

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

**“LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO
CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO”**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

SANDRA JEANNETTE GONZÁLEZ RIVERA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

GUATEMALA, JUNIO DE 2007

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO:	Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana
VOCAL I:	Lic. César Landelino Franco López
VOCAL II:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL III:	Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez
VOCAL IV:	Br. José Domingo Rodríguez Marroquín
VOCAL V:	Br. Marco Vinicio Villatoro López
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Juan Carlos Godinez Rodríguez
Vocal:	Lic. Héctor David España Pinetta
Secretario:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Leonel Armando López Mayorga
Vocal:	Lic. Hector René Granados Figueroa
Secretario:	Lic. Elmer Antonio Alvarez Escalante

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la elaboración de tesis de la licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

CORPORACION DE SERVICIOS JURIDICOS
BUFETE ASOCIADO

Lic. Julio Rodolfo Batres Mena



Guatemala, 22 de septiembre de 2006

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, de fecha dos de febrero del dos mil seis, en el que se dispone nombrarme como Asesor, del trabajo de tesis de la bachiller **SANDRA JEANNETTE GONZÁLEZ RIVERA**, el cual se intitula "**LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO**", para lo cual rindo el siguiente dictamen:

Expreso a usted, que el trabajo fue realizado con las recomendaciones, modificaciones e instrucciones dadas, en vista de la contribución técnica y científica, que se hace a través de la presente tesis en cuanto al estudio que el derecho a la intimidad es un derecho de naturaleza personal.

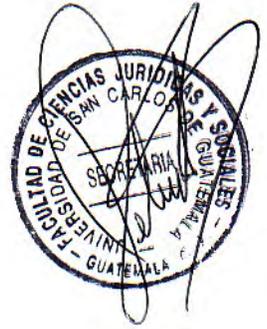
La técnica de investigación utilizada, ha sido el método jurídico, atendiendo a los datos socioeconómicos, culturales y político-jurídicos, los que han servido de guía en el desarrollo del presente estudio, y por otra parte el acopio de información doctrinaria y documental, la que considero que se ha manejado con la metodología pertinente, quedando dichos extremos garantizados en la presentación del informe final, lo que asociado a una buena redacción y la importancia de las fuentes consultadas, trae consigo que la presente sea una investigación bien estructurada.

Coincido con la postura manejada en las conclusiones y recomendaciones del trabajo de tesis, en el sentido, que la intimidad es un derecho inherente a la persona humana, incluso anterior al propio Estado, debiendo estar configurado constitucionalmente de manera expresa para evitar que el Estado o los particulares lo invadan de una u otra forma.

En conclusión, y en virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito derivadas del examen del trabajo, y por las razones anteriormente expresadas, considero que es procedente emitir dictamen favorable al mismo, debiendo continuar con el trámite respectivo.

Deferentemente,





UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, dieciocho de octubre de dos mil seis.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) RONALD DAVID ORTIZ ORANTES,
para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante SANDRA
JEANNETTE GONZÁLEZ RIVERA, intitulado: "LA REGULACIÓN DEL DERECHO A
LA INTIMIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO".

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado (a) para realizar las
modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación,
asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer
constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de
Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.


LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

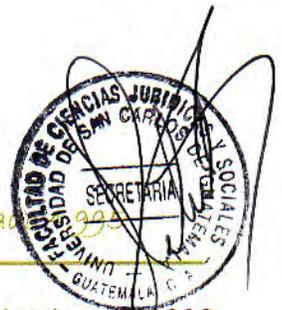


cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh



BUFETE JURÍDICO PROFESIONAL
Lic. Ronald David Ortiz Orantes
Abogado y Notario

Colegiado



Guatemala, 03 de noviembre de 2006

Licenciado
Marco Tulio Castillo Lutín
Coordinador de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Respetable Licenciado Castillo Lutín:

De acuerdo con el nombramiento emitido por esa Unidad, de fecha dieciocho de octubre del dos mil seis, en el que se dispone nombrarme como Revisor, del trabajo de tesis de la bachiller **SANDRA JEANNETTE GONZÁLEZ RIVERA**, el cual se intitula **“LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO”**, para lo cual rindo el siguiente dictamen:

Expreso a usted que el trabajo fue realizado con las recomendaciones, modificaciones e instrucciones dadas, en vista de la contribución técnica y científica, que se hace a través de la presente, en cuanto al estudio sobre el derecho a la intimidad como el derecho que tiende a proteger la vida privada del ser humano. De la revisión practicada, se establece que el trabajo cumple con todos los requisitos exigidos por la reglamentación universitaria vigente,

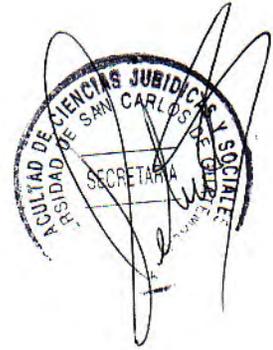
La técnica de investigación utilizada, ha sido a través del método jurídico, tomando en consideración los antecedentes socioeconómicos, culturales y político-jurídicos, los que han servido de guía en el desarrollo del presente estudio, así también el acopio de información doctrinaria y documental, la que considero se ha manejado con la metodología apropiada, quedando dichos extremos garantizados en la presentación del informe final.

Concuerdo con la postura manejada en las conclusiones y recomendaciones del trabajo de tesis, en el sentido que la intimidad es el derecho que toda persona posee, es decir, el espacio reservado en el cual desenvuelve su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella.

En virtud de haberse satisfecho las exigencias del suscrito y por las razones ya expresadas, considero que el mismo debe continuar con el trámite, a efecto de que se ordene su impresión, y se señale día y hora para su discusión en el correspondiente examen público, con mi **DICTAMEN FAVORABLE**.

Deferentemente,

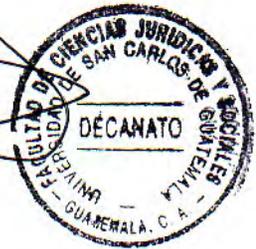




DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticinco de abril del año dos mil siete

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante SANDRA JEANNETTE GONZÁLEZ RIVERA, Intitulado "LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL GUATEMALTECO" Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público de Tesis.

MTCL/slh



DEDICATORIA

A DIOS SUPREMO CREADOR: Fuente de entendimiento y sabiduría, doy infinitas gracias.

A MI PATRIA: Mi amada Guatemala.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: Gloriosa y tricentenaria fuente del saber, forjadora de grandes intelectos.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES: Por sentirme orgullosa de egresar de ella, y darme la oportunidad de aprender y forjarme como profesional.

A MIS PADRES: Victoriano González Pérez (QEPD) y Olga Marina Rivera Meza (QEPD), mi eterna gratitud por darme la vida, por su gran corazón y capacidad de entrega pero sobre todo por enseñarme a ser responsable, estarán siempre presentes en cada momento de mi existencia.

A MIS HERMANOS: Gloria, Floridalma, Sonia, Irma, Marisol, Olga Patricia y Marco Tulio, gracias por su cariño. Y como un homenaje a la memoria de Jorge Leonel y Marien González Rivera, aunque en el cielo se encuentran, siempre sus recuerdos estarán presentes en mi mente y corazón, dándome la fortaleza y motivándome a seguir adelante.

A UN SER ESPECIAL:

José Rafael Mencos Guzmán (QEPD), quien con su inmenso amor, me instruyo en el camino correcto de la vida, sus consejos fueron y serán eficaz medicina para atenuar los golpes de la vida, gracias por haberme brindado siempre tu amor y cuidados, y quererme como tu hija.

A MI ESPOSO:

Licenciado Rafael Morales Solares, gracias por tu apoyo para alcanzar este triunfo, el que comparto hoy contigo.

A MIS HIJOS:

Luis Fernando Rafael, Flor de María, Astrid Desiré y Karla Michelle, por ser ustedes mi inspiración y mi fuerza para seguir adelante y no claudicar, les amo con toda mi alma, mente y corazón.

A MIS AMIGOS:

Gracias por su apoyo y ánimo en cada uno de los momentos en que a mi lado han estado.

A MI ASESOR DE TESIS:

Licenciado Julio Rodolfo Batres Mena, por su paciencia y dedicación en la realización de esta Tesis.

A MI REVISOR DE TESIS:

Licenciado Ronald David Ortiz Orantes, por su colaboración en la realización de este trabajo.

A USTED:

Que recibe ésta tesis, por su amistad.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. La intimidad.	
1.1. Concepto.....	1
1.2. El fenómeno, la idea y el derecho.....	1
1.3. Lo privado y lo íntimo.....	3
1.4. El origen de la intimidad.....	5
1.4.1. Teoría racionalista.....	6
1.4.2. Teoría histórica.....	7
1.5. El desarrollo histórico de la intimidad.....	8
1.5.1. Antigüedad preclásica y pueblos orientales.....	8
1.5.1.1. Grecia antigua.....	9
1.5.1.1.1. La “Polis”.....	9
1.5.1.1.2. La crisis de la “Polis”.....	13
1.5.1.2. Roma.....	15
1.5.1.3. El cristianismo.....	17
1.5.2. Pueblos germánicos.....	21
1.5.3. Edad media.....	22
1.5.4. La modernidad.....	25
1.5.4.1. La modernidad medievilizante española.....	25
1.5.4.2. El renacimiento.....	27
1.5.4.3. La reforma protestante.....	28
1.5.4.4. El liberalismo.....	31
1.5.4.4.1. Liberalismo moderado o inglés.....	32
1.5.4.4.2. Liberalismo radical o francés.....	36
1.5.4.5. La sociedad urbana o industrial.....	39

	Pág.
1.5.4.6. El totalitarismo.....	44
1.5.4.7. Estado de bienestar y capitalismo de consumo.....	47
1.5.4.8. Sociedad post-industrial de la información.....	49
1.6. Características de la intimidad.....	53
1.7. La intimidad como derecho fundamental.....	53

CAPÍTULO II

2. Aspectos que comprende el derecho a la intimidad	
2.1. La vida privada.....	57
2.2. la vida familiar.....	59
2.3. El respeto al domicilio	60
2.3.1. Concepto.....	61
2.3.2. Sujetos.....	61
2.3.3. Objeto.....	62
2.3.4. Fundamento.....	62
2.3.5. Contenido.....	63
2.4. La correspondencia.....	63
2.4.1. Concepto.....	63
2.4.2. Sujetos.....	64
2.4.3. Objeto.....	64
2.4.4. Fundamento.....	65
2.4.5. Contenido.....	65
2.5. Las comunicaciones telefónicas.....	65
2.5.1. Concepto.....	66
2.5.2. Sujetos.....	67
2.5.3. Objeto.....	67
2.5.4. Fundamento.....	67
2.5.5. Contenido.....	67
2.6. El derecho a la autodeterminación informativa.....	68

	Pág.
2.6.1. Concepto.....	68
2.6.2. Sujetos.....	69
2.6.3. Objeto.....	69
2.6.4. Fundamento.....	70
2.6.5. Contenido.....	70
2.7. Protección del honor.....	71
2.7.1. Concepto.....	71
2.7.2. Dimensiones de este derecho.....	72
2.7.3. Sujetos.....	72
2.7.4. Fundamento.....	73
2.7.5. Contenido.....	73
2.8. Otros derechos próximos.....	73
2.8.1. Derecho a la educación.....	73
2.8.1.1. Concepto.....	73
2.8.1.2. Sujetos.....	74
2.8.1.3. Objeto.....	74
2.8.1.4. Fundamento.....	75
2.8.1.5. Contenido.....	75
2.8.2. Derecho a la propia imagen.....	76
2.8.2.1. Concepto.....	77
2.8.2.2. Sujetos.....	78
2.8.2.3. Objeto.....	78
2.8.2.4. Fundamento.....	79
2.8.3. Derecho al matrimonio.....	80
2.8.3.1. Derecho matrimonial.....	80
2.8.3.2. Matrimonio.....	80

CAPÍTULO III

3. El derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco.

	Pág.	
3.1	Antecedentes históricos del derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco.....	85
3.1.1	Constitución de Bayona.....	85
3.1.2	Constitución política de la monarquía española.....	85
3.1.3	Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes.....	86
3.1.4	Bases Constitución Federal de 1823.....	86
3.1.5	Primera Constitución del Estado de Guatemala de 1825.....	86
3.1.6	Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica.....	87
3.1.7	Declaración de los derechos del estado y sus habitantes del 14 de diciembre de 1839.....	87
3.1.8	Acta Constitutiva de la República de Guatemala del 19 de octubre de 1851.....	88
3.1.9	Ley Constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, el 11 de diciembre de 1879, y sus reformas.....	88
3.1.10	Reformas a la Constitución de la República de Guatemala, contenidas en el Decreto número 7 de fecha 11 de marzo de 1921.....	88
3.1.11	Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 11 de marzo de 1945.....	89
3.1.12	Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 2 de febrero - de 1956.....	89
3.1.13	Constitución de la República de Guatemala, decretada el 15 de septiembre de 1965.....	90
3.1.14	Constitución de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985.....	91
3.2	Los convenios internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Guatemala.....	92

	Pág.
3.3 La jurisprudencia constitucional en el derecho guatemalteco relacionada con la intimidad.....	95
3.4 Regulación normativa del derecho a la intimidad en otros países.....	101
CONCLUSIONES.....	105
RECOMENDACIONES.....	107
ANEXOS.....	109
BIBLIOGRAFÍA.....	123

INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son protagonistas en la historia de la humanidad desde los albores del constitucionalismo moderno, erigiéndose como límites al poder absoluto del Estado, no es casual que los primeros registros sobre los derechos humanos coincidieran con las primeras constituciones escritas. Sin embargo, los derechos humanos durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, ocupaban un papel modesto en la agenda pública y social, y los mecanismos para su protección eran muy limitados. No fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial, con la derrota de los regímenes fascistas que los derechos humanos adquirieron verdadera importancia.

En nuestros días el respeto a los derechos fundamentales y la existencia de mecanismos especiales para hacerlos respetar o para restituir a los individuos en el goce, son condiciones esenciales del Estado democrático de derecho. No puede hablarse de democracia y de constitución sin respeto a los derechos humanos, la importancia actual de los derechos fundamentales se refleja en las políticas públicas, en la legislación, en las organizaciones sociales, entre otros ámbitos, estos derechos básicos forman parte ya de nuestra cultura.

La importancia del derecho a la intimidad radica en el reconocimiento de que, no es suficiente proteger solamente los derechos tradicionales como el derecho a la vida, sino que también es necesario remover los obstáculos para disfrutar de una vida plena, sin intromisiones ni obstáculos de ninguna especie.

En Guatemala el derecho a la intimidad se encuentra parcialmente protegido y no esta reconocido como tal en la constitución, protegiendo únicamente ciertas manifestaciones de la misma, en especial, los derechos a la inviolabilidad del domicilio, de correspondencia, documentos y libros, lo que genera un vacío normativo y deja la puerta abierta a la impunidad en casos de violaciones a ese derecho.

En mi hipótesis, “el derecho a la intimidad, por no estar configurado expresamente en la Constitución Política de la República deja librada a la interpretación de los jueces los aspectos que esta podría abarcar, por lo que se hace necesaria una reforma constitucional o que el mismo se desarrolle a través de una ley ordinaria”. Esta investigación tiene por objeto ubicar la configuración constitucional del derecho

fundamental de la intimidad en nuestra carta magna, así como determinar en que artículos constitucionales se encuentra contemplado tal derecho; estableciendo así mismo, en que parte de nuestra Constitución Política se abordan por separado aspectos del mismo. En el supuesto de que, la intimidad es un derecho inherente a la persona humana, incluso anterior al propio Estado, debiendo estar configurado constitucionalmente de manera expresa para evitar que el Estado o los particulares lo invadan de una u otra forma.

Debemos entender que todos los seres humanos tenemos una vida privada conformada por aquella que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no esta destinada a trascender e impactar a la sociedad de manera directa y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no son de su incumbencia, ni les afecta.

Podemos decir entonces que la necesidad de intimidad es propia del ser humano y que el respeto a su vida privada manteniendo alejadas injerencias no deseables e indiscreciones abusivas, permitirá que la personalidad del hombre se desarrolle libremente. Sin duda alguna el respeto a la vida privada y a la intimidad tanto personal como familiar, constituyen un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación, y subsanar los daños ocasionados.

Podemos definir a la intimidad como el derecho que concierne a toda persona a tener una esfera reservada en la cual desenvuelve su vida sin que la indiscreción ajena tenga acceso a ella. O bien como el derecho del individuo a decidir por sí mismo en que medida quiere compartir con otros su pensamiento y sentimientos, así como los hechos de su vida personal.

En el primer capítulo de esta investigación se desarrolla lo referente a la historia de la intimidad, en base a la opinión de varios autores, encontrando que en todas las sociedades y en diferentes épocas ha existido el conocimiento de lo íntimo, el que ha ido ligado a una especulación sobre la libertad. Si bien ciertos rasgos básicos de la intimidad, se encuentra en todas las sociedades, el grado o la proporción concreta de la misma son variables. Puede decirse que la protección de la intimidad en los pueblos primitivos es menor o cuando menos, distinta de la que es usual en nuestros días.

Permitiéndonos entender que en la sociedad primitiva, el incentivo individual esté muy cerrado.

Los hombres, en esta sociedad se hallan muy cerca del molde común de la raza, andan por caminos pre-determinados, no se dirigen a si mismos en ninguna de las preocupaciones importantes de su vida, no tiene ni capacidad para la libertad a la sanción de protección de la misma. La vida entera de los pueblos primitivos está regida por las costumbres, hay un modo correcto, y solo uno, de hacer cada cosa, hallándose sumido en el grupo sin una reverencia propia importante.

Algo similar ocurrió en los pueblos orientales, en los que faltaba una cierta libertad espiritual, una libertad de espíritu que es una condición indispensable para poder ejercer una crítica sobre las diversas manifestaciones de la vida social. Esta vida social en el antiguo Oriente sufría el peso de las costumbres y de los comportamientos fijados, a los que se considera como sí hubiesen sido impuestos por potencias superiores, de suerte que ni en el terreno social, político y religioso surgieron cuestiones sobre la razón y el valor de las instituciones. Cuando el espíritu está así de sujeto a fuerzas exteriores, impidiendo el desarrollo del mundo de la vida intima, es la teocracia la que predomina, ya sea bajo la forma de la deificación del rey, o bajo la forma de un control del rey por una casta sacerdotal que en realidad sea la que gobierne.

Se enfoca a la intimidad partiendo de tres puntos de vista el primero como fenómeno sufre fuertes ataques, pero paradójicamente también encontrará condiciones favorables; el segundo como idea, el que será objeto de la preocupación de importantes pensadores; y por último como derecho experimentará un importante desarrollo.

En el segundo capítulo se desarrollan varios aspectos que comprende el derecho a la intimidad, entre los que se encuentran: el derecho a la inviolabilidad de la vida privada llamada también privacidad, que consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público.

El derecho a la inviolabilidad de la vida familiar, como unidad, puede hacerse vulnerable a la presión social, económica y política. Las leyes de los derechos humanos buscan fomentar la unidad de la familia especificando obligaciones estatales para

mantenerla junta y unirla cuando se vean separadas, por ejemplo como resultado de una crisis de refugiados.

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, es aquel derecho por virtud del cual el titular del mismo exige la intangibilidad e intimidad de aquellos recintos en los que desarrolla habitualmente su vida personal.

El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, definido como aquel derecho por virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado la detención y la apertura ilegal de la correspondencia.

El derecho a la intimidad frente a las escuchas telefónicas o derecho a impedir que se realicen interceptaciones telefónicas ilegales, se define en su acepción más amplia como cualquier acto de interferencia en las comunicaciones telefónicas ajenas, bien con la finalidad de impedir las, o con la finalidad de tener conocimiento de ellas.

En el tercer capítulo se desarrolla lo referente al derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco, conociendo la importancia y la forma en que este derecho fue regulado en nuestra constitución en el transcurso del tiempo, este derecho ha sido consagrando, como un derecho fundamental, en algunas constituciones, entre estos países cabe destacar a: Portugal, Alemania, Finlandia, Suecia, Austria, España, Estados Unidos de Norte América, El Salvador y otros; así mismo, ha sido reconocido por las principales declaraciones internacionales de derechos humanos.

En base a lo expuesto e investigado y de una manera sencilla, he adjuntado dentro de esta tesis una propuesta de ley, considerando que es necesario proteger el derecho a la intimidad personal y familiar, reconociéndole como una garantía fundamental, y si este, fuere lesionado es necesario imponer mecanismos de defensa contra actos de las propias autoridades y de particulares, que en el ejercicio indebido y excesivo de sus derechos y libertades de expresión e información pudieran transgredir esos derechos fundamentales relativos a la intimidad.

En el presente trabajo he aplicado el método jurídico, sin obviar factores, como datos socioeconómicos, culturales y político-jurídicos, los que han servido de guía en el desarrollo del presente estudio, y por otra parte el acopio de información doctrinaria y documental.

CAPÍTULO I

1. La intimidad

Aun cuando está claro que los seres humanos somos criaturas sociales, que requerimos de la convivencia e interacción con otros para satisfacer nuestras necesidades, esto no significa que nos entreguemos totalmente a la vida social, exponiéndonos ilimitadamente a los demás.

Se ha sostenido que toda persona tiene un “anillo exterior”, o ámbito social, en el cual la regla es que todos los demás pueden ingresar en forma más o menos irrestricta. En este anillo exterior nos movemos diariamente en nuestras relaciones con los demás, en el trabajo, en la calle, en los establecimientos comerciales. Este ámbito social permite que no solamente las personas que conocemos poco sino incluso los más perfectos desconocidos puedan dirigirse a nosotros en el transcurso de nuestras labores y actividades públicas, un ejemplo de ello es la persona que se acerca a otra para preguntarle la hora, el cliente y cajero en un banco o supermercado.

Pero, correlativamente, cada persona también necesita reservarse un espacio o “anillo interior”, que se conoce como ámbito de intimidad, en el que la regla se invierte: de él están excluidos todos a quienes no hayamos otorgado la posibilidad de ingreso. El grupo de personas que se mueve en ese espacio interno suele estar restringido a los familiares y a las amistades íntimas.

1.1. Concepto:

En su sentido más general el derecho a la intimidad puede ser definido como aquel derecho humano por virtud del cual la persona individual, tiene el poder de excluir a las demás personas del conocimiento de su vida personal, sentimientos, emociones, datos biográficos, personales e imagen, determinando en qué medida esas dimensiones de la vida personal pueden ser legítimamente comunicados a otros.

1.2. El fenómeno, la idea, el derecho:

La intimidad puede ser contemplada desde una triple perspectiva: como fenómeno (factor socio-económico), como idea (factor cultural) y como derecho (factor político-

jurídico). Las tres perspectivas son necesarias para un estudio de este tipo, pero no son sincrónicas, puede darse la intimidad como fenómeno y no hallarse ni en la idea ni en el derecho a la intimidad. Puede encontrarse la intimidad como fenómeno y como idea y aún no estar formulada como derecho, y finalmente puede producirse una situación en la que la intimidad aparezca como fenómeno, idea y derecho, y en todos los casos la intensidad de las tres perspectivas puede variar.

