en grados diferentes, han renunciado al derecho de vivir sus vidas al abrigo de la atención pública. Asuntos que, con razón, pueden las primeras mantener que les conciernen únicamente a ellas, pueden ser objeto del legítimo interés de sus conciudadanos en el caso de estas últimas» (pág. 63).

«Todos los hombres por igual tienen derecho a mantener ciertas cosas a salvo de la curiosidad popular, tanto si están en la vida pública como si no» (pág. 65).

Una publicación debería ser prohibida cuando haga referencia a la vida privada de un individuo y no tenga una conexión legítima con la adecuación de su titular para ostentar un cargo público o cuasi público.

b) El derecho a la intimidad no prohíbe dar información sobre temas de naturaleza privada, si se trata de una información calificable conforme a la ley como de «privilegiada», según ocurriría ante un tribunal de justicia para hacer valer el derecho a la defensa, o ante una comisión parlamentaria o cámara legislativa.

c) No debe concederse normalmente una reparación por una violación de la intimidad cuando la publicidad se haga en forma oral en un área muy reducida y sin causar daños especiales, en virtud de lo insignificante del agravio.

d) El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo o con su consentimiento; del mismo modo, la circulación de una comunicación privada con una finalidad y publicidad restringidas no es una publicación en sentido jurídico.

e) La veracidad de lo que se publica no supone una defensa frente a la existencia de la lesión constitucional, porque la reparación que se pretende no es frente a la falsedad de los hechos sino frente al agravio a la intimidad o vida privada.

f) La ausencia de malicia en quien hace público algo no constituye tampoco una defensa, porque la violación de la intimidad es en todo caso la misma; debe jugar aquí —entienden— la misma regla que con la responsabilidad por daños.

Finalmente, respecto de las reparaciones, argumentan también siguiendo pautas elaboradas en precedentes recaídos en la aplicación de las leyes de difamación y de propiedad intelectual, y establecen la necesidad de que se otorgue en todo caso una indemnización por daños, incluso, en ausencia de unos daños específicos y fácilmente cuantificables, debiendo bastar con la constatación de una agresión a los sentimientos. En un número muy limitado de casos, sería deseable, además, que la intimidad de la persona recibiera la protección añadida del derecho penal y de la responsabilidad criminal, aunque para esto

—admiten— sería preciso una ley formal (de hecho, reproducen un borrador de proyecto de ley, para castigar las transgresiones de la intimidad con penas privativas de libertad o con multas, elaborado por un destacado miembro del Colegio de Abogados de Boston en aquellas fechas; nada hay nuevo bajo el sol); de todas maneras la protección de la sociedad —piensan— debe de venir principalmente del reconocimiento de los derechos de la persona y no de la criminalización de conductas.

No hace al caso plantearnos cuáles de estos razonamientos y subsiguientes conclusiones son todavía correctos, lo que nos llevaría a hacer casi una monografía sobre la intimidad, pero parece manifiesto que los problemas siguen siendo similares y que las argumentaciones de Warren y Brandeis conservan validez, pues son extremadamente sugerentes para iniciar cualquier reflexión sobre los problemas que produce la colisión entre lo privado, la intimidad o vida privada, y lo público, ese derecho a comunicar y recibir libremente información veraz que en su dimensión institucional —según gusta decir al Tribunal Constitucional— es garantía de una opinión pública libre.