- *La intimidad como fenómeno:* Esto ha sido estudiado brillantemente por Ortega y Gasset, dicho autor, establece una “topología de la intimidad”, distinguiendo en la misma las esferas de la vitalidad, el alma y el espíritu, señala que la intimidad es un fenómeno, un hecho, no una hipótesis metafísica¹. Esta tesis de Ortega apareció avalada por numerosas autoridades antropológicas, entre ellas, Westin², quien fundado en un sólido aparato antropológico afirma que ciertos aspectos de la intimidad se encuentran prácticamente en todas las sociedades humanas del pasado o del presente, admite que se pueden encontrar múltiples ejemplos de sociedades primitivas y modernas que no aceptan normas sobre la intimidad del tipo existente en Estados Unidos de América. Esto no prueba que no haya necesidad universal de intimidad, ni procesos universales de ajuste entre la intimidad, el desvelamiento y la vigilancia en todas las sociedades. Esos ejemplos solo sugieren que cada sociedad debe ser estudiada en sus propios términos, debiendo enfocarse las costumbres sociales para ver si hay normas sobre la intimidad que sean designadas con otras palabras, debiendo reconocerse la dificultad de las comparaciones inter-culturales. Por eso, para Westin, el análisis debe reconocer el hecho de que hay medios psicológicos para alcanzar la intimidad para el individuo o la familia, así como arreglos físicos, medios que son cruciales en aquellas sociedades donde la vida comunal hace imposible la soledad o la intimidad dentro de las áreas en la que se desarrolla la vida del grupo³. Westin llega, incluso, a aducir experiencias zoológicas, relacionadas principalmente con el instinto de territorialidad, de las que podría

¹ Ortega y Gasset, José, **Vitalidad, alma, espíritu en el espectador**, tomos V y VI, pág. 84.

² Westin, Alan F.: **Privacidad y libertad**, p.13.

³ Westin, Alan F., **Privacidad y libertad**, pág. 12.

extraerse la existencia del fenómeno de la intimidad incluso en el reino animal⁴. En consecuencia, puede decirse que la intimidad como fenómeno y manifestada por medios psicológicos o físicos es observable en cualquier sociedad.

- *La intimidad como idea*: Los hombres pueden estar realizando actos que traducen un ejercicio de la intimidad, pero eso no significa que hayan tomado conciencia de la misma. De alguna manera, y en la medida en que está presente en todas las sociedades humanas, la intimidad es un instinto. La forma de conciencia sobre la intimidad, no se encuentra en todas las sociedades, y aún en las sociedades en que se encuentra, el grado de teorización puede variar. Puede decirse que es en la civilización occidental donde la idea de intimidad alcanza su máximo desarrollo especulativo. Sea como fuere, allí donde no solo se encuentra el fenómeno de la intimidad, sino también su idea, la intimidad alcanza desarrollos desconocidos en las culturas que no la han acogido.

- *La intimidad como derecho*: Es difícil hablar de la intimidad como derecho allí donde previamente no ha sido teorizada. Sin este previo sustrato conceptual, el reconocimiento jurídico de la misma es más improbable, aunque no necesariamente imposible, pues pueden encontrarse normas protectoras de esferas de intimidad allí donde no se ha especulado sobre la misma, ejemplo de lo cual serían ciertas normas protectoras, entre ellas de la inviolabilidad del domicilio. Allí se pretende fundamentalmente hablar de la intimidad como derecho, pero ella requerirá en algunos momentos atender al fenómeno o a la idea de intimidad para comprender mejor su aspecto jurídico

1.3. Lo privado o lo íntimo:

En la legislación en general (Derecho comparado), íntimo y privado aparecen como sinónimos, si bien como veremos no son términos equivalentes. *Lo privado* es, aquello restringido, dominio de unos pocos, referido a lo doméstico y familiar, de aquellos asuntos del sujeto, que no necesariamente deben ser divulgados. Es el

⁴ *Ibid*, págs. 8-11.

derecho fundamental de la personalidad consistente en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados, por persona o entidad alguna, en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. Ernesto Villanueva⁵, caracteriza el derecho a la privacidad de la siguiente manera:

- Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.
- Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar, como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y
- Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas⁶.

Tan relevante es la preservación de este derecho que se ha consignado en el Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

Lo íntimo, tiene su origen en el fuero interno del individuo, no en la dimensión o el alcance de sus relaciones sociales. El término viene de *intimus*, superlativo latino que significa “lo más interior” (derivado de *intus*, “interior”). La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está aún más afuera del alcance del interés público que lo privado. Norberto González Gaitano señala cuatro razones que justifican la distinción

⁵ Villanueva, Ernesto, **Derecho de la información**, pág. 233.

⁶ *Ibid*, págs. 233-234.

entre privacidad e intimidad (⁷):

- Sólo las personas físicas gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.
- La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción.
- La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas, pues su existencia, conocimiento y difusión ocurre sólo por donación, la cual es siempre libre y voluntaria, como en el caso de la amistad y el amor.
- La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable, lo que se refleja en ciertos derechos como la libertad de pensamiento o doctrinas como la objeción de conciencia que no pueden ser objeto de mandatos judiciales.

Otros autores como por ejemplo: Germán Bidart Campos, diferencia el concepto de intimidad del de privacidad, definiendo a la intimidad como: "la esfera personal que está exenta del conocimiento generalizado de tercero", y la privacidad es: "la posibilidad irrestricta de realizar acciones privadas (que no dañen a otros) que se cumplan a la vista de los demás y que sean conocidas por éstos". Eduardo P. Jiménez manifiesta por su parte, que privacidad e intimidad integran una zona de reserva personal, propia de la autonomía del ser humano, irreducible para la intromisión de los restantes habitantes y el poder público. Este autor define a la intimidad como: "la antítesis de lo público, y por lo tanto, todas aquellas circunstancias relativas al hogar, la familia, la religión, la salud, la sexualidad, los asuntos legales y económicos personales del individuo".

1.4. El origen de la intimidad:

En torno al problema del origen de la intimidad se han formulado dos teorías contrapuestas. La primera podría llamarse "racionalista" pues sitúa el alba de este derecho en el periodo del racionalismo y de la ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía. La segunda podría calificarse de "histórica" en la medida en que, aparte

⁷ González Gaitano, Norberto, *El deber de respeto de la intimidad en la información periodística*, pág. 116.

de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto.

1.4.1. Teoría racionalista:

Esta teoría tiene en el Profesor Pérez Luño a su más capacitado representante, este autor afirma que es tras la Revolución Francesa cuando se inicia el proceso de positivación de los derechos naturales, bajo la formula moderna de los derechos subjetivos pretendiéndose así, “elaborar un instrumento técnico para la protección de los intereses patrimoniales de los particulares, y, en especial, de la propiedad”⁸. Por ello en su opinión “si atendemos a su origen histórico resulta indiscutible que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía”⁹.

Pérez Luño no comparte la tesis de Truyol y de Villanueva que vinculan la aparición de la noción de intimidad al fenómeno del cristianismo, y, en particular, a San Agustín. El profesor de Sevilla estima esa afirmación correcta si se entiende la intimidad como auto consecuencia de la subjetividad, pero no si se la considera en su proyección jurídica, como un conjunto de poderes o facultades atribuidas a su titular¹⁰. De este texto parece que podría desprenderse la distinción entre la intimidad como idea y como derecho, cada una con un desarrollo propio. Desgraciadamente, el ilustre profesor sevillano parece contradecir esta tesis con su afirmación anterior de que “la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía”. Por lo que, en su opinión, tanto la idea como el derecho a la intimidad surgen con la burguesía capitalista.

Para Pérez Luño “la intimidad aparece cuando se disgrega la sociedad feudal”, configurando la intimidad, como la aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; de ahí que los caracteres, que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama. De este modo la propiedad es la condición para acceder a la intimidad y la idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que, en consecuencia, exista una

⁸ Pérez Luño, Antonio Enrique, **Derechos Humanos, Estado, Derecho y Constitución**, pág. 319.

⁹ **Ibid**, pág. 321.

¹⁰ **Ibid**, pág. 173.

inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. Por ello, el nacimiento de la intimidad, que cronológicamente coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre, no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase.

Esta posición es seguida también por Serrano Alberca, Berlin y Béjar para quienes el nacimiento de la idea de privacidad se remonta al Renacimiento, tomando su sentido actual durante la Reforma a través de la noción de “fuero interno”.

1.4.2. Teoría histórica:

Esta teoría se apoya en los datos históricos para formular otras tesis, hay dos líneas básicas argumentativas. La primera línea versa en torno a la propiedad, en concreto, por lo que hace a la conexión intimidad-propiedad burguesa se han formulado varias precisiones a la teoría racionalista. Westin, con base en datos zoológicos llega a hablar incluso de intimidad en el reino animal conectándola con el instinto de territorialidad de indudable parentesco con la noción de propiedad. En la medida en que el instinto de territorialidad aparece también en el ser humano, traduciéndose generalmente en propiedad, puede afirmarse que la propiedad no nace con la burguesía, sino más bien con el hombre¹¹.

Warren y Brandeis en su trabajo fundamental apuntan la conexión intimidad-propiedad establecida en cierta jurisprudencia dentro del Common Law anterior a su trabajo (1890). Ahora bien, estos autores critican la insuficiencia de esta conexión entendiendo propiedad en sentido estricto. En su opinión, la propiedad a que se alude en derechos como la intimidad, o la prohibición de encarcelamientos arbitrarios tiene escaso parecido con lo que se comprende ordinariamente bajo el término propiedad. Por lo demás, “propiedad” en sentido estricto es aquello que pertenece exclusivamente a uno, si bien etimológicamente deriva de “proprius” que es “lo propio de uno”, significado más amplio que el técnico-jurídico de propiedad¹².

Desde este punto de vista amplio sí cabría hablar de una conexión propiedad-intimidad, pero no entendiendo propiedad como una noción burguesa, sino más bien

¹¹ Berlin, Isaiah, **Dos conceptos de libertad**, traducción de Julio Bayon, en cuatro ensayos sobre libertad, pág. 187 y 199.

¹² Warren y Brandeis, **Los derechos a la privacidad**, pág. 206.

como una noción antropológica en la línea de Westin. De ahí que no pueda extrañar la afirmación de que sólo el derecho de propiedad en su más amplio sentido, incluyendo toda posesión, todos los derechos y privilegios y, por tanto, comprendiendo el derecho a la inviolabilidad de la persona, proporciona la amplia base sobre la que puede descansar la protección que el individuo demanda.

La segunda línea argumental de esta teoría trata del propio origen del fenómeno, la idea y el derecho a la intimidad. Con el manejo de datos históricos, antropológicos y filosóficos, ubica el origen de la intimidad en distinto lugar de la corriente racionalista. Se considera que el fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas, puede incluso decirse que es un fenómeno que tiene una vertiente natural y una vertiente histórica, pues el fenómeno siempre presente varía en su concreta conformación en las diferentes sociedades. La idea de intimidad, por su parte, tiene un preciso desarrollo histórico, y finalmente, algo parecido sucede con el derecho a la intimidad. La intimidad como derecho también ha experimentado una evolución histórica, no teniendo siempre idéntica configuración, la técnica moderna del derecho subjetivo, o del derecho público subjetivo no siempre ha sido conocida, pero ello no excluye que en otras épocas se haya dispensado a la intimidad una protección jurídica con los instrumentos entonces existentes.

1.5. El desarrollo histórico de la intimidad:

1.5.1. Antigüedad preclásica y pueblos orientales:

Si bien ciertos rasgos básicos de la intimidad, se encuentra en todas las sociedades, el grado o la conformación concreta de la misma son variables. Puede decirse que la protección de la intimidad en los pueblos primitivos es menor o cuando menos distinta de la que es usual en nuestros días. Ello permite entender en la sociedad primitiva, que el incentivo individual esté muy circunscrito. Los hombres, en esta sociedad se hallan muy cerca del molde común de la raza, andan por caminos predeterminados, el individuo no se dirige a si mismo en ninguna de las preocupaciones importantes de su vida. No tiene ni capacidad para la libertad ni la sanción de protección de la misma, la vida entera de los pueblos primitivos se guía por las costumbres. Hay un modo correcto, solo uno, de hacer cada cosa, el individuo se halla

sumido en el grupo sin una reverencia propia importante.

Algo similar ocurrió en los pueblos orientales, en los que faltaba una cierta libertad espiritual, una libertad de espíritu que es una condición indispensable para poder ejercer una crítica sobre las diversas manifestaciones de la vida social. Esta vida social en el antiguo Oriente sufría el peso de las costumbres y de los comportamientos fijados, a los que se consideraba impuestos por potencias superiores, de suerte que ni en el terreno social, político y religioso surgieron cuestiones sobre la razón y el valor de las instituciones. Cuando el espíritu está sujeto a fuerzas exteriores, impide el desarrollo del mundo de la vida íntima, siendo la teocracia la que predomina, ya sea bajo la forma de la deificación del rey, o de un control del rey por una casta sacerdotal que en realidad sea la que gobierne¹³.

Un ejemplo de esto lo ofrece Montesquieu al hablar de la antigua religión de Formosa, la cual no permitía a las mujeres traer hijos al mundo hasta los 35 años, es decir, que si una mujer engendraba un hijo antes de esa edad una sacerdotisa la hacía abortar¹⁴. La subordinación de lo público de cuestiones tan íntimas pone de relieve el escaso aprecio a la intimidad en este pueblo. Por lo demás, esta vieja normativa no difiere mucho ni en los fines ni en los medios de las actuales leyes de la República Popular China que sólo permiten un hijo a los matrimonios, evitando el nacimiento del segundo por todos los medios.

1.5.1.1. **Grecia antigua:**

1.5.1.1.1. **La “Polis”:**

Los estudiosos de la Grecia antigua han puesto de relieve que si hay un trazo característico de la idea de Estado de los griegos, ese trazo es el valor ilimitado que se atribuye a la comunidad, valor de tal magnitud que la existencia de una esfera reservada a la vida propiamente personal del ser humano estaba, en principio, excluida. Apenas hay algún terreno de la vida que no le este vedado¹⁵, el individuo apenas posee una vida espiritual propia y su intimidad se manifiesta en los resquicios que deja lo público.

¹³ Krabbe, Hugo, **La idea moderna de intimidad**, vol. III, pág. 513.

¹⁴ Montesquie, **Del espíritu de las leyes**, traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, vol. 2, pág. 347.

¹⁵ Gasset, José, **Socialización del hombre en el espectador**, tomo VIII, pág. 222.

La idea griega del Estado tiene en común con la concepción oriental, arriba examinada, la sumisión completa del individuo al Estado; en los países de oriente, esta sumisión descansaba en una dominación ejercida por una potencia exterior, mientras que en Grecia tal dominación proviene de una participación natural del hombre en la comunidad. El Estado no es una potencia frente al pueblo, sino que el Estado es el pueblo mismo, considerado en su organización política. La idea de la ciudadanía en Grecia era algo distinta de la nuestra, en Grecia todas las actividades de un hombre estaban unidas de modo muy fuerte con su ciudadanía, ya que su religión era la religión del Estado y su arte era, en gran parte, arte cívico. Tan imposible era para ellos un espíritu ajeno al Estado como un Estado ajeno al espíritu, no podía haber una separación tajante entre esos problemas¹⁶. Lo que el Estado proporciona a sus ciudadanos no es tanto libertad y protección cuanto una vida. La sociedad griega puede ser considerada como una “camaradería total” cuyo aspecto tiránico se revela particularmente en ciertas formas de acusación a las que estaban expuestos el estadista, el innovador e incluso el artista. Una de las más peligrosas era la acusación de impiedad de la que fue víctima Eurípides porque un personaje de su obra ‘Hyppolyttus’ decía: “mi lengua ha jurado; mi corazón permanece sin juramentar”. La frase de Eurípides contenía una afirmación inicial de intimidad, proclamando al corazón como inmune a cualquier coacción exterior. Pero esto era algo impío entonces, como lo indica Rubert, en Eurípides se muestra el conflicto entre el mundo político y el mundo privado o íntimo¹⁷.

Como se ha demostrado, los héroes homéricos y los del propio Esquilo no poseen realmente un “yo” auténticamente privado equivalente al nuestro, su yo no está cerrado sobre sí mismo. Los héroes de Esquilo no se sienten responsables ante si mismos, sino ante otros: dioses, reyes, familia, ciudad¹⁸. Es un “Prometeo” donde surge la obstinación del personaje, empeñado en actuar por sí mismo. En la tragedia de Sófocles la conciencia del héroe ya no es el lugar abierto donde la divinidad puede entrar y salir.

La consideración del hombre “zoon politikon”, significaba que la conciencia

¹⁶ Sabine, George H., **Historia de la teoría política**, traducción de Vicente Herrero, pág. 41

¹⁷ Rubert de Ventos, Xavier, **Filosofía y/o política**, pág. 58.

¹⁸ Pinillos Díaz, José Luis, **El lenguaje de las ciencias humanas**, pág. 49.

antropológica del hombre griego era una autoconciencia del hombre como ser primordialmente social, no como ser personal. El yo no es un yo, para los griegos, no es un centro autónomo de intimidad y de vida, sino que era una parte de la naturaleza cósmica o de la totalidad social. Esto se aprecia al considerar el significado que tenía entonces la palabra “prosopon” de donde deriva nuestra palabra “persona”. Si para nosotros persona es el sujeto humano como intimidad y como fin en sí, para ellos “prosopon” es la máscara, lo que impersonaliza al comediante, este concepto designaba la esencia auténtica del griego: su exterioridad, su ser social.

Esta noción griega de la ciudadanía, dice Maciver, ha afectado de modo adverso a la asociación primaria de la familia, así puede verse que Aristófanes en el “Symposium” dice que muchos no se inclinaban de forma natural a casarse y a engendrar niños si “al fin y al cabo ellos hacían eso sólo por obediencia a la ley”¹⁹. Vemos que tampoco existía en Grecia una configuración nítida de lo que se podría llamar intimidad familiar, lo cual no quiere decir que no existiera en absoluto. Esto se comprueba claramente en La República y Las Leyes de Platón y en La Política de Aristóteles. En esta última obra de carácter mucho más “moderado” que las del “radical” Platón, es posible captar el desprecio griego hacia la intimidad. Aristóteles considera que es absurdo que quien se proponga organizar la ciudad no se preocupe del número de ciudadanos y deje sin determinar la natalidad²⁰. Examinando la Constitución de Creta nos revela el estagirita que para limitar la natalidad en Creta se legisló sobre el aislamiento de las mujeres a fin de que no tuvieran muchos hijos²¹. Pero lo anterior no son textos aislados y en la misma obra más adelante, señala, que es un deber del legislador regular los matrimonios y las condiciones relativas al tiempo y a los individuos que se requieren para confrontarlos. Aristóteles hace una distinción entre los hijos que es preciso abandonar y aquellos a los que hay que cuidar, en este sentido afirma que debe ordenarse que no se críe a ningún niño defectuoso; y en cuanto al número de hijos, si la norma establece un límite, antes que a la exposición, habrá que recurrir al aborto²². No termina ahí la intromisión de lo público en lo privado pues, no basta haber fijado la fecha en que el hombre y la mujer podrán llevar a cabo la unión conyugal; es preciso determinar también la época en que

¹⁹ Maciver, Roberto, **La idea moderna de intimidad**, pág. 90

²⁰ Aristóteles, **La política**, traducción de Julián Marías y María Araujo, Libro II, pág. 40.

²¹ Aristóteles, **ibid**, pág. 58.

²² Aristóteles, **ibid**, pág. 145.

la generación deberá cesar. El mero hecho de que un hombre de aquella época se plantee todas estas posibilidades y que además las considere como sumamente deseables nos muestra esa ausencia de intimidad personal y familiar que antes anotábamos.

En otro pasaje el filósofo macedonio observa que como las revoluciones se originan también a través de la vida privada, debe crearse una magistratura que vigile a los que no se hallan en armonía con el régimen, con la democracia si se trata de democracia, con la oligarquía si se trata de una oligarquía²³. Aquí se comprueba de modo claro la distinción establecida por Constant y seguida por Ortega y Gasset, Berlin y otros entre libertad positiva (democracia) y libertad negativa (vida privada) señalándose como puede darse una democracia que atente contra la vida privada. Otra manifestación de este “ethos” es posible hallarla en la cuestión educativa. Aristóteles, rebelándose contra la costumbre ateniense de que los padres enseñasen libremente a sus hijos, se alinea a la práctica educativa espartana, manifestando que toda ciudad tiene un sólo fin, es claro que también la educación debe ser una y la misma para todos los ciudadanos, y que el cuidado de ella debe ser cosa de la comunidad y no privada como lo era en su tiempo en que cada uno se cuidaba privadamente de sus propios hijos y les daba la instrucción particular que le parecía. La explicación de todo lo anterior, el fundamento de todas esas aseveraciones tan alejadas de la intimidad la ofrece el propio Aristóteles al decir que no debe pensarse que ningún ciudadano se pertenece a sí mismo sino que todos pertenecen a la ciudad, puesto que cada uno es una parte de ella²⁴.

Todo esto se pone de manifiesto de forma exasperada en las tiranías, como nos advierte Aristóteles. Entre los medios que utilizan las tiranías para sostenerse, merece destacarse aquel que consiste en procurar que los que residen en la ciudad estén siempre a la vista y pasen mucho tiempo a las puertas de palacio, pues de este modo les será más difícil ocultar lo que hacen²⁵, así como el otro que es procurar que no se le pase inadvertido nada de lo que dicen o hacen los súbditos, teniendo espías y escuchas en cualquier reunión o asamblea. De este pasaje de Aristóteles extraído de

²³ Aristóteles, **ibid**, pág. 226.

²⁴ Aristóteles, **ibid**, pág. 230.

²⁵ Aristóteles, **ibid**, pág. 239.

sus páginas inmortales sobre la tiranía, podemos extraer una idea que en adelante no podremos olvidar: la relación estrechísima que existe entre la libertad y la intimidad.

Lo anterior, si bien supone un desarrollo mínimo de la idea y, por ende, del derecho a la intimidad, no significa que el fenómeno no existiese, sino al contrario, que por existir se quería reprimirlo. Por lo demás lo “privado” ya que no lo “íntimo” era reconocido como idea si bien de forma un tanto imperfecta. Herodoto, que no es un filósofo, expresa la idea de que el dominio de si mismo, la ecuanimidad, se realiza y tiene su asiento en el hombre interior²⁶. Incluso Platón, a pesar de los medios de control sobre la vida privada que propone en sus obras políticas no desconoce la idea del “hombre interior”. Por lo demás el propio Aristóteles, cuya obra se ha examinado, como advierte Freund, es consciente de la distinción público/privado. En efecto, para él no tienen razón los que creen que es lo mismo ser gobernante de una ciudad que administrador de su casa²⁷. De igual modo, ha habido ocasión de ver como Aristóteles combate lo privado frente a lo público o común, llegando incluso a utilizar la expresión de “vida privada” con un sentido que no diverge del actual, el fenómeno de la vida privada existía; la idea, también, aunque no fuera muy apreciada.

1.5.1.1.2. **La crisis de la Polis:**

Tanto Platón como Aristóteles consideraron a la “polis” como autárquica, como autosuficiente para proporcionar la felicidad de sus súbditos, sin embargo las continuas luchas entre las polis acabaron por agotarlas y facilitaron el dominio de Macedonia. La polis dejó de ser autárquica, las decisiones más importantes ya no se tomaban en ellas. La vida de cualquier ciudad en esta época ya no estaba en su mayor parte dirigida por ella misma, y el estadista más capaz de cada “polis” no podría esperar tener mucho éxito dado que él no dominaba todos los resortes para poder realizar su política. El resultado de todo ello tenía que ser una actitud derrotista, una desilusión y una tendencia a apartarse de la vida pública y crearse una vida privada en la que los intereses públicos tuviesen un papel pequeño y aún negativo²⁸.

El fracaso de la ciudad-estado obligó por primera vez a los hombres a crearse

²⁶ Citado por Campos, Julio, **El homo interior**, vol.187, N° 1/enero-marzo, 1974, pág. 5 y ss.

²⁷ Aristóteles, **Ob. Cit.**, libro II, pág. 1.

²⁸ Sabine, **Historia de la teoría política**, traducción de Vicente Herrero, págs. 104-105.

ideales de carácter personal y de felicidad privada de un tipo tal que al griego educado en los ideales de la ciudad-estado difícilmente podría considerarla como otra cosa que un expediente y una renuncia²⁹. La autarquía que para Platón y Aristóteles era atributo del Estado, pasó a serlo del ser humano considerado como individuo.

Este fenómeno se observa al considerar el creciente número de sociedades privadas encaminadas a conseguir finalidades religiosas, sociedades de las que no había necesidad en la época clásica caracterizada por la existencia de una religión civil o de la polis. Estas sociedades religiosas constituyen una tendencia característica de la época helenística, esta tendencia culminó con la aparición del cristianismo. En este proceso religioso es posible ver una ayuda emocional para los hombres que, sin ella, se sentían obligados a enfrentarse al mundo solo, y pensaban que sus facultades naturales eran demasiado débiles para resistir la prueba. Como resultado de este proceso surgió una conciencia de sí, un sentido de recogimiento y de intimidad personal, de un tipo que el griego de la época clásica no había poseído nunca.

Este sentido de aislamiento e intimidad individual tuvo también su reverso: la conciencia del hombre como ser humano que poseía una naturaleza humana más o menos idéntica en todas partes. La ruptura del estrecho lazo que había mantenido unidos a los ciudadanos anteriormente, dejó simples hombres aislados. Pero en la medida que un hombre no era una mera individualidad, era un hombre como cualquier otro y un miembro de la especie humana.

Pese a lo grande que es el abismo entre esta concepción de una sociedad de ámbito universal de individuos autónomos y la noción del estrecho parentesco total propio de la ciudad-estado, ambas ideas no son enteramente discrepantes. En efecto, sería más exacto decir que la concepción propia de la época helenística trató de proyectar sobre un campo cósmico unos ideales que, en su primera aparición, habían estado confinados dentro de los límites de la ciudad-estado. Si Aristóteles había sostenido que las dos condiciones esenciales de la ciudadanía eran que debía haber una relación entre iguales y que éstos tributasen voluntariamente lealtad a un gobierno de autoridad no despótica, siendo solo posible dicha igualdad en un cuerpo de ciudadanos pequeño, la nueva concepción que postulaba la igualdad tenía que diluir el

²⁹ *Ibid*, pág. 105.

contenido de la personalidad individual en la igualdad de todos los hombres a los ojos de la ley.

1.5.1.2. **Roma:**

La ciudadanía en Roma dispuso realmente de un sistema jurídico mucho más flexible y adaptable de lo que nunca conoció Grecia, la ciudadanía para los romanos no significaba necesariamente aquel parentesco social que constituyó un límite absoluto y fatal para la política griega. Sin duda, la plena ciudadanía supuso al principio tal tipo de unión de parentesco total, (natural de las comunidades primitivas aunque peligrosa para la civilización) en lo político, religioso, lo moral y lo social.

La confusión de poderes, las servidumbres recíprocas del trono y del altar, la subordinación de los derechos de la conciencia a las órdenes de la autoridad, están presentes en Roma tanto en las instituciones de carácter más aristocrático como en las de carácter más democrático. Así en Roma, el primer acto del cónsul era inmolar una víctima en el foro a los ojos de la multitud orante mientras un flautista interpretaba una melodía sagrada. Por su parte, el tribuno de la plebe era un personaje sacrosanto, es decir, que como todo lo sacrosanto era algo dedicado a los dioses y que por esta razón no podía ser tocado por el hombre.

Aunque la ciudadanía formalmente retuvo sus elementos religiosos y de otro tipo, fue replegando su carácter acentuando solamente los derechos políticos y civiles. En cualquier caso esta depuración de la ciudadanía fue algo muy tímido, Löwenstein piensa que entre los defectos de lo que pudiera llamarse “teoría del Estado romana”, se halla la ausencia de derechos fundamentales y colectivos, pues los romanos no conocían ningún derecho en contra del Estado, dado que como todo hombre antiguo buscaban, ante todo su realización en el marco y al servicio del Estado³⁰. La libertad (libertas) no era para ellos un postulado abstracto, sino la correlación de la “auctoritas”, el dominio legítimo de sus magistrados, opina Löwenstein. La “libertas” se concebía colectivamente, es decir, como el no sometimiento a ningún poder extraño, noción más cercana a lo que se entiende hoy en Derecho Internacional Público como esfera de soberanía, que a lo que podríamos denominar la garantía de una esfera privada

³⁰ Löwenstein, Karl, **Roma y la teoría general del Estado**, trad. de Inés de Melgar y Alfredo Gallego Anabitarte, en revista de Estudios Políticos Nº.174 (noviembre-diciembre de 1970), pág. 27.

protegida de las intervenciones estatales³¹.

En general, la doctrina suele comparar la situación de Roma con la de Grecia, respecto a la cuestión de la intimidad, en Roma podemos rastrear leyes que suponen un desconocimiento de la intimidad. Algunas las cita Montesquieu, que además de ser un gran tratadista político era un notable historiador del derecho; a este respecto observa que el adulterio era un delito que estaba sometido a la acusación pública. Si bien es cierto que, poco a poco, fue restringiéndose y la Ley Julia ordenó que no se pudiera acusar a una mujer de adulterio sin antes haber acusado a su marido de favorecer sus desvíos³².

Hay otras manifestaciones de incompreensión de la intimidad por los romanos como el caso de Corvilio que también nos relata Montesquieu: cuenta que Corvilio cayó en desgracia ante el pueblo porque en vista de la esterilidad de su mujer, juró a los censores que la repudiaría para dar hijos a la República, el pueblo vio en este juramento un yugo que los censores iban a imponerle, lo grave era la posibilidad de subordinar de tal modo su vida íntima por Corvilio a las exigencias demográficas de la República.

Lo anterior no significa que la idea del derecho a la intimidad, e incluso manifestaciones jurídicas de la misma fuesen ignoradas por los romanos. Séneca, filósofo cordobés influido por el estoicismo, en sus obras expresa la contraposición entre el hombre inmerso en los negocios u ocupaciones exteriores, y el hombre que vive su vida retirado e inmerso en la sapiencia. Esta contraposición entre el hombre “exterior” y el “interior” tan próxima a la idea de intimidad inspira sus obras, en particular sus diálogos y sus cartas a Lucilio, múltiples textos de Séneca avalan lo dicho. Séneca resalta la interioridad como felicidad y control.

En cuanto a las manifestaciones jurídicas de la intimidad, debe precisarse, antes que nada, que la diferencia entre “dominium” e “imperium” era una de las características de la sociedad política romana y que la distinción entre Derecho Privado y Derecho Público era familiar a los jurisconsultos del imperio³³. Más concretamente, parece existir en el Derecho Romano una protección a la correspondencia y al domicilio; con respecto

³¹ Lowenstein, *Ibid*, pág. 28.

³² Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, vol. 2., pág. 108.

³³ Freund, Julián, *La esencia de la política*, pág. 282.

a la correspondencia, su violación daba lugar a diferentes acciones: la apertura del pliego originaba una *actio iniuriarum* por estimarse un ataque a la libertad del que lo enviaba o del que lo había de recibir, si bien podía causar también, una *actio furti* si el culpable sacaba algún provecho de su violación³⁴. En cuanto a la protección que se dispensaba al domicilio, dice Montesquieu que las leyes romanas, al igual que las de su tiempo, admiten igualmente el principio de que todo ciudadano tiene una casa por asilo y que ella no debe ser objeto de violencia.

1.5.1.3. **El cristianismo:**

Con el advenimiento del cristianismo, la intimidad experimentará un mayor reconocimiento, una institución (la Iglesia) que tenía su razón en una relación superior entre una idea espiritual y la esencia espiritual de la naturaleza humana y que existía para servir de medio de comunicación del alma con Dios, tenía que exigir que se la distinguiera de aquellas instituciones seculares que servían para procurar los medios de la existencia corporal y terrena, y tenía que ser, a la vez, en cierto grado independiente de ellas. Por esta razón el cristianismo planteó un problema que no había conocido el mundo antiguo, el problema de las relaciones entre Iglesia y Estado, y supuso una diversidad de lealtades y JUICIO INTIMO no incluido en la idea de ciudadanía, es difícil imaginar que la libertad hubiera podido desempeñar el papel que llegó a tener en el pensamiento político europeo, si no se hubiera concebido que las instituciones éticas y religiosas fueran independientes del Estado y de la coacción jurídica, y superior en importancia a ellos.

La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los Padres de la Iglesia a la Edad Media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad precristiana en que dividía la lealtad y la obediencia entre dos ideas y dos gobiernos. El cristianismo añadió a la exigencia de justicia en el estado terrenal la obligación de mantener una pureza de culto que hiciese de esta vida la puerta de entrada a la ultraterrena. La idea de la obligación cristiana se sobrepone a la del derecho terreno; por encima de la ciudadanía del Estado y al lado de esta ciudadanía, colocaba la pertenencia a una compañía celestial, situando al

³⁴ Terual Carralero, D., **Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia**, tomo VI, pág. 649.

cristiano bajo un derecho y un gobierno dobles³⁵. Este doble aspecto de la sociedad cristiana dio por resultado un problema único que acaso ha contribuido como ningún otro a las propiedades específicas del pensamiento político europeo, la creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serían muy difíciles de entender las ideas nuestras de INTIMIDAD Y LIBERTAD INDIVIDUALES, dice Sabine³⁶.

Como observó Combés, los apologistas de los siglos II y III no pierden ocasión de comentar el texto paulino de Romanos 13. 1-9 para oponerlo al imperio como homenaje y como protesta. Todos estos autores manifiestan su vinculación y respeto a las instituciones establecidas, pero combaten sin descanso la confusión de poderes, las servidumbres recíprocas del trono y del altar, la subordinación de los derechos de la conciencia a las órdenes de la autoridad³⁷.

Así es como se llega al Edicto de Milán del año 313 promulgado por los emperadores Constantino y Licinio, en él, ambos emperadores acuerdan “dar a los cristianos, como a todos, la libertad de seguir la religión que cada cual quisiera”. El Edicto de Milán no declara al cristianismo religión oficial del imperio como a veces se dice, sino que declara la libertad de la iglesia para ejercer su religión como las demás religiones, en la primera parte del Edicto se reitera en varias ocasiones esta doctrina de la libertad de cultos.

Aparece aquí, una de las primeras juridificaciones de la intimidad, frente al Edicto de tolerancia dado por el emperador Galerio en el 311, en el que siguen siendo los dioses tradicionales la verdadera religión del imperio, y se ordena la tolerancia de los cristianos sólo por razones de oportunidad política, en el Edicto de Milán de Constantino y Licinio se establece una neutralidad religiosa efectiva. Para Ricciotti, el hecho de que el imperio adoptase oficialmente esta posición de neutralidad frente a los súbditos propios, fue una innovación sin precedentes, una verdadera revolución en el concepto romano del Estado, porque este concepto estaba estrechamente unido y compenetrado con la veneración de los dioses (paganos) patrios y si en los últimos siglos las religiones extranjeras habían hecho amplias irrupciones en el interior del imperio encontrando allí

³⁵ Sabine, **Ob. Cit.**, pág. 152.

³⁶ **Ibid**, pág. 173.

³⁷ Combés, Gustavo, **La doctrina política de San Agustín**, pág. 303.

una tolerancia práctica, oficialmente la fidelidad a los dioses patrios no había sido nunca preferida.

Carl Schmitt³⁸ difiere de la tesis arriba expuesta, este autor alemán, si bien reconoce que el Estado antiguo no conocía derechos de libertad porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, considera que los derechos fundamentales no aparecen hasta el siglo XVI. En su opinión el pensamiento de los derechos fundamentales contiene el principio básico de distribución, el cual significa que la esfera de la libertad individual es ilimitada en principio mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio. Pues bien, según él, el cristianismo apareció en un mundo dominado por el imperio Romano, un universo político pacificado y, por ello, despolitizado (pues la esencia de lo político es la contraposición existencial amigo-enemigo, y en este universo pacificado no hay contraposiciones). Esa situación de universo político cesó con el desmoronamiento del imperio, pero la teoría de toda la llamada Edad Media se mantuvo en la idea de ese universo. Solo en el siglo XVI se hizo imposible la teoría de un universo político, e incluso su ficción, pues con el reconocimiento de la soberanía de numerosos Estados se pasó a una situación de pluriverso político. El cristianismo y la Iglesia se encontraban en una situación nueva, pues con las “Iglesias nacionales” se formaba a partir del Estado una nueva organización de la vida religiosa en la que la adscripción política determinaba la agrupación decisiva de los hombres con lo que la religión no podía ser un asunto privado. Es en el propio campo del Protestantismo donde surge la reacción frente a este exceso luterano, los rebautizados y los puritanos postulan una respuesta nueva: la privatización de toda religión, la cual se convierte en cosa suprema y absoluta, mientras todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierten en algo relativo y auxiliar. En este momento según Schmitt, surge la libertad de religión, es en este instante histórico cuando aparece, el principio de distribución: el individuo como tal es portador de su valor absoluto y permanece con este valor en su esfera privada, de forma que su libertad privada es algo ilimitado en principio; mientras que el Estado es solo un medio, relativo, limitado en sus facultades y controlable por los particulares.

³⁸ Schmitt, Carl, **Teoría de la Constitución**, Traducción de Francisco Ayala, p.165.

Es posible cuestionar la tesis de Schmitt incluso admitiendo su sistema conceptual y su noción del principio de distribución, ya que no cabe hablar en el cristianismo propiamente de universo político, en la medida en que el poder espiritual (que tiene una dimensión social) y el poder político se distinguen y separan, y aún en alguna ocasión se enfrentan³⁹. Por lo demás, aparece clara en el Edicto de Milán, y antes en los autores cristianos, que la facultad del Estado (si consideramos que Roma es un Estado) está limitada y resulta controlable en lo que respecta a las cuestiones de conciencia y de religión, por lo que no resultaría difícil ver ya entonces plasmado el principio fundamental de distribución. Otra cuestión es que dicho principio en el siglo XV se exasperase y perdiese su contenido político para adquirir sobre todo un sentido religioso de enfrentamiento con la Iglesia Católica.

El emperador Constantino dio más muestras de respeto y reconocimiento de la intimidad. Ya hemos visto en páginas atrás como el delito de adulterio era objeto en la Roma clásica, de acusación pública, y es fácil advertir el daño que esto podría hacer en la intimidad familiar. Constantino, consciente de ello, suprimió por completo la acusación pública de adulterio al estimar que “es cosa indigna que matrimonios tranquilos se vean perturbados por la audacia de los extraños”⁴⁰. Se aprecia claramente la reserva de un espacio íntimo (el matrimonio) que resulta vedado para las intromisiones de terceros extraños, a la vez que se descalifica totalmente tal intromisión.

Algunos autores han destacado los textos del Nuevo Testamento que contienen referencias a la idea de intimidad, de un “homo interior”, ahí se encontrará una de las fuentes del rico pensamiento de San Agustín, confluyendo con el Platonismo, el pensamiento de Séneca, etc. SAN AGUSTÍN REPRESENTA SIN EXAGERACIÓN EL APOGEO DE LA IDEA DE INTIMIDAD, si bien algún autor clásico, como Cicerón utilizó en alguna ocasión la voz “intimus”, lo cierto es que en él no hay una reflexión sobre lo íntimo. SAN AGUSTÍN, ES EL PRIMER TEÓRICO DE LA INTIMIDAD PROPIAMENTE DICHA, la intimidad no es una idea que se exprese en alguna obra, sino que es una idea central a lo largo de un considerable número de títulos de este autor: Confesiones,

³⁹ Schmitt, Carl, *Ibid*, pág. 395.

⁴⁰ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 2 Vols., libro VII, capítulo XI en nota 225.

Soliloquios, numerosas epístolas, etc.⁴¹. En San Agustín los vocablos de la raíz intimus se emplean en el mismo sentido que hoy, es San Agustín en Las Confesiones, el primero que hace una exploración sistemática y completa de la intimidad.

En esta obra las reflexiones sobre la intimidad, las invitaciones a la exploración de la intimidad son constantes, San Agustín desarrolla de forma precisa su teoría del conocimiento que, en la medida en que identifica conocimiento y Dios, tiene también un importante alcance teológico. Su método se desarrolla fundamentalmente en tres fases:

- Noti toras ire (no quieres salir fuera).
- In te ipsum redi (vuélvete, entra en ti mismo).
- Trascende te ipsum (trasciéndete, sube por encima de ti, no te quedes encerrado en ti).

Por tanto, la idea de intimidad alcanza con este pensador su cima, así se explica que haya sido llamado por algunos como “el primer hombre moderno”. Los pensadores modernos, como Descartes o Kant seguirán las huellas de San Agustín, si bien eliminando la tercera fase del método agustino⁴².

1.5.2. Pueblos germánicos:

Entre los pueblos germánicos, la idea de lo privado, aunque no exactamente la de intimidad está presente de forma acentuada, Ortega y Gasset⁴³, ha reflexionado sobre el asunto, y en su opinión, el espíritu que inspira las grandes tendencias del Derecho germano, se halla en la resistencia a disolver lo personal en lo público. Considera que mientras para un clásico como Cicerón, “libertad” significaba imperio de las leyes establecidas, para el germano, la ley es siempre lo segundo y nace después que la libertad personal ha sido reconocida, y entonces, libremente, crea la ley. El germano, según Ortega, tardó mucho en aceptar que la justicia fuese pública y no privada, firmes con su sensibilidad personalizada, estos pueblos del norte pensaban que quien cree tener un derecho debe por sí mismo defenderlo. En cierta manera es una misma cosa para ellos tener un derecho y ser capaz de sustentarlo, de ahí que Seek observa que nada irritó tan vivamente a los germanos contra los conquistadores como ver que en

⁴¹ Campello, Moisés María, **Los Valores de la intimidad: iniciación a una antropología agustiniana**, separata de estudio agustiniano; vol. XX, fasc. 2 y 3 (1985) y vol. XXI, fasc. 1 y 3 (1986).

⁴² **Ibid.**, pág.38.

⁴³ Ortega y Gasset, José, **Vitalidad, alma, espíritu en el espectador**, tomo VI, pág. 25.

medio de ellos se hacía justicia a la manera romana, y no era tanto el contenido mismo del derecho lo que provocó aquella tormenta, según Seek, el *ius gentium* era de sobra maleable, sino la justicia pública en las cuestiones privadas de los individuos, era lo que parecía insoportable al “libre germano”⁴⁴.

1.5.3. La edad media:

La Edad Media ha sido considerada por algunos como la edad primera de la civilización cristiano-occidental, Toynbee⁴⁵ considera esta última civilización como filial de la grecorromana, en la medida en que el elemento clásico es muy importante en la misma, si bien recibe un nuevo sentido con el elemento genético fundamental que es el cristianismo, a estos dos elementos se sumará un tercer elemento que sería el germánico. No en vano, los invasores germánicos de lo que fue el imperio Romano mantenían las viejas costumbres germánicas que, con la cristianización de estos pueblos y la fusión con los elementos nativos y romanos de los territorios conquistados, experimentaron sensibles matizaciones. Esta fusión de los tres elementos se apreciará en el desarrollo de la idea de intimidad y en sus manifestaciones jurídicas.

La idea de intimidad y de lo privado también está presente durante la llamada Edad Media, durante esta época, la energía vital no se consume en luz derramada sobre el Universo; se concentra en calor dentro de la persona. El arte gótico medieval, en concreto, la estatua gótica, manifiestan en forma extrema el imperio del alma. Si, en la estatua griega vemos un trozo de mármol que da ocasión a una forma que tiene sentido y valor por sí misma, en la visión adecuada de una estatua gótica no vemos el mármol o la madera ni la forma como tal, sino solo una figura expresiva donde la línea y el plano tienen una función transitiva: expresar una intimidad sentimental, el alma del que esculpe, lanzarnos más allá de la propia obra de arte al recinto transvisible de una intimidad que vibra.

Pese a que algunos hayan señalado que la distinción público-privado era extraña a la política medieval porque todas las relaciones sociales estaban dominadas por la sola categoría de lo privado, otros autores han demostrado que ese punto de vista no es exacto, y que, si bien predomina lo privado en la Edad Media, la noción de lo público

⁴⁴ *Ibid*, p.24-25. La referencia a Seek esta en Ortega.

⁴⁵ Toynbee, Arnold Joseph, **Estudio de la historia**, tomo II, pág. 261 ss.

no era desconocida.

La investigación filosófica de Duby acerca de lo privado en el Medievo resulta de especial interés a efectos de determinar la presencia de la idea de intimidad en esta época. Privatus en primer lugar, evoca lo familiar, designa lo no festivo, en la medida en que una fiesta supone palabras que se dicen, actitudes que se adoptan ante los demás para darse a conocer; antes al contrario, las palabras que sostienen la idea de privado son palabras reservadas a los comportamientos de intimidad⁴⁶.

En los idiomas románicos que surgen, la palabra privado significará más o menos lo mismo, con ese término se designa, en primer lugar, los seres y las cosas vecindadas en el círculo de la familia; en segundo lugar, todo lo que se halla incorporado al ámbito doméstico y sobre lo que el dueño de la casa extiende su poder; en tercer lugar, también se manifestará en las lenguas romances, el deslizamiento hacia lo íntimo, hacia lo secreto. De lo privado, se pasará a lo íntimo y de ahí a lo clandestino y, por ende, a lo sospechoso; sospechoso a los ojos del poder exterior, opresor, y que el poder público tiene el deber, por consiguiente, de desenmascarar y de expulsar. Lo privado se muestra contenido en un espacio protegido, como algo vedado, como una fortaleza sitiada.

Durante la época feudal se mantendrá la idea, expresada por una serie de vocablos organizados en torno a privatus, de que existen actos, seres, objetos que se hurtan con todo derecho a la autoridad colectiva y que por ello mismo se hallan establecidos en “un dominio acotado por límites precisos, cuya función consiste en obstaculizar cualquier tentativa de intrusión. Por ello, la oposición público/privado no es sólo cuestión de lugar, sino también cuestión de poder”⁴⁷. Se tratará de la naturaleza de los poderes: de un lado, la res publica, compuesta por hombres (las mujeres escapan de este poder, según Duby) que forman la comunidad política. Es el dominio de lo colectivo, por tanto extra commercium cuya gestión corresponde al magistrado y a la Lex. De otro lado, lo que desde el siglo XII se designará explícitamente como res familiares, compuesta por la familia que define su área natural de vida en común que es la casa, su gobierno corresponde al paterfamilias y no se rige por la ley sino por la costumbre.

⁴⁶ Duby, George, **Poder Privado, poder público: partir de las palabras**, revista de Occidente, Nº 83 pág. 90.

⁴⁷ Duby, George, **Ob. Cit.**, págs. 92-93.

La conjunción de los tres elementos (lo romano, lo germánico y lo cristiano) también tendrá su plasmación respecto a la dimensión jurídica de la intimidad. En primer lugar, el cristianismo y, muy especialmente, el pensamiento de San Agustín, que domina en todas partes hasta el siglo XII⁴⁸, seguirá presente. En segundo lugar, en el siglo XII se produce la recepción del derecho común y el redescubrimiento del Derecho Romano. En el Derecho Romano se reconocían ciertos derechos a los ciudadanos, si bien el fundamento de estos derechos no era la dignidad de la persona, noción desconocida en los tiempos antiguos. Ahora bien, el Derecho Romano se diferenciaba del germánico en que era la res pública, valga decir, el rey, quien garantizaba los derechos. En tercer lugar, el celo germánico por lo propio, por la libertad frente a lo público, no dejará de influir en la conformación definitiva de los derechos durante esta etapa.

El cuadro de los derechos del súbdito en la Edad Media empieza partiendo de Dios y de su criatura, de la persona digna al Creador por el amor y por el temor, hay un reconocimiento de la persona como ser libre que envuelve un alma capaz de salvación y de condenación. De ahí, de la dignidad del hombre arranca la idea de todas las franquicias y derechos del hombre medieval. Esta época se caracteriza por un concepto de libertad ligado a la idea vieja y eterna de la libertad que al hombre corresponde sobre la figura de su saber de salvación, que se fundirá en el concepto germánico. Así Raimundo Lulio diría que “tan noble cosa es la libertad en el espíritu del hombre que ninguno daría la libertad de su franco querer o aborrecer por todos los tesoros del mundo”⁴⁹.

De entre las manifestaciones del derecho a la intimidad, posiblemente sea la inviolabilidad de domicilio la que tenga mayor desarrollo en esta época. En la Edad Media hay una paz especial que protege la casa y da base a la tranquilidad doméstica, su origen es discutido, pues mientras algunos la relacionan con la paz de la Iglesia como hace Neef, otros como García de Valdeavellano consideran que es quizás más exacto pensar en una protección derivada de la persona misma, esta última tesis conecta la inviolabilidad del domicilio con la intimidad de forma muy directa⁵⁰. Un

⁴⁸ García Gallo, Alfonso, **Manual de historia del derecho español**, pág. 576.

⁴⁹ Lulio Raimundo, Felix, **De las maravillas**, citado por Beneyto, *Ibid*, pág. 195.

⁵⁰ Beneyto Pérez, Juan, **Los orígenes de la ciencia política en España**, pág. 198.

ejemplo espléndido del reconocimiento de la inviolabilidad de domicilio lo tenemos en las importantísimas Cortes de León de 1188 en las que además de otros importantes derechos procesales se recoge este derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Decreto 11º de la Curia Plena de León⁵¹.

Es claro que es algo más que un principio programático, pues hay por una parte una obligación asumida por el rey, y por otra unas consecuencias jurídicas clarísimas para el supuesto de violación. Consecuencias en el orden penal y civil. En lo civil, concretamente, se establece una suerte de indemnización. Este texto, se escribe en la época en que se produce la recepción del Derecho Común. Por otra parte, al ampliar la garantía a la heredad o hurto contiguos aparece claro enlace con las instituciones germánicas. Este último enlace aparece también en la presencia del coto de los sesenta sueldos que muestra el derecho territorial castellano recogido en el “Libro de los Fueros”⁵².

La garantía contra registros domiciliarios se relaciona también con el concepto y la estructura de la “Paz del Rey” y está apoyada en la sanción ejemplar del propio coto del rey, como se ve en el Fuero de Logroño. Otro testimonio de la época lo ofrece Beneyto al hablar de que en las Partidas se recoge el derecho feudal, al privilegiar la tutela de la casa de los nobles, en versión clasista, asimilándola a los castillos.

De todo lo dicho anteriormente se desprende que la intimidad era un bien que gozaba de reconocimiento social y cuya protección se plasmó en importantes textos jurídicos, algunos como el de las Cortes de León, incluso de carácter constitucional. Así ha podido decir Beneyto que el derecho a la privacy, a la intimidad del hogar, encuentra su encuadramiento en una paz de la casa construida para los particulares que presenta proximidad con las paces del palacio, de la Iglesia o del mercado que tutelan a las gentes próximas al rey, a los clérigos y a los comerciantes⁵³.

1.5.4. La modernidad:

1.5.4.1. La modernidad medievilizante española:

Al concluir la Edad Media, aparece el Renacimiento que no es sino la primera fase

⁵¹ García Gallo, Alfonso, **Manual de historia del derecho español**, tomo II, págs. 568-569.

⁵² Beneyto Pérez, Juan, **Ob. Cit.**, pág. 188

⁵³ **Ibid**, pág. 107

de la Edad Moderna o Modernidad en la que aún nos hallamos, la unidad de orden medieval se quiebra. La modernidad no ha sido algo particular desde el primer momento, como señala Palacio Attard, en el siglo XVI existieron dos posibilidades para que el mundo moderno se realizase: una, revolucionaria; otra tradicionalista o medievalizante, que no quería un mero estancamiento en las formas antiguas, sino que se sentía vinculada al tiempo anterior quería conservar los fundamentos culturales del mismo, aunque admitiendo todas las superaciones convenientes⁵⁴. Un ejemplo paradigmático de ello lo constituyó la Escuela Española de teólogos-juristas del siglo XVI, que renovó la escolástica medieval sin abandonarla.

Los siglos XVI y XVII presencian la pugna de las dos modernidades, es un duelo a muerte y sólo tras un esfuerzo formidable quedará vencida una de aquellas posibilidades. El triunfo completo de la modernidad revolucionaria no se asegura hasta el siglo XVIII, con la cultura de la ilustración.

En este contexto, por tanto, la idea de intimidad se desarrolla a partir de los presupuestos medievales ya conocidos. Un desarrollo singular de esta idea se producirá con la mística del siglo XVI, en especial Santa Teresa de Jesús y San Juan de la Cruz, que avanza brillantemente sobre la senda que marcaron los místicos medievales. La intimidad como derecho, igualmente avanzará sobre la senda ya trazada en el medioevo.

En este mismo contexto, se puede encontrar el reconocimiento de otra vertiente del derecho a la intimidad, la del secreto de la correspondencia en otros textos. Esta libertad se proclama para indias en diversas disposiciones la primera en el año 1509 y otras posteriores por ejemplo la Real Cédula de Felipe II al virrey del Perú de 14 de septiembre de 1592 a propósito de unas infracciones al citado derecho.

De los textos anteriores se desprende un reconocimiento del derecho a la intimidad que está profundamente arreglado en la tradición medieval ya examinada anteriormente. No puede, por tanto, extrañarnos que Sánchez Albornoz diga que “de entre todas las colonizaciones conocidas en la historia es la de España en América la única que enlaza, deriva y enraíza en la edad media”⁵⁵, ya que “el pluralismo, la aventura guerrera y los hondos sentidos religiosos” que caracterizan la conquista de

⁵⁴ Palacio Attard, Vicente, **El problema de la decadencia española en la conciencia actual**, pág. 33 ss.

⁵⁵ García Gallo, Alfonso, **Ob. Cit.**, tomo II, pág. 808.

América son signos típicamente medievales⁵⁶. El ilustre historiador añade que: España, al descubrir y conquistar el nuevo mundo vivía en muchos aspectos de su vida una edad media retrasada, que al comenzar la Edad Moderna Universal estaba todavía preñada por el espíritu y genios medievales trajo a las indias colombinas su medievalismo.

Este entroncamiento con el medioevo se percibe en otros aspectos jurídicos advertidos por Sánchez Albornoz al decir que del mismo modo que los reyes de Asturias, de León y de Castilla, al conquistar diversos reinos moros siglo a siglo, los incorporaron y asimilaron en pro de igualdad al suyo primitivo, desde Toledo hasta Granada, el reconocimiento de los indios como súbditos supone la continuación de la doctrina jurídica practicada en los siglos medievales por Castilla.

1.5.4.2. **Renacimiento:**

La etapa histórica que recibe el nombre de Renacimiento supone una vuelta a los ideales de la antigüedad clásica pagana. Los renacimientos son los que Toynbee llama “encuentro de civilizaciones en el tiempo” por contraposición a los que denomina “encuentros de civilizaciones en el espacio” como pueden serlo la lucha occidente-islam o la conquista de América.

Señala Toynbee que fue Delécluze (1781-1863) el primero que empleó la palabra “renaissance” para designar el impacto que hizo la extinta civilización helénica sobre la cristiandad occidental en un determinado tiempo y lugar, es decir, en la Italia septentrional y central, en la última parte del período medieval⁵⁷.

En ese espacio italiano, observa Toynbee que se produjo un renacimiento de ciertas ideas e instituciones políticas de la antigüedad helénica, como la del estado-ciudad cuando las ciudades lombardas arrancaron su fiscalización de manos de los obispos, para entregarla a comunas administradas por juntas de magistrados que eran responsables ante los ciudadanos⁵⁸. El efecto superficial consistió en propagar un culto del gobierno constitucional que ulteriormente iba a darse a sí mismo el título helénico de democracia, pero las dificultades de dicho constitucionalismo prepararon el terreno para

⁵⁶ Sánchez Albornoz, Claudio, *La edad media española y la empresa de América*, pág. 35.

⁵⁷ Toynbee, Arnold Joseph, *Estudio de la historia*, tomo III, pág. 70

⁵⁸ *Ibid*, pág. 87.

que surgiese la figura, también helénica, del tirano; primero en las ciudades-estados italianas, y luego en una dimensión más amplia y, en consecuencia, más desastrosa.

Algunos autores han considerado que la idea de intimidad tiene su origen en el Renacimiento, no obstante, por lo dicho hasta aquí, debe descartarse esa tesis. Antes bien, ese retorno a la antigüedad clásica en la que la idea de intimidad tenía un mayor desarrollo, en algunos autores redundaba en una posición de mayor reconocimiento a dicha idea.

En este marco de vuelta a los ideales de la antigüedad se inscribe la obra de un diplomático de una de esas ciudades-estado, y gran estudioso de la antigüedad: Maquiavelo, quien consideraba que la virtud moral y cívica surge de la ley y cuando una sociedad se ha corrompido, no puede nunca reformarse por sí misma, sino que tiene que tomarla en sus manos un legislador. Maquiavelo al señalar ese papel organizador y rector del legislador, no pensaba únicamente, según Sabine, ni siquiera de modo principal, en la organización política, sino en la totalidad de la constitución moral o social de un pueblo. Esto no significaría, para Sabine otra cosa sino que no hay límites a lo que un estadista puede hacer, el estadista puede hacerlo todo, desde trasplantar las poblaciones (como hizo Stalin con numerosos pueblos en la URSS) hasta edificar nuevas virtudes en el alma de los súbditos⁵⁹. Maquiavelo inaugura la modernidad revolucionaria con el retorno a la Antigüedad clásica, a los ideales de Grecia y de Roma, que ya hemos estudiado, lo que repercute en perjuicio del reconocimiento de la dignidad de las personas y supone una menor atención a la intimidad.

1.5.4.3. **La reforma protestante:**

Como se ha dicho a propósito del Renacimiento, un sector sitúa en la reforma el origen o cuando menos el sentido actual de la noción de intimidad a través de la noción de fuero interno.

Casi contemporáneo de Maquiavelo es Lutero, quien inicia formalmente la reforma protestante y la ruptura del orden medieval, en principio, Lutero se inclinaba a desechar la coacción en cuestiones de creencia, y en realidad ésta era la única posición congruente con su idea de la experiencia religiosa, pues para él la sustancia de la

⁵⁹ Sabine, **Historia de la teoría político**, pág. 258.

religión consistía en una experiencia íntima esencialmente mística e incommunicable. Esto no es de extrañar, pues Lutero era monje agustino y debe presumirse que conocía la obra de San Agustín y estaba influido por ella. Cuestión distinta es que ciertas ideas de San Agustín, como su método introspectivo, en Lutero adquirieron un sentido opuesto al pretendido por el de hipona. De ahí que, de alguna manera, situar el origen de la intimidad en la reforma (Lutero) o en el renacimiento (Descartes) sea situarla en San Agustín, fuente inequívoca de ambos.

No obstante lo anterior, Lutero no fue capaz de concebir que la religión pudiera prescindir por entero de la disciplina y la autoridad eclesiásticas y concluyó que debía reprimirse la herejía y que debía impedirse la enseñanza de las doctrinas heréticas. Esto, como es claro, llevaba a la coacción y como la Iglesia no había podido corregir sus propios defectos, la esperanza de una Iglesia purificada tenía que estar en los gobiernos seculares. En un texto elocuente Lutero dice que “sería lo mejor, y es el único remedio que queda, que los reyes, los príncipes, la nobleza, las ciudades y las comunidades comenzasen y se abriesen un camino a la reforma, de tal modo que los obispos y el clero, que ahora tiene miedo tendrían razón para seguirla”⁶⁰.

El resultado práctico de todo ello fue que el gobierno secular se convirtió en agente de la reforma, y Lutero contribuyó a crear una Iglesia nacional, dominada por las fuerzas políticas del Estado y que casi era una rama del Estado. La destrucción de la Iglesia universal, la supresión de sus instituciones monásticas y de las corporaciones eclesiásticas, y la abrogación del derecho canónico, debido al movimiento iniciado por Lutero, eliminaron los frenos mas fuertes que había tenido el poder secular en la Edad Media. En esta situación se produce un paralelismo entre el reconocimiento de la soberanía de los numerosos Estados que existían y la nueva organización de la vida religiosa en la forma de las iglesias nacionales, dominada por el pensamiento de que la adscripción política determina la agrupación decisiva de los hombres y que la religión no puede ser, por tanto, un asunto privado. Lord Radcliff sostiene que el abandono de las viejas ideas de un orden universal tuvo como primer resultado el fortalecimiento de las garras de poder secular, proceso que no se ve mitigado en el siglo XVII de modo que en diversos autores como Bacon, Pascal y Spinoza parece existir la sensación de que el

⁶⁰ Lutero, Martín, **Sobre las buena obras**, (1520), trad. Ingl. De W.A. Lambert; Werke, pág. 258.

orden civil es un bien tan abrumador que la obediencia civil se convierte en el primero y más alto deber del hombre, sin importar lo que le digan su conciencia privada o su moralidad personal⁶¹.

A la vista de este desarrollo contradictorio de la idea de intimidad es posible entender determinadas normas sobre la intimidad de carácter limitativo. Una de estas normas es la dictada por Enrique VIII de Inglaterra, que condenaba a toda la muchacha que, habiendo tenido relaciones ilícitas con alguien, no lo declarase al rey antes de casarse. Montesquieu afirmaba que esta ley violaba la defensa del pudor natural y que tan sin razón es exigir a una joven que haga tal declaración, como pedir que un hombre no trate de defender su vida. Por su parte, el calvinismo defendió la supremacía y la independencia de la autoridad espiritual y el uso del poder secular para poner en práctica los juicios de aquella en materia de ortodoxia y disciplina moral. En la práctica, donde quiera que ello fuere posible, el gobierno calvinista colocó las dos espadas en la tradición cristiana en la Iglesia y dio la dirección de la autoridad secular al clero en vez de atribuírsela a los gobiernos seculares⁶². En esta situación era probable, que el resultado fuese, como así sucedió, un intolerable gobierno de los santos, una regulación meticulosa de los asuntos privados, fundada en un espionaje universal, con una tenue distinción entre el mantenimiento del orden público, la censura de la moral privada y la conservación de la verdadera doctrina y el culto adecuado.

La religión, como cosa suprema y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierte en algo relativo que solo tiene valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto. La libertad de religión, por tanto, según Schmitt se convierte en el primero de todos los derechos fundamentales (no por obra directa de la reforma, sino como consecuencia del proceso desencadenado por ella), pues con él se establece el principio fundamental de distribución: el individuo como tal se considera portador de un valor absoluto y permanece con este valor en su vida privada; su libertad privada es algo ilimitado en principio; el Estado no es más que un medio, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los particulares⁶³.

⁶¹ Lord Radcliffe of Werneth, **The problem of power**, pág. 50-51.

⁶² Sabine, **Ob. Cit.**, pág. 271.

⁶³ Schmitt, Carl, **Teoría de la constitución**, traducción de Francisco Ayala, pág. 165.

Dejando al margen el que, como ya se ha indicado, el principio de distribución tiene raíces mucho más profundas, es cierto que los puritanos y las sectas próximas a ellos, fueron quienes, huyendo de las persecuciones religiosas de la Europa de entonces, fundaron las primarias colonias en Norteamérica.

En estas colonias cuyo nacimiento se hace figurar en un contrato social, se dictaron una serie leyes de gran interés para el estudio de la intimidad. Tocqueville estudia el Código de leyes penales que el pequeño estado de Connecticut se dio a si mismo en 1650, estas leyes que se preocupan sobre todo de mantener el orden moral y las buenas costumbres en la sociedad, penetran, sin cesar, en el dominio de la conciencia, y así no hay pecado que no sometan a la censura del magistrado⁶⁴.

El simple comercio entre personas no casadas estaba penado, Tocqueville cita el caso ocurrido en un 1º de mayo de 1660 en el que se multó y amonestó a una joven a la que se acusaba de haber pronunciado algunas palabras indiscretas y de haberse dejado dar un beso. También se castigaban la holgazanería y la embriaguez, así como el uso del tabaco, fuese público o privado. Con pleno olvido de los principios de libertad religiosa reclamados por ellos mismos en Europa obligaban bajo pena de multa, a asistir al servicio divino y se llegaba a imponer severas penas, y a menudo la de muerte, a los cristianos que pretendiesen adorar a Dios mediante formulas distintas a las de la comunidad de la colonia. En la Ley Penal de Massachusetts, por ejemplo, el sacerdote católico que pone el pie en la colonia después de haber sido expulsado de ella, se hace reo de muerte.

Tampoco hay que perder de vista que estas leyes absurdas o tiránicas no eran leyes impuestas, sino votadas libremente por los propios interesados, y tampoco hay que olvidar que las costumbres eran aún más austeras y puritanas que las leyes. La reforma provoca desarrollos contradictorios ante la idea y el derecho a la intimidad. Si, por una parte, estas posturas y ciertas proclamaciones parecen acercarse al pensador primero de la idea de intimidad, otras se alejan de él.

1.5.4.4. **El liberalismo:**

El Liberalismo no es una corriente uniforme básicamente, en ella se distinguen dos

⁶⁴ Tocqueville, Alexis, **La democracia en América**, págs. 56 y 406.

corrientes: una moderada, la otra radical; una predominante en Inglaterra, la otra en Francia. No significa que todos los autores liberales moderados sean ingleses (Constant era francés), ni que todos los liberales radicales sean franceses (Paine era norteamericano de origen inglés y vivió en Inglaterra), pero sí que la conexión entre esos factores es muy estrecha.

1.5.4.4.1. **Liberalismo moderado o inglés:**

Dentro de esta corriente encontramos a Hobbes, estimando que, sus premisas son liberales, pues considera que la sociedad y el Estado deben su existencia a la voluntad de los individuos, y que la institucionalización de la sociedad política mantiene la primacía de aquellos sobre el todo. Hobbes⁶⁵ observa que no existe en el mundo Estado alguno, en el cual se hayan establecido numerosas normas para la regulación de todas las acciones y palabras de los hombres, por ser cosa imposible. Por ello, en todo género de acciones preteridas por las leyes, los hombres tienen la libertad de hacer lo que su propia razón les sugiera para mayor provecho de si mismos, es decir que en los casos en que el soberano no ha prescrito una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir, de acuerdo con su propia discreción. Estas afirmaciones permiten situar a Hobbes en el pensamiento liberal, de ahí que para Hobbes la libertad del súbdito radica, en primer lugar. “en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha preterido el soberano y que afectan el campo económico (la libertad de comprar y vender y de hacer, entre si, contratos de otro género) y al doméstico-familiar (escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio genero de vida, e instruir sus niños como crea conveniente, etc.). Pero, en segundo lugar, y dado que toda soberanía se establece por pacto (si soberanía por institución por pacto de todos con todos, si soberanía por adquisición por pactos del vencido con el vencedor), cada súbdito tiene libertad en todas aquellas cosas cuyo derecho no puede ser transferido mediante pacto. Un ejemplo de esto es, según Hobbes, el pacto de no defender el propio cuerpo de un hombre, que es nulo.

El criterio para distinguir estos casos lo ofrece Hobbes al decir que “cuando muestra negativa a obedecer frustrara la finalidad para la cual se instituyó la soberanía,

⁶⁵ Hobbes, Thomas, **Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**, pág. 200.

no hay libertad para rehusar, en los demás casos sí”⁶⁶, dicha finalidad es la propia protección. Puede decirse que, si los pactos de no defender su propio cuerpo son nulos porque van contra la finalidad del propio pacto, no sería difícil sobre esas premisas hobbesianas sostener que los actos de no defender la propia intimidad también lo serían.

Por lo demás a la vez que distingue lo público de lo privado observa la distinción entre libertad “negativa” o de los modernos y libertad “positiva” o de los antiguos. Para Hobbes la libertad de la cual se hace mención tan frecuente y honrosa en las historias y en la filosofía de los antiguos griegos y romanos, y en los escritos y discursos de quienes de ellos han recibido toda su educación en materia de política, no es la libertad de los hombres particulares, sino la libertad del Estado; en efecto, atenienses y romanos “eran libres, es decir, Estados libres: no en el sentido de que cada hombre en particular tuviese libertad para oponerse a sus propios representantes, sino en el de que sus representantes tuvieran la libertad de resistir o invadir a otro pueblo. La institución de la relación pública sirve precisamente para proteger las relaciones privadas, aunque el poder de lo público amenace a la esfera económica de la libertad.

El segundo teórico que puede ser aquí considerado es John Locke, quien defendía lo que él llama la “libertad negativa”, es decir que debía existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, de donde se deducirá que es preciso trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública. En este sentido, se ha aducido este texto de Locke: “donde no hay ley no pueden los hombres librarse de la presión y de la violencia de los demás, que es en lo que consiste la libertad, de lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenen las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido, de ese modo, a la voluntad arbitraria de otro, y poder seguir libremente la suya propia”⁶⁷. Locke, por tanto, es un pensador importante en el desarrollo de la idea y del derecho a la intimidad.

En esta línea del liberalismo moderado o inglés pueden situarse a otros autores no ingleses. Montesquieu, como ha habido ocasión de ver anteriormente, si bien no teoriza

⁶⁶ Hobbes, Thomas, **Ob. Cit.**, págs. 217-218, 222-224.

⁶⁷ Locke, John, **Ensayo sobre el gobierno civil**, págs. 70-71.

sobre la intimidad, lo cierto es que partió en sus análisis de la distinción pública/privado, empleando incluso la expresión “vida privada”. De igual modo traduce su desacuerdo respecto a aquellas medidas que él ve en la historia de otros pueblos (Grecia, Roma, Japón, Formosa) que cercenan la intimidad, así como de aquellas medidas contemporáneas suyas donde ve amenazados la libertad del domicilio.

Aquí es oportuno situar también a Cadalso, su obra principal *Cartas Marruecas* tiene un importante influjo de Montesquieu, si bien sus ideas sobre la intimidad tienen otra raíz diversa. Cadalso se sitúa en la senda del estoicismo, e incluso podría decirse del agustinismo. Para él, “la mayor fortaleza, la más segura, única e invencible, es la que consiste en los corazones de los hombres, no en lo más alto de los muros ni en el profundo de las fosas”⁶⁸. Pero si en Cadalso se halla presente de forma destacada la idea de intimidad, y no el derecho, al no ser él jurista ni ser su obra jurídica, lo más importante quizás sea su planteamiento de la necesidad de equilibrar lo público con lo privado que le convierte en verdadero antecedente de Constant. Tras sus anteriores afirmaciones de la intimidad, declara que le parece “lastimosa para el Estado la pérdida de unos hombres de talento y mérito que se apartan de las carreras útiles a la república” para retirarse a su vida privada. Para Cadalso todo individuo está obligado a contribuir al bien de su patria con todo esmero, aun a costa de toda especie de disgustos ya que no basta ser bueno para si y para otros pocos, sino que es preciso serlo o procurar serlo para el total de la nación.

El afán de Cadalso por evitar que los ciudadanos se refugiasen en su vida privada le lleva incluso a decir que “la conservación propia del individuo es tan opuesta al bien común de la sociedad, que una nación compuesta toda de filósofos no tardaría en ser esclavizada por otras”⁶⁹. En Cadalso hay por tanto un reconocimiento de la idea de intimidad (que nos llevaría, por su época, a encuadrarlo como liberal moderado), a la vez que una defensa del equilibrio entre las exigencias de la vida privada y las de la vida pública, que le hace antecedente de Constant.

El siguiente autor que encuadraríamos en esta sección sería Benjamín Constant cuya obra sobre la libertad de los antiguos, y de los modernos es clásica en esta cuestión, con el autor suizo-francés la dimensión de la intimidad como derecho adquiere

⁶⁸ Cadalso Vázquez, José, *Cartas Marruecas*, (Ed. Joaquín Arce), carta IV, pág. 93.

⁶⁹ *Ibid*, pág. 260.

una alta cuota de reconocimiento. Constant contrapone la libertad de los antiguos a la de los modernos. La primera consistía en “ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la soberanía”, pero a la vez “admitían como compatible con esta libertad colectiva, la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto” de suerte que “todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia”⁷⁰.

La segunda consiste en que “el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia”. Pero lo más importante de Constant, no es propiamente esta distinción. Lo importante es que en Constant la intimidad en cuanto derecho, y no ya sólo en cuanto idea adquiere una teorización importante. Constant formula dos principios: en primer lugar, que la independencia individual es la primera necesidad de los modernos y por lo tanto no hay que exigir nunca su sacrificio para establecer la libertad política; y segundo, que, en consecuencia, ninguna de las numerosas y muy alabadas instituciones que perjudicaban la libertad individual en las antiguas repúblicas, resulta admisible en los tiempos modernos. Por ello, concluye: “también las leyes deben tener sus límites”⁷¹. Constant, por tanto, consigna lo que Schmitt llama el principio de distribución y traza una auténtica teoría jurídica de los derechos individuales.

Ahora bien, Constant también señalará frente al peligro de un culto excesivo a lo privado, lo que pudiera llamarse “ideología de la intimidad”. Ese peligro es para él que renunciemos a la participación en el poder político, pues la libertad política es una garantía de la libertad individual.

Puede situarse también a Tocqueville en este grupo de autores, quien acentúa la crítica que Constant hace de la “ideología de la intimidad”, pero no por ello rechaza la idea a las manifestaciones jurídicas de la intimidad. La “ideología de la intimidad” llamada por Tocqueville “individualismo” que se produce en las democracias constituye un sentimiento irreflexivo y apacible que induce a cada ciudadano a aislarse de la masa de sus semejantes y a mantenerse aparte con su familia y sus amigos; de suerte que después de formar una pequeña sociedad para su uso particular abandona la sociedad

⁷⁰ Constant, Benjamín, **De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos**, en escritos políticos. Estudio preliminar, traducción y notas de Ma. Luisa Sánchez Mejía, pág. 260.

⁷¹ **Ibid.**, pág. 274.

grande a su suerte”. Señala que “el despotismo, medroso por naturaleza, ve en el aislamiento de los hombres la mayor garantía de su propia duración”, es por ello, que los hombres necesitan más la libertad y abandonar sus intereses individuales para ocuparse de los asuntos públicos. Tocqueville, no renuncia a la defensa de la intimidad al denunciar el individualismo, refiere con cierto disgusto como en todas partes la centralización penetra en los asuntos privados, regula a su manera acciones y acciones cada día más mínimas y se establece al lado, alrededor y sobre el individuo para ayudarlo, aconsejarle y obligarle. Resulta temible que ahora los soberanos puedan reunir más fácilmente todos los poderes públicos en sus manos y penetrar en el dominio de los intereses privados y más habitual y profundamente de lo que haya podido hacerlo ningún soberano de la antigüedad, de ahí la enorme importancia que reviste la defensa de los derechos individuales.

1.5.4.4.2. **Liberalismo radical o francés:**

Dentro de lo que se llama aquí liberalismo radical o francés, resulta de gran interés, en primer lugar, el examen de la cuestión en el movimiento de la ilustración. La distinción secular entre lo público y lo privado aparece relativamente en Diderot, en cuanto que dicho ilustrado en su lucha contra los secretos de los gremios revela un intento de acabar con esta dualidad.

Aunque el Estado de los reyes absolutos era ya un Estado moderno, todavía tenía cierta vigencia la concepción sagrada del secreto y de la “máscara”. Esto permite comprender que hechos como la labor de difusión del procedimiento mediante el que los artesanos, por ejemplo, trataban el vidrio fuera inconcebible y su trasgresión (transparencia) fuera un verdadero sacrilegio. Así las cosas, los trabajos de los ilustrados, como Diderot y D’Alembert, no hacían otra cosa que servir a la revolución. Al informar sobre lo que había en las penumbras de los gremios y de las manufacturas, los enciclopedistas estaban haciendo la luz, instauraban la transparencia. Sin duda estuvieron movidos por un afán filantrópico pero Octavio Paz ha advertido en varias ocasiones contra lo que él llama “ogro filantrópico”. Este afán de exponer todo a la luz trae como consecuencia que la intimidad quede permeabilizada por la información (en lo que se advierte la tensión vigente intimidad versus información). De este modo

vemos que al individuo no le queda espacio libre para ocultar su intimidad con lo cual nada queda “fuera del Estado” y nada podrá ir “contra el Estado” abriéndose paso un sutil totalitarismo estatal merced a la alianza de la información con el Estado.

La ilustración atribuye a la información y a la libre expresión la función de crear una opinión pública capaz de discutir los problemas de gobierno. Tras la libre información y expresión lo que subyace es la idea liberal de la libre discusión. Para la idea liberal, la libre discusión es el método adecuado para la integración de una unidad social, suponiendo que en la libre discusión se presentan todas las posibilidades de actuación, las cuales pueden examinarse en sus pros y contras, y a la luz de la razón, inexcusablemente se optará por la posibilidad de todas las expuestas que sea racionalmente mejor. La identificación social entre discusión y verdad se manifiesta en el nivel parlamentario en la identificación de la ley (obtenida por deliberación-discusión), con el momento de la justicia. Es claro, que un funcionamiento ortodoxo de este sistema exige plena transparencia informativa, y por tanto, resulta virtualmente vulnerador de toda intimidad que oculte cualquier circunstancia que resulte de interés para quienes estén en el poder, ya sea el parlamento o un periódico.

Por ello con el desarrollo de la libertad de prensa y de expresión, de la opinión pública y el despliegue progresivo de su potencial “anti-intimo”, se planteará la imperiosa necesidad de fijar sus límites, en torno principalmente a los derechos del honor y a la intimidad de las personas, para encauzar esas libertades. Conociendo todo esto no sólo no parecerá extraño, sino que parecerá incluso coherente que la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 no recoja ninguna de las manifestaciones de la intimidad: inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones.

En la Declaración de 1789 tampoco se proclamaban ciertos derechos que presentan conexiones con el derecho a la intimidad como la libertad de religión, debido a que esta, a diferencia de las precedentes declaraciones americanas, da el concepto de ciudadano, y edifica el edificio revolucionario sobre un Estado ya existente, por lo que esta libertad de religión que podría considerarse el primero de los derechos fundamentales por establecer de modo radical el principio de distribución podría poner en entredicho la solidez del nuevo Estado.

Sin embargo, la tesis de Schmitt parece insuficiente porque en primer lugar, no tiene en cuenta que, como ya quedó señalado, en Norteamérica el derecho a la intimidad no tiene un reconocimiento firme y unívoco, porque no recoge razones más poderosas que las por él aducidas para explicar esta ausencia de protección del derecho a la intimidad. A este respecto, aparte del afán de transparentarlo todo, hay que recordar con Toynbee que “los revolucionarios franceses no se cansaron de hacer alusiones a Solón y a Licurgo”⁷², ya hemos visto lo que esa vuelta a la antigüedad significa.

Por eso, la Revolución Francesa, como todas las grandes revoluciones, fue, por lo menos en su forma extremista una explosión del deseo de libertad “positiva” (lo que Constant llama “libertad de los antiguos”), de autodirección colectiva por parte de un gran número de franceses que se sentían liberados como nación, aunque para muchos el resultado fue una fuerte restricción de las libertades individuales.

Por lo demás, cuando, en documentos muy posteriores al estallido revolucionario, se garantizan derechos como el de la inviolabilidad de domicilio, su objetivo ya no será tanto proteger la intimidad personal y familiar cuanto ser un instrumento para garantizar la seguridad personal frente a detenciones arbitrarias. La consideración de la inviolabilidad de domicilio como medida de garantía de la seguridad personal es una idea que se aprecia tanto en la doctrina como en las constituciones del siglo XIX.

Un pensador singular en este marco es Rousseau, anticipa en ciertos aspectos el romanticismo, en otros es un neoclásico, pero sin duda es un pensador importante, en un principio Rousseau parece admitir un espacio de libertad negativa al individuo. En su opinión, la comunidad política (persona pública, moral) cuida de su propia conservación, y así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Este poder recibe el nombre de soberanía, debemos tomar en consideración que además de la comunidad política, existen las personas privadas que la componen cuya vida y libertad son naturalmente independientes de ella, por lo que preciso distinguir entre los derechos respectivos de los ciudadanos y del soberano.

En Rousseau se encuentran elementos que vacían lo que pudiera haber de

⁷² Toynbee, Alexi.: **Ob. Cit.**, tomo III, pág. 99.

defensa de libertad “negativa”, en un famoso pasaje, este autor declara que a fin de que el pacto social no sea un formulario vacío, encierra tácitamente el compromiso, único que puede dar fuerza a los otros compromisos contraídos en el pacto social, de que aquel que rechazaba obedecer a la voluntad general será compelido a ella por todo el cuerpo social, “lo que significa que se le obligará a ser libre”⁷³.

Según Berlin, Rousseau no entiende por libertad la libertad “negativa” del individuo para que no se entrometan con él dentro de un determinado ámbito, sino la “positiva”, esto es, que todos tengan participación en el poder público, el cual tiene derecho a interferirse en todos los aspectos de todas las vidas de los ciudadanos ⁷⁴.

Finalmente, es oportuno referirse a Kant, quien insistió en que la capacidad para dirigirse a si mismos pertenecía a todos los hombres y que no podía haber expertos en cuestiones morales pues la moralidad no dependía de ningún conocimiento especializado, sino del uso correcto de una facultad humana universal⁷⁵. Pero incluso Kant, cuando llegó a tratar de temas políticos, concibió que ninguna ley (suponiendo que fuese una ley tal que el individuo como ser racional aprobase si fuera consultado) podía privar de ninguna parte de su libertad racional, con esto quedaba la puerta abierta para los expertos. Como dice Berlin, el legislador no puede consultar en todo momento a todos los hombres sobre todas las leyes, es más algunos individuos hacen oídos sordos a la voz de su razón, por ello, el legislador, el gobernante debe suponer que si la ley que impone es racional (y para saber esto sólo puede consultar a su propia razón) será automáticamente aprobada por todos los miembros de la sociedad que sean racionales, y si no la aprueban serán por tanto irracionales, por lo que necesitarán ser reprimidos por la razón, no importa si la del individuo o la del gobernante, pues los dictados de la razón tienen que ser los mismos en todas las mentes.

1.5.4.5. **La sociedad urbana o industrial:**

En esta fase histórica, el fenómeno de la intimidad se verá perjudicado por los avances tecnológicos, frente a esa situación se producirá una afirmación de la idea y del derecho a la intimidad, principalmente de este último.

⁷³ Rousseau, Jean Jacques, **Du contrat social**, pág. 185.

⁷⁴ Berlin, **Ob. Cit.**, pág. 234.

⁷⁵ **Ibid**, pág. 226.

Sobre todo al principio de la revolución industrial, se manifestó crudamente la virtualidad “anti-intima” de la urbanización, aunque con el tiempo desvaría en desencadenante de soledad-intimidad. El crecimiento de las ciudades en el periodo de la Revolución Industrial se hizo de forma rápida y sin ningún tipo de planificación lo que produjo unas condiciones de vida en los barrios ocupados por las clases trabajadoras muy penosas. En Manchester en 1893 los barrios obreros disponían de un servicio para 212 personas y la mortalidad era de 145 por mil. Hausser describe el grado de hacinamiento en el casco antiguo de Madrid, donde en 1887 la décima parte de la población vivía en 438 casas de vecindad que estaban en los distritos más pobres de la ciudad lo que explica las fuertes tasas de mortalidad en estos lugares superiores a la ya elevada tasa de mortalidad de la ciudad⁷⁶, esto nos revela un hábitat en el que la intimidad resulta sumamente difícil.

Con la industrialización, se acelera el paso de una sociedad solidaria, rural, a otra urbana en la división del trabajo, la lucha por la existencia, el individualismo y la heterogeneidad, por las exigencias de la división del trabajo se rompe la conciencia colectiva y aparecen las relaciones contractuales; siendo la ciudad es un asentamiento relativamente grande, denso y permanente de individuos socialmente heterogéneos. Esta heterogeneidad es la que rompe los vínculos tradicionales como característica del proceso urbano, que nace, con la propia modernidad revolucionaria, pero con la industrialización, sobre todo en los dos últimos siglos, adquiere una velocidad vertiginosa. El medio urbano debido a sus fuertes concentraciones demográficas determina unos comportamientos específicos caracterizados por unas relaciones secundarias que son impersonales, segmentarías, superficiales y transitorias, generando consecuencias nocivas en el hombre que se convierte en un individuo anónimo, aislado, secular y complejo. Por exigencias del trabajo y por el hecho de convivir con personas, la mayoría desconocidas, se produce la lucha y la competencia. A fin de evitar el desorden y el caos es preciso regular el comportamiento de sus habitantes mediante reglas y controles precisos.

La heterogeneidad, unida a la imposibilidad del contacto personal entre sus miembros, tiene como consecuencia que se destaque más lo visible y lo simbólico que

⁷⁶ Estebáñez Álvarez, José, **Los sistemas urbanos**, vol. 2, pág. 261 ss.

lo íntimo, que las comunicaciones se realicen a través de medios indirectos que favorecen la aparición de la delegación y de la representación. Además, al no existir en la ciudad valores compartidos por toda la comunidad, el dinero es el referente universal, los códigos sustituyen a las costumbres y la vida está impregnada por la economía y la producción en gran escala.

El proceso urbano, tiene una doble virtualidad: por una parte, realiza lo exterior, lo contrario de lo que es la intimidad (pues recordemos que íntimus es el superlativo de interior) no dejando espacio para la intimidad. Por otra parte, tanto la magnitud y la densidad como la heterogeneidad son factores que producen soledad y, en esa medida, facilitan el surgimiento de la intimidad.

Las circunstancias sufridas por la intimidad como fenómeno tuvieron su traducción en la dimensión de la intimidad como idea. Ya en la primera mitad del siglo XIX, Tocqueville advertía, como ya se vio, frente a las amenazas que para la intimidad suponía la sociedad que se estaba creando. Se opuso al “individualismo”, pero eso no significaba que fuera “colectivista”. Sin embargo muchos pensadores optaron por el colectivismo, se advierte el fenómeno de la progresiva “publicación” de la vida, además, observa el auge de la idea de la progresiva socialización del hombre. En este sentido al amparo de esta idea, se plantean exigencias no solo de que lo “mío” sea para los demás, sino de que lo de los demás sea “mío”, de que el individuo adopte las ideas y los gustos de los demás, de todos. Quedando prohibido toda propiedad privada, incluso la de tener convicciones para uso exclusivo de cada uno.

Ortega denuncia que la divinidad abstracta de “lo colectivo” vuelve a ejercer su tiranía ya practicada en Grecia y en Roma. Ejemplos de esto son, de un lado, la prensa, que se cree con derecho a publicar la vida privada de las personas, a juzgarlas y a sentenciarlas; y, de otro lado, el poder público, que fuerza al individuo a dar cada día mayor cantidad de su existencia a la sociedad sin dejarle al hombre un rincón de retiro. Las masas protestan airadas contra cualquier reserva de sí que haga la persona, Ortega cree ver la explicación en esta la furia anti-individual, en que las masas se sienten en su fondo íntimo débil y medroso ante el destino y tienen nostalgia del rebaño.

Frente a ese avance del fenómeno y de la idea anti-individuales o si requiere, anti-

íntimos, Ortega defiende la importancia del fenómeno y de la idea de intimidad, para él, la soledad hace a nuestra persona compacta y la marca bajo su tratamiento, el hombre consolida su destino individual y puede salir impunemente a la calle sin contaminarse por completo de lo público, mostrenco, endémico. En el aislamiento se produce una discriminación de las ideas, afanes y fervores de la persona que aprende cuales son suyos y cuales son anónimos, ambientes caídos sobre ella como la polvareda del camino, Para el hombre, vivir es, haberse quedado solo, conciencia de unicidad, de exclusividad en el destino que solo él posee.

En esta etapa, la articulación jurídica de la intimidad recibe un nuevo e importante impulso. Esa articulación, como ha puesto de relieve Lucas Murillo se realizará por un doble camino⁷⁷, por un lado a través de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, por otro mediante elaboraciones continentales.

Por lo que hace a la aportación norteamericana, como ha observado Westin, la preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el asunto es constante, habiendo este autor recopilado un impresionante cúmulo de datos acerca de casos y autores en los que se defienden las más diversas parcelas de la intimidad. De ahí que pueda afirmar que la tesis promovida por muchos comentaristas desde Brandeis hasta el presente de que la intimidad era de algún modo un derecho legal moderno que empezó a tomar forma solo a finales del siglo XIX es una doctrina errónea.

Desde el famoso trabajo de Warren y Brandeis se habla de un “derecho a la intimidad” como tal, como categoría única que recapitula y unifica en una unidad superior derechos dispersos y contenidos diversos que antes se protegían de forma separada. Warren y Brandeis advierten que recientes inventos y métodos mercadotécnicos reclaman la atención para dar un paso más en el aseguramiento del derecho a estar solo. Por otra parte, la intensidad y complejidad de la vida, resultado de los avances de la civilización, han hecho necesaria una cierta retirada del mundo, haciéndose el hombre más sensible a la publicidad, de suerte que la soledad y la intimidad se han hecho más esenciales para el individuo. Uno de los factores que lesionan esta intimidad es la prensa, que supera continuamente en todas direcciones los límites obvios de la propiedad y la decencia promoviendo el chismorreo. Esto, por un

⁷⁷ Lucas Murillo de la Cueva, P., **La protección de los datos personales ante el uso de la informática**, pág. 56.

lado, produce un empequeñecimiento de los pensamientos y aspiraciones del pueblo, usurpando espacio en cerebros que podría dedicarse a otros menesteres. El derecho a la intimidad, como tal, tendrá desarrollo en la jurisprudencia norteamericana del siglo XX.

En cuanto a las elaboraciones continentales, observa Lucas Murillo que articulan el derecho a la intimidad valiéndose de la categoría, predominantemente civilista, de los derechos de la personalidad, para de ahí pasar más tarde al Derecho público y a las Constituciones⁷⁸. En principio según Pérez Luño resultaba difícil aplicar la categoría de derecho subjetivo, surgida en torno a la propiedad, a la propia persona y, por ende, a su intimidad. Muchos autores por ello propusieron la expresión “bienes de la personalidad” en lugar de “derecho de la personalidad”⁷⁹, por entender inapropiada esta última expresión.

Sin embargo, debe advertirse que esa expresión era ortodoxa desde un planteamiento liberal-europeo. Hay un texto de Locke de trascendental importancia, no sólo para este asunto, que merece ser recordado. Para Locke “cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos afirmar también que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son auténticamente suyos”⁸⁰, de ahí que, desde un planteamiento liberal, plenamente ortodoxo pueda hablarse de derechos de la personalidad.

Estas elaboraciones coincidirán en el siglo XX y ello puede ser quizá más resultado que causa de la internacionalización de los derechos fundamentales. No en vano el derecho a la intimidad o el respeto a la vida privada se consagra en las más importantes declaraciones internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; Convenio de Roma de 1959; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, entre otros, la constitucionalización de este derecho será posterior a su internacionalización.

En conclusión, es que en esta fase, en que la intimidad como fenómeno sufre fuertes ataques, pero paradójicamente también encontrará condiciones favorables; como idea será objeto de la preocupación de importantes pensadores; y como derecho

⁷⁸ Lucas Murillo de la Cueva, P., *Ibid*, pág. 69-71.

⁷⁹ Pérez Luño, Antonio Enrique, **Derechos Humanos, Estado, Derecho y Constitución**, pág. 319; Lucas Murillo de la Cueva, P., **La protección de los datos personales ante el uso de la informática**, págs. 71-72.

⁸⁰ Locke, John, **Ensayo sobre el gobierno civil**, número 25, pág. 36.

experimentará un importante desarrollo.

1.5.4.6. **El totalitarismo:**

Freund, en uno de los más penetrantes análisis sobre el totalitarismo que existen, define éste como un esfuerzo gigantesco para borrar la distinción entre lo individual y lo público, eliminando así la realidad intermediaria entre lo público y lo personal que es la sociedad civil, entendida en sentido amplio no ideológico⁸¹. La sociedad civil es el lugar en el cual lo privado y lo público se ínter penetran sin cesar, bien mediante compromisos, o mediante tensiones. La degradación de esta realidad intermedia conduce fatalmente a la ruina de las categorías de lo privado y de lo público ora por la identificación del individuo y lo social (marxismo), ora por lo de lo social y el Estado (nazismo).

En ambos casos, el totalitarismo tiende a hacer del hombre un ser artificial, intentando configurarle, por la fuerza, según un modelo puramente teórico, puesto que en la elaboración de este modelo se ha comenzado por suprimir las contradicciones de la vida, las infinitas posibilidades del hombre y sus aspiraciones de todo orden, religiosas, artísticas, filosóficas y demás; según Freund solo hay libertad política en aquel sistema que respeta la distinción entre lo público y lo privado.

El totalitarismo es por su mismo concepto aspiración hacia la totalidad, no una totalidad prometida en lo más allá, sino en el más acá. Lo totalitario niega todo límite, puesto que la suposición de una frontera implica un más allá, es un sistema por tanto, absolutamente cerrado, en cuyo interior no hay fronteras entre las diversas actividades humanas.

El totalitarismo, al apoderarse del poder y hacer política, no pretende servir a lo político pues no utiliza ésta para sus propios fines, a saber, la defensa de una colectividad contra el desorden en el interior y las amenazas exteriores, al contrario, trata de cumplir un fin que rebasa lo político y cualquier actividad humana: forjar un ser humano distinto, al hombre total (eso sí, concebido desprovisto de todas sus determinaciones que lo hacen hombre); aparece así el totalitarismo como un fenómeno de despoltización así como de despersonalización, desnaturalización de la economía,

⁸¹ Freund, Julián, **La esencia de la política**, págs. 298-299.

la moral, el derecho, el arte, etc., sólo puede haber libertad política allí donde el Estado ejerce su función pública, es decir, donde se utiliza el poder sólo para los fines de lo político.

Según Sabine, tanto en el fascismo italiano como en el nacionalismo alemán el gobierno puede y debe controlar todo acto y todo interés de cada individuo o grupo, para utilizarlo en el incremento de la fuerza nacional. La educación se convirtió en su instrumento; el ocio y la recreación se convirtieron en instrumentos de propaganda y fueron reglamentados; se pretendía que al individuo no le quedara ningún recinto privado que pudiera llamar suyo. El totalitarismo se dedicó a organizar y dirigir todos los aspectos de su vida económica y social, intentando excluir toda posibilidad de vida privada o de decisión voluntaria⁸².

Pese al intento totalitario, hubo reductos de intimidad que no pudieron ser ocupados, como cuando, los alemanes frente a los nazis recurrieron a la antigua tradición, de retirarse tranquilamente a una intimidad privada. En ninguna parte se llevó tan lejos la separación de interior y exterior.

En el totalitarismo, el terror externo se hace más convulsivo, pero las posibilidades de una totalidad intelectual se debilitan, el peligro despierta fuerzas nuevas en los que no se rinden; y el espíritu e inteligencia se oponen al ruido del aparato público por medio de múltiples formas de cortesía, formalidad e ironía, y, al fin, mediante el silencio. En esas circunstancias, el alma del pueblo emprende el camino misterioso que conduce al interior; entonces crece la contra fuerza del callar y del silencio, y ese camino misterioso también lo recorre el individuo amenazado, mostrando a la intimidad como baluarte de la libertad frente al totalitarismo.

En esto contexto se advierte una analogía con respecto a lo que sucedía con la sociedad urbana; las nuevas condiciones cercenan en principio la intimidad como fenómeno, pero provocan como reacción la búsqueda de nuevos espacios de intimidad, del mismo modo, el acoso a la idea de intimidad, producirá como reacción que ciertos pensadores la defiendan. Esta experiencia totalitaria tuvo consecuencias jurídicas, en el racismo nazi produjo la legislación sobre la eugenesia en 1933 que representa una política general de esterilización o exterminio de las personas con defectos físicos o

⁸² Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, pág. 655.

mentales.

Esta intromisión en algo tan íntimo como la facultad de procrear tuvo su justificador en el teórico nazi Hans F. Günther según el cual “para el logro de nuestra meta queda únicamente el camino darwinista, es decir, la selección y el descartamiento, el aumento de niños de alto nivel hereditario de todas las clases y la disminución o carencia de niños hereditariamente inferiores de todos los estamentos; mientras las diversas formas de ayuda social no sean unidas a la esterilización legal de los hereditariamente inferiores, todo amparo aumentará precisamente los males que presuntamente quiere evitar”⁸³, es decir, que para los alemanes la mejora del mundo circundante, aunque pueda tener significado para el individuo, sin la simultánea esterilización legal de los hereditariamente inferiores constituirá una ayuda para la reproducción de troncos hereditarios que finalmente pueden gravar sobre un Estado hasta hacerlo sucumbir.

En definitiva, según Günther “los recursos financieros empleados en la instrucción de elementos sin dotes e imbéciles disminuirán el nivel cultural de un pueblo que estriba justamente en las predisposiciones hereditarias y en su acrecentamiento o disminución hasta que no se haya realizado la esterilización legal de los imbéciles”⁸⁴. Del mismo modo se cercenó algo tan íntimo y personal como la elección del cónyuge con la legislación antijudía de 1935 y 1938 que proscribió los matrimonios entre alemanes y personas de la cuarta parte o más de ascendencia judía. Justificando estas disposiciones al decir que “un derecho humano ilimitado a casarse y un derecho humano ilimitado a la procreación no puede existir en un Estado que tenga como meta una real vigorización”⁸⁵.

En efecto, para la capacitación del pueblo alemán vale la exhortación que Leónidas dejó al pueblo espartano como un legado antes de partir a la batalla en las Termópilas: “Casarse con capaces y dar a luz capaces, y es que un Estado que tenga como meta, el acrecentamiento de las predisposiciones hereditarias de alto valor, tratará de conocer y de teorizar sus seres humanos según sus valores hereditarios, siempre sobre la base de la convicción de una idea de selección de efecto criador”⁸⁶.

No es difícil observar en estas tesis una vuelta a la Grecia clásica, a las ideas de

⁸³ Hans F. Günther, **Pueblo y Estado, herencia y selección**, traducción de Eugenio Sturm, (1ª. Ed. 1,933), pág. 10.

⁸⁴ Hans F. Günther, **ibid.** pág. 17.

⁸⁵ Hans F. Günther, **ibid.** pág. 18.

⁸⁶ Hans F. Günther, **ibid.** pág. 22.

Platón y de Aristóteles, las referencias de Günther a autores y situaciones de la antigüedad griega y romana son constantes e incluso cita dos trabajos suyos sobre Platón. En estos totalitarismos podríamos decir que se puede advertir un nuevo encuentro de civilizaciones en el tiempo, que como los habidos en el pasado es de efectos no muy favorables para la protección del derecho a la intimidad.

Lo mismo podría decirse de otros totalitarismos de distinto signo, entre los que merece ser destacado el totalitarismo marxista. En su vertiente maoísta, la etapa llamada gran salto hacia delante, de finales de los 50 y principios de los 60 resulta de gran interés para este trabajo de tesis. Para la movilización masiva de todos los esfuerzos de la población que se preconizaba, las comunas fueron en el campo el marco para dicha movilización, cada comuna estaba formada por unas 20,000 personas, y a sus funciones agrícolas prioritarias unían actividades industriales, comerciales, administrativas y militares. Toda propiedad privada desapareció en ella, incluso las comidas se hacían en común, de tal manera que las campesinas pudieran dedicar sus esfuerzos a la producción; ello supuso una radical transformación de las costumbres de millones de personas, cuya vida familiar privada se vio sensiblemente reducida.

1.5.4.7. Estado de bienestar y capitalismo de consumo:

Principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, se generalizó el llamado Estado de Bienestar, Estado Providencia o Estado Nodriza, que suponía una intensificación de la intervención estatal en diversas áreas de la vida. Este hecho no ha sido indiferente para la intimidad, y ha sido objetado por algunos autores que se oponen a esa interferencia directa en la libertad individual.

Los individuos son obligados a contribuir al mantenimiento por el Estado de los servicios sociales y sanitarios (fines no puramente políticos), lo quieran o no, pero antes de beneficiarse de los servicios sufragados con exacciones coactivas de su patrimonio deben suministrar al Estado una serie de informaciones personales y someterse a distintos procedimientos intrusivos. De este modo, las medidas relacionadas con el bienestar social pueden verse como algo que interfiere el criterio individual acerca de qué es lo mejor para cada uno. Se podría objetar que el uso de los

servicios es voluntario y la entrega de información para recibir esas prestaciones también; sin embargo, los requerimientos no son voluntarios, con lo que los que pagan, pero no quieren recibir servicios a cambio de dar información, están en desigualdad. No sólo eso, la información se exigía en tantos ámbitos que es difícil escapar a esa red, finalmente, en la propia extracción de fondos se exige el suministro de información, además de dinero.

Siguiendo cada nueva política con vistas a mejorar la calidad de vida, supone mayores interferencias. En definitiva, el derecho al bienestar social y a los beneficios que dispense se acompaña del deber de quienes claman por él, de suministrar información sobre sus vidas privadas; por que toda información que se obtiene por el Estado al prestar estos servicios (por ejemplo: servicios médicos) y que se almacenan en ficheros que puedan ser llevados de una manera ejemplar, puede ser utilizada para eliminar al sujeto, si cambia la situación política.

Con el capitalismo de consumo sucede algo parecido, esta fase que sucede al llamado capitalismo de producción, acentúa las exigencias de información. Como se ha observado, en una primera fase del capitalismo, el poder del Estado pretende censar sus recursos disponibles y sus bases imponibles, para lo que se utilizan las encuestas; en un segundo momento, la encuesta estadística será el instrumento del capital para prever los efectos multiplicadores de su inversión: se trata de contar a los demandantes-consumidores, el poder y el capital se conformaban con saber cuántos eran sus súbditos; en un tercer momento, cuando el problema es conseguir dar salida a toda costa a las grandes masas de bienes acumulados, el poder y el capital necesitan la participación de los antes súbditos y hay votantes y consumidores satisfechos contando con sus prejuicios. Se trata de saber mucho más que antes: conocer cuáles son los deseos más profundos y escondidos de sus cualificados ciudadanos-consumidores, conocer como se engendran sus procesos de identificación preconsciente, por esta vía el individuo es cada vez más controlado y su intimidad más amenazada.

En consecuencia en esta fase, la intimidad como fenómeno se ve acosada; como idea, minimizada por los ideólogos al servicio de los poderes dominantes; y como derecho cercenado por normas que legalizan las intromisiones exigidas por el Estado del bienestar y el capitalismo de consumo.

1.5.4.8. **La sociedad post-industrial de la información:**

En esta íntima fase de la modernidad que se ha dado en llamar sociedad post-industrial o de la información, se ha ido produciendo cada vez más, un volumen inmenso de información que lejos de edificar un hombre más rico interiormente, gesta un individuo frío, desconcertado, abrumado por tanto dato, incapaz de hacer la síntesis de todo lo que le llega, esta hiperinflación informativa tiene una doble consecuencia.

Por una parte, pone en tela de juicio la opinión de que el libre flujo informativo permitirá formar una opinión pública capaz de discutir claramente los problemas de gobierno de una sociedad dada. Esta opinión queda en entredicho porque ante la avalancha de múltiples informaciones el hombre llega a transformarse en una insustituible imagen de su propio ser, en un aglomerado humano, sometido a un peculiar proceso de inmovilización.

Según Lledo existen dos causas⁸⁷: la primera es la asfixia informativa producida por un exceso de mensajes que no podemos valorar ni clasificar, no sólo la respuesta del receptor de las informaciones es una respuesta inducida, sino que la respuesta la recibe el que pregunta, el que informa sin tener que salir de sí mismo⁸⁸. Se percibe un contraste entra la incitación continua a hablar, a responder, a las masas y su indiferencia. Esto tiene una explicación que consiste en que la capacidad del hombre para estructurar el mundo en función de las señales que de este percibe, desaparece cuando esas señales se suceden a una velocidad y en una cantidad que las hace inaprensibles que toda posibilidad de sentido se esfuma.

La segunda es el fuerte contraste que se produce en ciertos instrumentos de información entre la inteligencia para la creación tecnológica de éstos y el primitivismo e infantilismo de quienes pueden utilizar tal creación tecnológica; concluye diciendo “que a medida que nuestra mente pierde capacidad crítica y se robotiza, nadie, y menos el gobernante, tiene que justificar actos; le basta con dar ordenes, que serán asumidas y cumplidas como el que acata las reglas que hacen funcionar esos instrumentos tecnológicos”⁸⁹.

⁸⁷ Lledo, Iñigo Emilio, **El ánfora y el ordenador**, pág. 19.

⁸⁸ Westin, Alan F., **Privacidad y libertad**, pág. 36.

⁸⁹ Lledo, Iñigo Emilio, **Ob. Cit**, pág. 25.

Según lo expuesto anteriormente, se manifiesta la necesidad de la intimidad en estas circunstancias, cada individuo necesita integrar sus experiencias en un modelo dotado de significación y desplegar su individualidad ante los acontecimientos, ya que para realizar ese auto-control, la intimidad es esencial; los individuos necesitan procesar la información que les está bombardeando constantemente, pero eso no pueden hacerlo sobre la marcha. Es la intimidad la que faculta a la persona para fijar el flujo informativo recibido, considerar alternativas y posibles consecuencias de tal forma que pueda así actuar tan consecuente y apropiadamente como sea posible.

La hiperinflación informativa tiene como consecuencia la amenaza real a la intimidad. Ya que los nuevos medios de información y comunicación van a permitir y están permitiendo un fácil, rápido y abundante acceso a la información de todo género, serán igualmente la causa potencial para una intromisión, no deseable en la intimidad individual; es necesario preguntar si estamos en camino de pasar a convertirnos en ciudadanos transparentes, a modo de escaparates de uno de los aspectos más apreciados de nuestra personalidad.

En la actual sociedad post-industrial de la información por todas partes se pide transparencia absoluta, información sin límites, abolición de lo oculto. En nombre de la libertad para la transparencia, toda intimidad queda visualizada, el poder, en una sociedad así se cifra en el control del conocimiento y de la información. La transparencia es el principio según el cual nuestra intimidad nuestro secreto, salta hecho pedazos hacia la periferia. Informar, es: en esencia un desvelamiento, un sacar a la luz lo oculto, con la colaboración del afectado o sin ella.

Una de las vertientes de la información es la publicidad cuya virtualidad atentatoria de la intimidad ha sido apreciada, se ha dicho que si la cortesía supone el respeto de la intimidad del prójimo, la publicidad significa su allanamiento, en la medida en que la publicidad entra, no sólo en el hogar, a través de la televisión, radio, etcétera, sino también en lo subconsciente del hombre para decirle cómo ha de vestir, qué ha de comer y cómo tiene que pensar.

Pero esta confusión de lo público y lo privado, no sólo produce un gravísimo perjuicio a lo privado, sino que paradójicamente también conduce a un abuso de lo público por obra de los particulares que se observa también en la publicidad. En este

sentido, la publicidad comercial en anuncios en la vía pública, o en la prensa que circula también por la vía pública puede considerarse como un modo de interferencia privada en un espacio público llegando al extremo de permitir sin límites el abuso de lo que es público por parte de unos particulares a los que mueven intereses económicos o ideológicos que no son estrictamente comunes a la colectividad, sino necesariamente parciales.

Los efectos de la sociedad post-industrial de la información resultan extraordinariamente desarrollados con el paso de una cultura literaria, dominada por la imprenta a una cultura de la imagen. La información visual ha afectado radicalmente las relaciones del hombre con su medio, perturbando el sistema de condicionamientos recíprocos de entre ambos, es decir, individuo y de su entorno vital. Desde la irrupción masiva de la información visual, la representación que el hombre tiene del medio que le rodea es cada vez más ampliamente, una imagen artificial, de cuya artificialidad el sujeto suele ser inconsciente.

La magnitud del cambio se profundiza en las diferencias que separan la información visual de la verbal, cuestión crucial por cuanto la alteración del equilibrio verbal-visual en las últimas décadas tiene importantes consecuencias de todo orden. La expresión verbal sólo llega a transmitir al entendimiento la imagen del mundo luego de hacerla atravesar los filtros de lo sensorial y el raciocinio, que la transforma en un conjunto más o menos coherente de signos abstractos. Aún cuando estos signos pueden llegar a desencadenar el funcionamiento de los mecanismos que intervienen en las relaciones afectivas, muy raramente y siempre débilmente alcanzan también a la sensibilidad neurovegetativa. La persona se presenta ante la infiltración de los mensajes verbales como una jerarquía de controles y dispositivos protectores que la conciencia crítica se esfuerza por dominar, esto significa que los efectos del discurso verbal varían enormemente según el grado de la capacidad raciocinadora, cultural e inteligencia de los receptores.

Por el contrario, los efectos de la información visual son en alto grado indiferentes a las capacidades intelectuales y culturales del sujeto receptor. Y la información llega a la sensibilidad sin obedecer necesariamente a las inflexiones del raciocinio, la información visual en cuanto imposición de formas dotadas de excepcional potencia,

apunta claramente a estructurar al sujeto receptor y participante. Sin embargo, la información verbal es de segundo grado y está de tal modo mediatizada internamente, que el sujeto queda protegido del hechizo sensorial y el estado parahipnótico que conlleva la información visual, así como de la capacidad que ésta tiene para estructurar directamente al psiquismo.

El fenómeno de participación que desencadena la imagen fílmica interesa a la entrada misma de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo entre el no-yo y el yo, que queda abolida durante el espectáculo fílmico. Al abrigo de la falta de distinción entre lo real (lo que nos ofrece resistencia y reacciona a nuestra actuación) y lo imaginario (lo que no ofrece resistencia y reacción apreciable y se adapte a nuestra voluntad) se produce un trasvase entre la imaginación que se despliega en la pantalla y la imaginación del espectador, el cual sigue tan de cerca los acontecimientos que los vive.

Parece fácil deducir que esta sustitución de lo verbal por lo visual va a acentuar los rasgos de irracionalidad médica de nuestra sociedad de modo proporcional al descenso de los niveles de racionalidad crítica, lo cual evidentemente afectará al sustrato de la teoría de la opinión pública como rectora de nuestras sociedades en la medida en que una opinión pública que verdaderamente lo sea y no sea una pura coartada requiere un nivel adecuado de capacidad crítica en las personas.

El primero que vio este impacto de la cultura de la imagen sobre la teoría de la opinión pública y el principio de la libre discusión fue Carl Schmitt con su aguda inteligencia, “sustenta que la discusión supone, por una parte, pensamientos manifestados por el lenguaje humano, en este sentido los escritos y la prensa son medios de difusión de pensamientos, pero el cine, por el contrario, es sólo una sucesión de cuadros de exposición mímica y no es en el fondo ni lenguaje ni pensamiento transmitido por la palabra humana hablada o escrita”⁹⁰.

El derecho a la intimidad afronta los retos de la sociedad post-industrial con una utilería obsoleta en cierta medida. Como afirma Goodwin, en la época actual, las amenazas a la libertad individual, no provienen de ámbitos de poder visible sino más bien de estructuras de poder difusas o irresponsables⁹¹. En estas circunstancias, la construcción del derecho a la intimidad como derecho de defensa es insuficiente,

⁹⁰ Schmitt, Carl, **Ob. Cit.**, pág. 185.

⁹¹ Goodwin, Barbara, **El uso de las ideas políticas**, traducción de Enrique Lynch, pág. 53.

porque el ataque y la responsabilidad son difíciles de identificar.

1.6. **Características de la intimidad:**

Posee las siguientes características:

- Es un derecho originario e innato: la persona nace con él.
- Es un derecho absoluto: contiene una posibilidad alegatoria erga omnes, es decir ante cualquiera.
- Es un derecho extrapatrimonial: es decir, que sobre él es imposible hacer negocio jurídico alguno.
- Es un derecho irrenunciable aunque pueden darse disposiciones sobre manifestaciones puntuales.
- Es un derecho inembargable e inexpropiable: es decir, intransferible.
- Es un derecho imprescriptible: por su propia naturaleza de derecho de la personalidad. Sin embargo cabría remarcar que el Derecho a la intimidad no dejaría de serlo si trasciende de la esfera privada pues existe el secreto por voluntad expresa del individuo.

1.7. **La intimidad como derecho fundamental:**

Cuando hablamos de derecho fundamental nos referimos a ciertos derechos, que poseen una serie de elementos especiales, que se consideran indispensables, para que una persona pueda desarrollar, sin obstáculos, un plan de vida digna y plena.

En términos generales puede decirse que los derechos fundamentales son considerados como tales, en la medida que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para desarrollar cualquier plan de vida de manera digna; siguiendo a Ernesto Garzón Valdéz⁹² podemos entender como bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.

Luigi Ferrajoli sostiene que los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres, en cuanto

⁹² Garzón Valdéz, Ernesto, **Derecho, ética y política**, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1993, pág. 531.

dotados del status de personas, de ciudadanos o de personas con capacidad de obrar”⁹³.

De acuerdo a Robert Alexi⁹⁴, en el Estado de derecho –como el alemán-, los derechos fundamentales tienen cuatro características:

- El máximo rango.
- La máxima fuerza jurídica.
- La máxima importancia del objeto.
- El máximo grado de indeterminación.

El máximo rango es el resultado de que los derechos fundamentales se hallan regulados en la Constitución, de ahí que toda norma que los infrinja es inconstitucional y, en consecuencia, nula por regla general.

La máxima fuerza jurídica se refiere a que los derechos fundamentales no se limitan a ser meras declaraciones programáticas, sino que gozan de tutela judicial en todo sentido. Así, la observancia de la tutela judicial se halla plenamente controlada por los Tribunales, esta justiciabilidad plena a la que se acogen también otras normas constitucionales, “es uno de los tesoros de la Constitución”⁹⁵.

La máxima importancia del objeto indica que mediante los derechos fundamentales, encontramos la estructura básica de la sociedad, y se definen los límites Estatales en la economía, como puede ser el derecho de propiedad o el derecho de libertad o de comercio, se establecen las reglas de comunicación en la sociedad, como la libertad de imprenta o la libertad de expresión. En algunos casos, los derechos fundamentales, lo que hacen es precisamente reconocer su contenido fundamental: la garantía del honor y la familia, del derecho a la herencia y la libertad religiosa, así como la protección de la vida y la integridad física.

El máximo grado de indeterminación significa que los derechos fundamentales “son lo que son sobre todo a través de la interpretación”⁹⁶. Esto significa que el texto Constitucional es sucinto, vacío de declaraciones; es decir, establece los derechos

⁹³ Ferrajoli, Luigi, **Derecho a la intimidad**, pág. 37.

⁹⁴ Alexi, Robert, **Los derechos fundamentales en el Estado de derecho**, en Neoconstitucionalismo, Carbonell, Miguel (ed.), Madrid, Trotta, 2003, pp 32 y 33

⁹⁵ **Ibid**, pág. 33.

⁹⁶ **Ibid**, pág. 35.

fundamentales pero no prevé –ni pretende hacerlo-, todos los supuestos en los cuales se aplican esos derechos, sino que deja al interprete constitucional la tarea de llenar el contenido de ese derecho de modo casuístico, a fin de que no se conviertan camisas de fuerzas para el bien jurídico que tutelan.

Los derechos fundamentales deben tener una textura abierta, que permitan adaptar su contenido a la evolución social. Si los derechos fundamentales pueden ser concebidos como la facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política y social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecta el desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción, entonces tendremos necesariamente que admitir que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental.

Los derechos fundamentales están asociados con cualquier aspecto fundamental que afecte a la libre elección de sus planes de vida (de su moralidad privada), basada en la moralidad de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la solidaridad, exigiendo el respeto, o la actividad positiva de los poderes públicos o de las personas individuales o de grupos sociales, en caso de su desconocimiento o su violación, existe la posibilidad de reclamar su cumplimiento coactivo.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental porque implica una defensa frente a la intromisión por parte del Estado y de la comunidad, y porque su plena vigencia posibilita el desarrollo íntegro de la personalidad del individuo.

CAPÍTULO II

2. Aspectos que comprende el derecho a la intimidad

Sin duda alguna el respeto a la intimidad tanto personal como familiar se constituye es un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación así como intentar subsanar los daños ocasionados.

De esta manera el llamado derecho a la intimidad, como un derecho humano fundamental por virtud del cual se tiene la facultad de excluir o negar a las demás personas del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona que solo a ésta le incumbe. Este derecho se vincula a su vez con varios derechos específicos que tienden a evitar intromisiones extrañas o injerencias externas en áreas reservadas del ser humano, entre ellas las siguientes:

2.1. La vida privada:

El derecho a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna en el núcleo esencial de las actividades que legítimamente deciden mantener fuera del conocimiento público. El bien jurídicamente protegido de este derecho está constituido por la necesidad social de asegurar la tranquilidad y la dignidad necesarias para el libre desarrollo de la personalidad humana, con miras a que cada uno pueda llevar a cabo su proyecto vital. El derecho a la privacidad contiene algunas peculiaridades que es conveniente volver a puntualizar:

- Es un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente a la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.
- Es un derecho extrapatrimonial. Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar como los derechos de crédito, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable.
- Es un derecho imprescriptible e inembargable. El derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de

derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas.

El derecho a la vida privada es producto, en esencia, del desarrollo de los medios de información, del creciente aumento de datos y hechos noticiosos. Existe consenso compartido en la doctrina, en que el derecho a la vida privada, entendido como right to privacy tiene su origen en 1890, a propósito de un amplio artículo escrito por los abogados Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la Harvard Law Review, intitulado precisamente "The right to privacy"⁹⁷. El artículo en cuestión contiene las bases doctrinales a partir de las cuales se ha desarrollado el derecho a la vida privada. En las partes conducentes sostiene el referido artículo que: recientes inventos y métodos de negocios llaman la atención sobre el próximo paso que debe tomarse para la protección de la persona, y para asegurar al individuo lo que el juez Cooley denominó el derecho a ser dejado en paz.

Las fotografías instantáneas y empresas periodísticas han invadido el sagrado recinto de la vida privada y doméstica, y numerosos aparatos mecánicos amenazan hacer buena la predicción de que "lo que es susurrado en lo cerrado se proclamará desde los tejados". Para sostener la tesis de que el common law reconoce y mantiene un principio aplicable a casos de invasión de la privacidad, no es necesario invocar la superficial analogía con las injurias sufridas por un ataque a la reputación o por lo que los civilistas llaman una violación del honor, pues creemos que las doctrinas legales relativas a lo que se denomina ordinariamente el derecho a la propiedad intelectual y artística no son sino aplicaciones de un derecho general a la privacidad, que entendido apropiadamente permite un remedio a los males que consideramos.

El principio que protege escritos y todas las producciones personales, no contra robo o apropiación física, sino contra publicación en cualquier forma, no es en realidad el derecho a la propiedad privada, sino el de una personalidad inviolable. Debemos, por tanto, concluir que los derechos así protegidos, cualquiera que sea su naturaleza exacta, no surgen de un contrato o de una relación de confianza, sino que son derechos

⁹⁷ Publicado el 15 de diciembre de 1890 en el volumen IV, núm. 5, de la **Harvard Law Review**, pág. 193 a 219.

3 Tomado de Fernando Herrero Tejedor, **Honor, intimidad y propia imagen**, pág. 37.

contra todo el mundo. Como ya hemos señalado, el principio aplicado para proteger tales derechos no es en realidad el derecho de propiedad privada, a menos que este término sea usado en un sentido ampliado o inusual. El principio que protege escritos personales y cualquier otra producción de la inteligencia o de las emociones, es el derecho a la privacidad, y la ley no tiene que formular un nuevo principio cuando extiende esa protección a la apariencia personal, a las expresiones, actos, y a las relaciones personales, domésticas y otras cualesquiera.

Posteriormente por la vía jurisprudencial en Estados Unidos y a través de normas codificadas en otros países, el derecho a la vida privada, se ha convertido hoy en uno de los derechos fundamentales reconocidos tanto por instrumentos jurídicos supranacionales como por los órdenes jurídicos nacionales.

2.2. La vida familiar:

La familia es la unidad fundamental y natural de la sociedad y requiere la protección total del Estado. Las leyes de los derechos humanos reconocen el derecho de cada ser humano a casarse y formar una familia. Reconoce el ideal de la igualdad de derechos y el consentimiento de ambas partes al casarse, y trata de velar que no se cometan abusos que violen estos principios. No es normativo en relación a los tipos de familias y matrimonios que son aceptables, reconociendo tácitamente que hay diferentes formas de arreglos sociales alrededor del mundo.

Las leyes de los derechos humanos buscan fomentar la unidad de la familia especificando obligaciones estatales para mantenerla junta y unirla cuando se vean separadas, por ejemplo como resultado de una crisis de refugiados. Asimismo, insiste en los derechos de maternidad para las madres dándoles el tiempo y el espacio para que el lazo entre madre e hijo se desarrolle. También prescribe normas detalladas para el trato de los niños que carecen del cuidado de sus padres y requieren intervención estatal para ser adoptados o recibir una familia sustituta. En relación a la familia existen varios derechos en juego siendo algunos de ellos:

- El derecho de casarse y fundar una familia
- Derechos iguales para el hombre y la mujer en la familia
- El derecho de contraer matrimonio con libre y pleno consentimiento

- El derecho de planificar una familia
- Derechos del niño al cuidado de sus padres
- Derecho a la reunión familiar

2.3. Respeto al domicilio:

El origen remoto del derecho a la inviolabilidad del domicilio se encuentra en la protección que proporcionaba, en el derecho romano la Ley Cornelia de injuriis frente al allanamiento de morada. En la Edad Media aparece la inviolabilidad del domicilio como un instrumento de garantizar la libertad y la seguridad personal de los nobles frente al poder real, en esta época son múltiples los fueros, en las diversos territorios europeos, que reconocen y garantizan la protección de la casa frente al allanamiento de morada, como el Fuero de León de 1188 o la carta del convenio entre el rey Alfonso I de Aragón y los moros de Tudela de 1.119, etc.⁹⁸.

En varios fueros españoles, como el fuero de León, de 1188 o el Fuero de Cuenca, de 1189, una garantía importante de la inviolabilidad del domicilio viene constituida por la paz de la casa. Por virtud de ella existía exención total de pena corporal y de indemnización pecuniaria para aquellos que, al oponerse al allanamiento de morada, matasen a los agresores⁹⁹. Sin embargo, el texto medieval más importante, no sólo por su notoriedad, sino también por su influencia posterior es la Carta Magna Inglesa, otorgada por el rey Juan Sin Tierra en el año 1215.

El origen próximo del derecho está en los textos legales ingleses del siglo XVII: en la Petition of Rights de 1628 y en Bill of Rights de 1688. En ambos textos aparece la inviolabilidad del domicilio, en continuidad con lo establecido en la carta magna de 1215, como una derivación de la libertad y la seguridad personal, en cuanto que instrumento para evitar detenciones arbitrarias. En la declaración de derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de Junio de 1776 se recoge el derecho, en el Artículo X, también vinculado a la libertad y seguridad personal, de tal forma que se prohíbe a los jueces dicten autos de registros o de detención de sospechosos si no existen pruebas.

⁹⁸ González Trevijano, P. J., **La inviolabilidad del domicilio**, pág. 29-30.

⁹⁹ Lima Torrado, J., **Los textos Jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de Derechos Humanos**, pág. 729.

En el mismo sentido se expresaban la Declaración de Derechos y Normas Fundamentales de Delaware, de 11 de septiembre de 1776; la Constitución de Pensilvania de 1766 y la Constitución de Massachusetts, de 1780, así como la Enmienda IV de la Constitución Federal de 1787 ¹⁰⁰.

En dos textos franceses del siglo XVIII, declaración de 1789, artículos 7 y 9, de la Constitución de 1791, aparece recogida la inviolabilidad del domicilio en la línea que ésta había mantenido desde su origen medieval: como instrumento de garantía de la libertad y seguridad personal. En las diversas constituciones que tienen lugar en el siglo XIX se sigue esa misma línea. Así lo hacen también las constituciones españolas de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876.

2.3.1. **Concepto:**

El derecho a la inviolabilidad del domicilio, es aquel derecho por virtud del cual el titular del mismo exige la intangibilidad e intimidad de aquellos recintos en los que desarrolla habitualmente su vida personal.

En cuanto a la naturaleza de este derecho se trata de un típico derecho de exclusión o de autonomía, por lo que está situado, dentro de los derechos de primera generación, entre los derechos civiles. Y dentro de estos, entre los derechos comprendidos dentro del derecho a la intimidad.

2.3.2. **Sujetos:**

Sujeto titular del derecho es:

- La persona individual: es indiferente que sean nacional o de nacionalidad extranjera o apátrida, pues como sucede en otros derechos, como el derecho a la integridad física, el derecho a la libertad religiosa, etc., es referible este derecho a toda persona humana.
- La familia, en cuanto que en el domicilio es donde se realiza la vida personal o íntima de la misma.

¹⁰⁰ González Trevijano, P.J., **Op. Cit.**, pág. 135

- Las personas colectivas o grupos de personas, ya sean de carácter público, ya sean de carácter privado, como sucede con otros derechos, como el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, etc.

2.3.3. **Objeto:**

Los bienes de la personalidad que constituyen el objeto del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que, por tanto, son directamente protegidos por éste son los siguientes:

- La seguridad personal.
- La libertad personal. Lo cual supone la exclusión del conocimiento e intromisión ajenos, salvo autorización del titular del derecho.
- La intimidad individual, familiar y profesional.
- La propiedad individual y colectiva.

Con el derecho a la inviolabilidad del domicilio no se protege, pues, sólo el espacio físico que lo constituye, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella. Por domicilio debe entenderse tanto la vivienda habitual como cualquier otra unidad de espacio en donde se more¹⁰¹. Comprende, por tanto no sólo la vivienda habitual, sino también cualquier lugar o estancia, aunque sea con carácter accidental donde se realice una vida doméstica o vida privada.

2.3.4. **Fundamento:**

- El fundamento último del derecho es la dignidad de la persona humana.
- El fundamento inmediato o directo radica en el valor seguridad, pero no entendido exclusivamente como sinónimo de "seguridad ciudadana" o "seguridad policial", sino en la acepción más amplia de seguridad como "garantía de los derechos", específicamente del derecho a la intimidad y a la propiedad.

¹⁰¹ González Trevijano, P.J., **Ob. Cit.**, pág. 135.

2.3.5. **Contenido:**

El límite está constituido por la protección de los derechos y las libertades de los demás. Las limitaciones son las siguientes:

- La prevención del delito.
- La seguridad nacional.
- El bienestar económico.
- La defensa del orden.
- La protección de la salud.
- La protección de la moral.

En conclusión: el derecho a la inviolabilidad del domicilio es uno de los derechos que tienen mayor trascendencia. Esto es así, porque el allanamiento de morada es un instrumento utilizado, en los regímenes totalitarios, como las dictaduras militares de Latinoamérica, para la realización de detenciones ilegales, y las consiguientes torturas y desapariciones, con el menor grado de publicidad e impunidad posible.

En los sistemas jurídicos constituidos en forma de Estado de derecho la quiebra y violación de este derecho por parte de las fuerzas de seguridad ciudadana supone un grave peligro de totalitarización del mismo, pues puede suponer la indefensión de los ciudadanos frente al poder arbitrario del Estado.

Se impone, en consecuencia, la necesidad de que, en ningún caso, deje de existir un control judicial sobre la actuación de los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, sólo el juez, salvo el supuesto de la existencia de un delito flagrante, es quien puede y debe autorizar la entrada en el domicilio.

2.4. **La correspondencia:**

2.4.1. **Concepto:**

El derecho a la inviolabilidad de la correspondencia, puede ser definido como aquel derecho, derivación y concreción del derecho a la intimidad, por virtud del cual se prohíbe a los poderes del Estado la detención y la apertura ilegal de la correspondencia.

Es un derecho encuadrable dentro de los derechos civiles. Y dentro de éstos, es situable dentro del derecho a la intimidad. Tiene, en consecuencia, todas las características generales de los primeros y de los segundos.

2.4.2. **Sujetos:**

Sujeto titular del derecho es toda persona, sin distinción alguna por razón de nacionalidad, sexo, edad, etc.

Sujeto Pasivo:

- El Estado, como sujeto esencialmente obligado a preservar la inviolabilidad de la correspondencia.
- Las empresas dedicadas a la información, como las agencias periodísticas, diarios, canales de televisión, etc.
- Las empresas dedicadas al envío de la correspondencia.
- Las personas individuales.

2.4.3. **Objeto:**

En relación al objeto existe un claro paralelismo entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia. En ambos puede hablarse, y con idéntico contenido, de una doble perspectiva, directa e indirecta del objeto.

El objeto de ambos derechos es de una forma inmediata la intimidad, entendida como ámbito de datos de la persona que se pretende no sean conocidos. El objeto, sin embargo, de ambos derechos, considerados desde una perspectiva indirecta, es mucho más complejo, pues puede servir además de garante de la seguridad personal y del honor, entre otros bienes de la personalidad.

Hay una diferencia en relación al objeto, entre los dos derechos. En el derecho a la inviolabilidad de la correspondencia se garantiza también la expresión e información, en cuanto que la correspondencia es un instrumento de comunicación de pensamiento y de noticias.

2.4.4. **Fundamento:**

El fundamento último es la dignidad de la persona humana. El fundamento inmediato es la necesidad de garantizar la comunicación anónima de las personas y de preservar su intimidad. Lo contrario supondría negar la dignidad de la persona humana.

2.4.5. **Contenido:**

En cuanto al contenido del derecho es preciso señalar que tiene dos dimensiones o perspectivas:

- La libertad de las comunicaciones, de manera que éstas no pueden ser interferidas, ni impedidas tampoco en su totalidad.
- El mantenimiento del secreto de esas comunicaciones epistolares o telegráficas.

En conclusión, la inviolabilidad de la correspondencia constituye no sólo un derecho que es especificación y concreción del derecho a la intimidad, sino además constituye una garantía procesal de primera magnitud, en cuanto que los datos o información obtenida de la correspondencia requisada deben haber sido obtenidos legalmente para que puedan ser utilizados como instrumentos de prueba.

Por otra parte constituye también una garantía en relación a posibles actuaciones arbitrarias por parte de fuerzas de seguridad del Estado. Proteger los datos personales a través de la protección de la inviolabilidad de la correspondencia es proteger indirectamente la seguridad personal. Lo cual es especialmente importante en sistemas totalitarios, en los que el poder de la minoría dominante se sustenta, al menos en parte, en virtud del control, que se realiza sobre las conductas de los ciudadanos.

2.5. **Comunicaciones telefónicas:**

En todos los países técnicamente desarrollados, el extraordinario progreso alcanzado por la técnica de captación de sonidos plantea gravísimos problemas de salvaguardia del secreto de las comunicaciones telefónicas, a través del peligro de interceptaciones o escuchas ilegales realizadas por los más variados motivos: desde la pretensión de descubrimientos de datos de una persona célebre con fines periodísticos de carácter sensacionalista, pasando por las escuchas que pretenden el descubrimiento

de datos cuya difusión puede suponer el descrédito social de una persona o las escuchas realizadas con fines económicos o políticos.

A partir de 1968, tanto las Naciones Unidas como el Consejo de Europa prestaron una especial atención a las violaciones del derecho a la intimidad realizadas mediante el auxilio de modernos instrumentos electrónicos.

La Conferencia Internacional de los derechos del hombre, realizada en Teherán en 1968 se ocupó de los peligros que pueden derivar del desarrollo científico y tecnológico, aprobando una resolución final sobre los derechos humanos y los progresos de la ciencia y de la técnica¹⁰².

Específicamente, en lo que concierne a las interceptaciones de grabaciones clandestinas de las conversaciones, la primera recomendación es la de que los códigos penales tipifiquen como infracción penal tales actividades, salvo cuando la grabación fuera hecha por los participantes en la conversación o cuando sea realizada por la autoridad competente (generalmente un juez) con la finalidad de realizar una investigación criminal o por razones de seguridad nacional.

La segunda recomendación, es que los países en que se autoricen las escuchas telefónicas, por las dos razones últimamente señaladas, deberán restringirlas a las amenazas más graves a la seguridad nacional y a los delitos más graves, siendo, en cualquier caso absolutamente necesario la previa autorización por parte de la autoridad legalmente competente.

2.5.1. **Concepto:**

El derecho a la intimidad frente a las escuchas telefónicas se define como aquel derecho por virtud del cual se pretende por parte de su titular la inexistencia de interceptaciones telefónicas, bien realizadas por órganos del Estado bien realizadas por particulares, que pongan en peligro o lesionen su intimidad, su libertad o su seguridad. Supone una garantía procesal fundamental en el sentido de que los medios de prueba han de ser obtenidos legalmente y nunca vulnerando derechos fundamentales.

¹⁰² Pellegrini Grinover, A., **Libertades públicas y proceso penal, las interceptaciones telefónicas**, pág. 264.

2.5.2. **Sujetos:**

Sujeto activo del derecho es cualquier persona, bien individual, bien colectiva, bien nacional, bien extranjera, tanto viva, como fallecida.

Sujeto pasivo es el Estado, especialmente el poder ejecutivo y el poder judicial. También es sujeto pasivo las personas individuales y los grupos sociales, religiosos, partidos políticos. Es especialmente subrayable la posición de sujeto pasivo, de las compañías o empresas que suministran los servicios telefónicos, por estar en una posición privilegiada desde el punto de vista técnico, de mayor posibilidad o facilidad de interceptación de las conversaciones telefónicas.

2.5.3. **Objeto:**

El objeto o bien de la personalidad protegido es la intimidad o mas específicamente, los datos pertenecientes a la intimidad que son objeto de conversación telefónica. También el objeto de protección es el anonimato de las personas que conversan.

2.5.4. **Fundamento:**

El fundamento último de este derecho está en la dignidad de la persona humana. El fundamento inmediato o directo del derecho radica en la necesidad de proteger el anonimato de las personas que conversan telefónicamente, así como del contenido de esas conversaciones; y ello como forma de garantizar, en última instancia, la dignidad personal.

2.5.5. **Contenido:**

Este derecho tiene relación muy directa con el derecho a la información. Son susceptibles de ser difundidas aquellas noticias obtenidas a través de escuchas telefónicas siempre que respondan a un interés general y no pertenezcan a la más estricta intimidad.

Existe una estrecha relación de este derecho con el derecho al honor, pues las noticias o datos descubiertos a través de las escuchas telefónicas pueden suponer un grave atentado al buen nombre o fama de la persona.

También tienen una especial relación con este derecho todos los derechos referentes a la vida y seguridad personal y a la integridad psico-física de todos los ciudadanos en relación a las formas de actuación de la policía, especialmente en los países totalitarios, en los que son sistemáticamente vulneradas todo tipo de garantías penales del detenido.

En relación a las escuchas telefónicas realizadas por partidos políticos es importante también señalar la necesidad de su estricto control pues anda en juego la limpieza del funcionamiento democrático y pluralista de las instituciones.

En conclusión, el derecho a la intimidad frente a las escuchas telefónicas representa la síntesis de los problemas que se cuestionan en relación a la relación Estado- libertad individual, y más concretamente en la relación poder punitivo del Estado- libertad e intimidad individual. Parece evidente que la intimidad debe ser una barrera infranqueable tanto por parte del poder público y por tanto del poder punitivo, como por parte de los particulares, pues en conexión directa con ella, reconocida como derecho fundamental, se encuentra la posibilidad de ejercicio de los demás derechos, así como de sus correspondientes garantías.

2.6. Derecho a la autodeterminación informativa:

El derecho a la autodeterminación informática o simplemente libertad informática es un derecho fundamental de muy reciente aparición. Está vinculado a la fuerte evolución tecnológica que ha experimentado la informática en los últimos veinte años. Lo cual ha permitido el almacenamiento, tratamiento y transmisión automatizada de una enorme cantidad de información personal.

La posibilidad de poder cruzar información procedente de distintas bases de datos ha multiplicado las posibilidades de lesión de los derechos de los ciudadanos a través de la informática.

2.6.1. Concepto:

El derecho a la libertad informática es aquel derecho fundamental de naturaleza autónoma, aunque derivado del genérico derecho a la intimidad, que asegura la identidad de las personas ante el riesgo de que sea invadida o expropiada a través del

uso ilícito de las nuevas tecnologías, bien por parte del Estado, o por parte de particulares.

2.6.2. **Sujetos:**

Sujeto activo:

- La persona individual.
- La familia.
- Los grupos sociales de todo tipo: religiosos, profesionales, culturales, minorías raciales...
- Los niños (artículo 16 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989).

Sujeto pasivo:

Es el Estado y aquellos grupos sociales (como los grupos económicos) que pueden tener interés en conculcar el derecho a la libertad informática en beneficio propio, bien de una forma lucrativa, bien a través de la obtención de unos datos que les permiten aumentar su poder de dominación o de influencia.

2.6.3. **Objeto:**

Los bienes de la personalidad sobre los que recae la protección de la libertad informática son:

- La intimidad física, que supone libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, su familia o relaciones.
- La intimidad informativa, que es "el derecho a determinar por uno mismo cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo". Es la autodeterminación informativa de la propia intimidad.
- La seguridad personal.
- La libertad personal.

2.6.4. **Fundamento:**

El fundamento último de este derecho radica en la dignidad de la persona humana, el fundamento inmediato o directo de este derecho no es otro que la necesidad de garantizar la seguridad jurídica que supone la privacidad de los datos personales.

2.6.5. **Contenido:**

El derecho a la libertad informática supone o implica los siguientes derechos:

- El derecho a acceder y controlar, a través de las adecuadas vías procesales, las informaciones que les conciernen, procesadas en bancos de datos informatizados.
- El derecho a exigir de los bancos de datos públicos y privados la corrección de datos inexactos.
- El derecho a exigir de los bancos de datos públicos y privados el cancelar aquellos datos que resulten anticuados, inapropiados o irrelevantes.
- El derecho a exigir de los bancos de datos públicos y privados el cancelar aquellos datos personales que hayan sido obtenidos por procedimientos ilegales.
- El derecho a exigir que se tomen las medidas suficientes para garantizar la intimidad en relación a los datos estadísticos.
- El derecho a exigir que se tomen las medidas suficientes para evitar la transmisión de datos a personas o entidades no autorizadas.

Por su carácter público el derecho a la libertad informática, contribuye a conformar un orden político basado en la equilibrada participación cívica y colectiva en los procesos de información y comunicación que definen el ejercicio del poder en las sociedades informatizadas, de nuestra época.

En conclusión, la libertad informática o autodeterminación informativa es la necesaria respuesta al fenómeno de la contaminación de las libertades en los sistemas jurídicos democráticos, debida al desajuste o desfase existente entre las lentas normas jurídicas y el consiguiente desarrollo de las garantías de los derechos fundamentales y por otra parte, del vertiginoso avance tecnológico.

En los sistemas totalitarios se hace aún más necesaria la protección de los particulares frente al poder del Estado pues éste tiene en la informática, y en otras formas del poder tecnológico un asociado potentísimo, de muy difícil control por parte de los ciudadanos.

En los sistemas democráticos se hace preciso un estricto control sobre los bancos de datos que obran en poder de los órganos del Estado. Y ello como garantía tanto frente a la actuación por parte del Estado, como frente a la actuación de los particulares. Téngase en cuenta que esos datos confidenciales, sin un control adecuado, pueden ser utilizados peligrosamente en el mercado de trabajo (aplicación de criterios discriminatorios por razones de raza, de creencias, etc.) o en otros aspectos de la vida social que pueden llegar a ser extremadamente perversos y atentatorios contra los Derechos Humanos.

2.7. Protección del honor:

A lo largo de toda la tradición indoeuropea el deshonor la negación del derecho al honor, es el peor de los daños que puede sufrir el ser humano, vivo o muerto. La idea o sentimiento del honor históricamente ha pasado de ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales, para convertirse progresivamente en un atributo inherente a toda persona, cualquiera que sea su clase social, profesión, religión, raza o sexo, algo que nace con la persona y que no se extingue con su muerte.

En parte este derecho recibe un fuerte y decidido apoyo durante los siglos XVIII y XIX con la aportación de la ideología liberal, en cuanto que ésta reclamaba un mundo de exclusión frente al Estado. De ahí que en la tradición legal de los diversos sistemas jurídicos y hoy en los textos internacionales se establezcan, junto con el derecho al honor, un sistema de garantías para protegerlo frente al deshonor.

2.7.1. Concepto:

El honor es aquel derecho que tiene toda persona a su buena imagen, nombre y reputación, de tal forma que todos tenemos derecho a que se nos respete, dentro de nuestra esfera personal cualquiera que sea nuestra trayectoria vital, siendo un derecho único e irrenunciable propio de todo ser humano. El derecho al honor recibe también

otras denominaciones, tales como: Derecho al buen nombre, derecho a la propia estima, derecho a la dignidad personal, derecho a la reputación, derecho a buena fama.

2.7.2. Dimensiones de este derecho:

En el derecho al honor hay dos dimensiones o aspectos¹⁰³: Un aspecto subjetivo: la autoestima o sentimiento de la propia dignidad. Aspecto objetivo: la buena fama o estima que la persona disfruta en el ambiente social. Pese al lugar asignado en los textos legales y a que muchos autores así lo sostienen, el derecho al honor no se puede encerrar en el genérico derecho a la intimidad, derecho con el que tiene ciertamente estrechas relaciones y no pocas coincidencias, sino en el derecho a la integridad moral.

2.7.3. Sujetos:

Sujetos activos:

- Las personas individuales, vivas y fallecidas.
- Todos los ciudadanos, tanto nacionales como extranjeros.
- Los grupos sociales existentes y extinguidos, sea cual sea su naturaleza y finalidad: profesionales, religiosos, las diversas etnias, etc.
- La familia (sentencia del Tribunal Supremo español de 5 de diciembre de 1989).
- Las minorías étnicas.
- Los niños.

Sujetos pasivos:

- El Estado.
- Los grupos sociales
- Las personas individuales.
- Los medios de comunicación social.
- Los padres respecto de sus hijos.

¹⁰³ Puy Muñoz, F., **Derecho a la propia imagen**, pág. 321.

2.7.4. Fundamento:

El fundamento del derecho al honor está directamente vinculado al fundamento último de los Derechos Humanos: la dignidad de la persona humana.

2.7.5. Contenido:

En cuanto al contenido es preciso establecer la conexión directa que tiene con dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información. El derecho al honor se constituye en el límite de ejercicio de ambos derechos. En el Artículo 19 numeral 3 inciso a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aparece el derecho al honor como límite de ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información:

El ejercicio del derecho al honor entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás. Son los tribunales, en cada caso, quienes deben determinar el límite específico de ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la información.

La tutela del derecho al honor otorga al ofendido no sólo el poder accionar contra el ofensor, para el resarcimiento de los daños, sino también la facultad de hacer cesar, si es posible, el acto injurioso, y de hacer suprimir el medio con el que el mismo haya sido realizado y pueda ser divulgado. El derecho al honor tiene conexión con el derecho a la igualdad, pues ninguna razón ni condición de la persona permite limitar el ejercicio de este derecho.

2.8. Otros derechos próximos:

2.8.1. Derecho a la educación:

2.8.1.1. Concepto:

El derecho a la educación se define como aquel derecho por virtud del cual se pretende el máximo desarrollo posible de las energías y características de la personalidad, de forma que toda persona pueda disfrutar de la vida personal y social de la forma más integrada y plena posible.

2.8.1.2. **Sujetos:**

Sujetos activos: Son todas las personas humanas, consideradas individualmente o pertenecientes o integradas en diferentes grupos sociales, sin distinción de raza, sexo, edad, lengua o condición económica.

Hay quienes prefieren señalar como sujeto absoluto de este derecho al educando, refiriéndose con esta expresión a la persona que recibe la educación. Esto es real siempre que no se incurra en el modelo tradicional que polariza una actitud pasiva en quien recibe, frente a la acción de quien imparte la educación.

Sujetos pasivos:

- Los padres respecto a la educación de sus hijos.
- El Estado y las autoridades públicas, especialmente las directamente responsables de la política educativa Los centros educativos.
- Los centros culturales y recreativos.
- Los municipios.
- Las Comunidades Autónomas.

2.8.1.3. **Objeto:**

El objeto del derecho a la educación es la educación misma. Con educación se alude a lo que los científicos sociales llaman el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Para el pedagogo brasileño Paulo Freire, hay dos concepciones diferentes de educación, que se inspiran en sendas etimologías antagónicas. Una parte del "ducere" guiar, según la cual la enseñanza es una mera transmisión unidireccional de conocimientos desde el educador al educando. La otra, a partir del "educere" o sacar, sugiere una enseñanza dialógica y crítica donde al plantear problemas comunes puede darse una complementación dialéctica entre el educador-educando y el educando-educador. Consideramos que el primer modelo, el unidireccional, es propicio para actitudes autoritarias desde el docente, mientras que sólo el segundo garantiza actitudes participativas tanto del docente como del estudiante, es esa bidireccionalidad del diálogo lo que hace a este modelo más propio de un sistema democrático.

2.8.1.4. **Fundamento:**

El fundamento último del derecho a la educación es la dignidad de la persona humana; el fundamento inmediato o directo de este derecho no es otro que la misma exigencia de racionalidad de la naturaleza humana, que la distingue de la naturaleza de las otras criaturas.

Esa racionalidad implica que el hombre no nace completo en acto. El hombre es completo solo en potencia. La educación es la respuesta a esa necesidad absoluta del hombre, lo que se pretende, en consecuencia, a través de la acción educativa es el pleno desarrollo de la personalidad dentro del marco del conocimiento y respeto de los Derechos Humanos.

2.8.1.5. **Contenido:**

El derecho a la educación, genéricamente entendido, comprende una serie de derechos, entre los que figuran:

- El derecho a la alfabetización.
- La libertad de enseñanza.
- El derecho de los padres a dar a sus hijos la formación moral y religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
- La libertad de los padres y tutores de escoger para sus hijos, escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba en materia de enseñanza.
- El derecho de los particulares y de las personas jurídicas a establecer y dirigir instituciones de enseñanza.
- El derecho a la libertad de cátedra.

En conclusión, entre todos los derechos fundamentales el derecho a la educación es, en cierto modo, el más fundamental, porque se constituye en la base y garantía de muchos otros derechos, como el derecho a la paz, el derecho al medio ambiente. La existencia de una sociedad libre no se concibe más que dentro del marco de la libertad de pensamiento y de expresión. Pero para conseguirla es preciso preparar previamente a la juventud a través de una educación en valores como la tolerancia, el pluralismo, y

en general, en la idea de respeto de los derechos humanos. La educación debe ser una educación orientada en la idea de progreso y, por consiguiente, en la idea de preparación para los cambios necesarios sociales¹⁰⁴, el derecho a la educación constituye un medio de garantía de los demás derechos.

2.8.2. Derecho a la propia imagen:

El derecho a la propia imagen es un derecho que no viene reconocido de una manera explícita ni en la Declaración Universal de Derechos Humanos ni en los otros grandes textos internacionales de derechos humanos. Y ello pese a que el comienzo de la problemática de este derecho se remonta a los últimos años del siglo XIX.

El derecho a la propia imagen surge como sucede con otros derechos derivados del genérico derecho a la intimidad, en la época actual, como consecuencia del fuerte avance tecnológico.

Hasta mediados del siglo pasado apenas podían crearse conflictos jurídicos en torno a este derecho. Como no podía obtenerse el retrato físico de una persona sino a condición de que ella aceptara posar para el artista, era raro encontrar casos en que alguien reclamara a consecuencia del mal empleo de su imagen; y cuando ello ocurría, el problema podía ser resuelto sin graves dificultades, analizando o interpretando el convenio que había mediado entre el retratado y el artista conforme a cánones de derecho privado¹⁰⁵.

El invento de nuevos aparatos que permiten la reproducción de la imagen humana, como es el invento de la fotografía y del cine primero, y del video, la televisión y los ordenadores, con posterioridad, determinaron la posibilidad y la realidad de nuevas formas de agresión al derecho a la intimidad y del derecho al honor.

Esas agresiones se han acrecentado y en consecuencia la necesidad de protección frente a ellas, con el fuerte desarrollo tecnológico que han tenido en los últimos años esas técnicas de captación y reproducción de imágenes a través de la fotografía, del cine, de la televisión, del video, de la digitalización de las imágenes en el ordenador o del envío de imágenes vía satélite, ha supuesto un creciente peligro de trasgresión del derecho a la propia imagen. Pero también puede ser atacado el

¹⁰⁴ De Coster, S., **Sociología de la educación**, pág. 23.

¹⁰⁵ Novoa Monreal, E., **Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derecho**, pág. 64.

derecho a la propia imagen a través de dibujos o formas de representación artística o bien oral, que, sin reproducir directamente la imagen real del titular del derecho, permita su reconocimiento e identificación.

2.8.2.1. **Concepto:**

El derecho a la propia imagen o derecho a la imagen, como también se denomina, puede definirse como aquel derecho humano, concreción o especificación del derecho a la intimidad, por virtud del cual el titular del mismo, puede exigir que su imagen no sea reproducida a través de ningún medio si él previamente no otorga su consentimiento. Los caracteres de este derecho son los siguientes:

- Es un derecho personalísimo.
- Es un derecho de exclusión.
- Es un derecho personal, no patrimonial.
- Es un derecho inalienable.
- Es un derecho imprescriptible.
- Es básicamente aunque no exclusivamente, un derecho de titularidad individual, no colectiva.

El instrumento o medio técnico que permite la lesión de este derecho puede ser:

- Una fotografía.
- Un dibujo o retrato.
- Una caricatura.
- Un video.
- Una película.
- Un libro.
- Un artículo periodístico.

En suma, la imagen es la reproducción o representación de la figura humana en forma sensible y reconocible. Sea cual sea el instrumento técnico, lo esencial es que la figura o los rasgos sean reconocibles al menos en parte de una manera suficiente que permita individualizar a la persona cuya imagen ha sido captada.

2.8.2.2. **Sujetos:**

Sujetos activos: La titularidad activa puede ser tanto individual como colectiva.

Pueden ser, en consecuencia, titulares activos de este derecho:

- La persona individual
- Un determinado grupo social. Puede ser, por tanto, sujeto activo colectivo:
- La familia
- Los grupos políticos.
- Un grupo religioso.
- Un grupo social de tipo cultural.

Sujeto pasivo:

- El Estado es sujeto pasivo tanto porque debe omitir ser sujeto de acción lesiva contra el derecho a la propia imagen cuanto porque debe, tanto en vía preventiva como en vía reparadora, actuar de modo que los particulares y grupos sociales no integrados en el aparato del Estado omitan acciones lesivas del derecho.
- Las personas individuales. Están especialmente cualificados como sujetos pasivos los profesionales de la información, -como fotógrafos, periodistas..., Y los artistas, pintores, realizadores de cine, actores, humoristas.

Los grupos sociales. Especialmente cualificados como sujetos pasivos son las empresas dedicadas a la información, como las agencias de información, los periódicos, las cadenas de televisión.

2.8.2.3. **Objeto:**

El objeto del derecho a la propia imagen en cuanto que derecho a la intimidad es un objeto complejo: es la intimidad en cuanto que bien de la personalidad que merece ser protegido. Y dentro de ésta el objeto viene constituido por:

- La propia efigie, que es la individualización figurativa de la persona. La efigie es uno de los signos que sirven para identificar la identidad personal.
- También forma parte del objeto la libertad y voluntad del sujeto titular de la imagen de mantener en el anonimato su persona.
- El objeto del derecho a la propia imagen en cuanto que derecho al honor, es

también un objeto complejo, pues incluye:

- La propia efigie.
- La libertad y voluntad del sujeto titular del derecho de no ver reproducida su imagen sin su previo consentimiento.
- También es objeto de protección o bien jurídico protegido, de segundo grado, el honor -o concepto, o "imagen"- positivo, que las demás personas tienen respecto de otra o de un determinado grupo social.

2.8.2.4. **Fundamento:**

El fundamento mediato o último del derecho a la propia imagen, como el de todos los demás Derechos Humanos, es la dignidad de la persona humana. Este fundamento tiene su lógica concreción en el fundamento inmediato o directo de este derecho: garantizar de la no intromisión ajena las dimensiones básicas de la imagen personal. El fundamento inmediato o justificación de este derecho es, en consecuencia, la autonomía de la persona respecto de sí misma y de sus manifestaciones¹⁰⁶. El contenido del derecho a la propia imagen tiene dos dimensiones:

- Dimensión negativa significa, en principio, el derecho de exclusión frente a todas las demás personas de cualquier forma de reproducción de imágenes que pertenecen a la privacidad o vida personal del titular del derecho.
- Dimensión positiva significa la facultad por parte de su titular de poder actuar de una forma plenamente libre sobre las propias imágenes. Esto significa la posibilidad y libertad de poner exponerla hacia el exterior: de reproducirla, publicarla, exponerla o incluso comerciar con ella.

El ataque de cualquiera de las dimensiones de la intimidad personal, citadas anteriormente, o de varias a la vez, es suficiente para poner en marcha la acción de protección del bien de la personalidad lesionado. No hay lesión del derecho cuando el titular ha cedido su imagen voluntariamente, incluso a veces, mediante contrato, porque en este caso renuncia a su intimidad. La intimidad empieza y termina donde empieza la voluntad de su titular de que sus componentes sean conocidos por los demás.

¹⁰⁶ Novoa Monreal, E., **Ob. Cit.**, pág. 65.

Especial problema plantea la reproducción de las imágenes de los personajes públicos: políticos, famosos, artistas. Parece que la regla de discernimiento de donde empieza y donde termina el derecho a la propia imagen en relación a la difusión de su imagen en los medios de comunicación social sería en la naturaleza misma de los datos revelados y en la trascendencia social de los mismos.

2.8.3. Derecho al matrimonio:

Es el atributo exclusivo de las personas físicas (porque la persona moral no puede engendrar, estar casada, etc.) el cual define los derechos y obligaciones que se dan en la familia y en las relaciones de parentesco.

Por el estado civil se determina si una persona es casada o soltera, si tiene obligación para alimentar a otros, etc. Cuando se produce una ruptura del vínculo matrimonial por el divorcio, no se puede decir que el estado civil de las dos personas sea de "divorciados" sino simplemente solteros, por que la disolución del vínculo matrimonial los ha colocado en aptitud de contraer nuevo matrimonio.

2.8.3.1. Derecho matrimonial:

El Derecho de familia, integrado por el conjunto de normas que se ocupa del matrimonio como fenómeno jurídico e institución en todas sus vertientes. Los principales asuntos sobre los que trata son: matrimonio: requisitos: forma de celebración, clases, derechos y deberes de los cónyuges, respeto, ayuda mutua, fidelidad, convivencia, nulidad, separación y disolución del matrimonio; régimen económico conyugal: normas generales, clases de regímenes matrimoniales, gestión y administración de los mismos, bienes que los integran, cargas y obligaciones y disolución.

2.8.3.2. Matrimonio:

Es la unión estable entre hombre y mujer, convenida de acuerdo con la ley, regulada y ordenada a la creación de una familia. No se trata de una creación técnica del Derecho, sino de una institución natural que el ordenamiento regula en interés de la sociedad.

Son caracteres del matrimonio según la concepción corriente en los países civilizados: a) constituir un vínculo habitual con vocación de permanencia, dirigido, por su propia finalidad, a la convivencia y colaboración de los cónyuges en un hogar, formando una familia en cuyo seno nacerán y se criarán los hijos si los hubiere, y b) resultar de un acto jurídico bilateral celebrado en un concreto momento: la boda. Este acto se halla regulado, con carácter solemne, por la ley como creador exclusivo del vínculo reconocido por el Estado.

Hay en la disciplina del matrimonio, muy influida por el aporte del cristianismo a la cultura jurídica, un doble aspecto: el de la celebración como acto (intercambio de consentimientos en forma legal) por causa del cual nace el estado de cónyuge; y el del estado civil creado, situación de duración indefinida producida por la manifestación de tal voluntad.

El modelo actual de matrimonio, en el cual el vínculo procede de un acuerdo de voluntades, no puede disolverse sin causa legal establecida por vía judicial. A fin de acreditar que reúnen las condiciones para el matrimonio los contrayentes deben instar ante el juzgado u autoridad eclesiástica reconocida, en los sistemas en que se aceptan varias formas de celebración con eficacia civil, con jurisdicción a este efecto, la formación del expediente que proceda, en el curso del cual se publica su intención de casarse.

El matrimonio civil se autoriza por el juez encargado del Registro civil del domicilio de cualquiera de los contrayentes, o por el alcalde en presencia de dos testigos mayores de edad. Lo fundamental de la celebración del matrimonio es la manifestación del recíproco consentimiento de los contrayentes. Dicha manifestación puede hacerse por medio de un representante (matrimonio por poder) pero siempre que el poder se otorgue para contraer con persona concreta, de modo que el representante se limita a ser portavoz de una voluntad ajena plenamente formada.

Se considera nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración, el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial, expresión con la que se alude al matrimonio simulado por acuerdo de ambas partes: por ejemplo, para adquirir la nacionalidad por concesión o un derecho arrendatario, o para rebajar el impuesto sucesorio. También

son nulos los matrimonios que se celebren entre personas para las que existe impedimento no dispensable.

Aunque el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, sin embargo para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro civil, sea la practicada por el juez en el propio libro al autorizar el matrimonio, sea transcribiendo un documento intermedio: el acta o certificación correspondiente.

Se considera como matrimonio el contrato entre un hombre y una mujer por el que los hijos que ésta tenga son reconocidos como la descendencia legítima de la pareja. Esta definición, aun siendo sumamente general, tiene, sin embargo, algunas excepciones dictadas por consideraciones antropológicas, históricas, legales, etc. El matrimonio es un fenómeno social que se ha dado prácticamente en todas las culturas y en todas las épocas históricas conocidas. Su explicación concierne primordialmente a la antropología cultural, pues incluso en la época contemporánea sus modalidades, sus interpretaciones y su relevancia en el cuerpo social son múltiples.

El matrimonio es un fenómeno que siempre se halla vinculado a una cultura determinada. Aunque a lo largo de la historia ha adoptado formas muy diversas, en las sociedades modernas predomina una determinada modalidad, caracterizada por la unión de una pareja formada por libre elección, tendente a ser estable, cerrada, reconocida y protegida legalmente.

En todas sus formas, podemos identificar en el matrimonio diversos componentes: su formación o constitución, su relación con el tabú del incesto y con las reglas exogámicas, su carácter monogámico o poligámico, la relación entre patrimonio y propiedad de bienes, la consideración del adulterio, la legitimación de los hijos y la disolución del vínculo matrimonial.

En prácticamente todas las sociedades, el establecimiento del vínculo matrimonial adopta la forma de un acuerdo de convivencia, sancionado por la comunidad, según el cual la pareja se obliga a respetar determinados derechos y a cumplir con diversos deberes. En algunas sociedades, el acuerdo matrimonial obliga no sólo a la pareja, sino a la familia en sentido amplio.

En las sociedades en las que a los individuos especialmente a la mujer se le reconoce la posibilidad de elegir libremente a su pareja, el matrimonio va precedido de diversas actividades de cortejo, cuyas normas no escritas se respetan escrupulosamente. Sin embargo, esta libertad individual no ha sido reconocida en todas las épocas. En la península indostánica y en algunos países del cercano oriente los matrimonios se conciertan entre las familias durante la infancia y es frecuente que los novios se conozcan el día de la boda. En todas las culturas, este día se considera como una fiesta importante, cuya celebración acarrea gastos considerables. Suele incluir alguna ceremonia especial, de carácter religioso o civil, que señala el cambio de estado legal de los contrayentes.

CAPÍTULO III

3. El derecho a la intimidad en el derecho constitucional guatemalteco

3.1. Antecedentes históricos del derecho a la intimidad en el Derecho Constitucional Guatemalteco:

En Guatemala el derecho constitucional empezó a utilizarse en el año 1824, y durante el desarrollo de la historia de nuestro país, se puede observar la importancia y la forma en que este derecho fue regulado:

3.1.1. Constitución de Bayona:

Aunque nunca cobró vigencia sus preceptos fueron tomados por varias de las Constituciones de América. José I Bonaparte decretó la Constitución de Bayona, la cual tenía por mandato y ámbito espacial que "...regirá para España y todas las posesiones españolas". Esta constitución regiría lo que era la Capitanía General de Guatemala, constitución que fue promulgada con el objeto de darle el carácter de normas supremas a aquellos aspectos que el rey consideraba de absoluta importancia como la inviolabilidad de la vivienda y la detención legal, regulando en su Artículo 126: "La casa de todo habitante en el territorio de España y de Indias es asilo inviolable, no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por una ley, o por una orden que dimanase de la autoridad pública."

3.1.2. Constitución Política de la Monarquía española (Constitución de Cádiz):

Norma fundamental del Estado español aprobada por las Cortes Constituyentes, reunidas en Cádiz desde 1810 a 1814 debido a la guerra de la Independencia. Fue promulgada el 19 de marzo de 1812, bajo el título de Constitución Política de la Monarquía Española. El documento constitucional se dividía en 10 títulos y 384 artículos con las ideas liberales predominantes, en ese sentido, consigna el principio de soberanía nacional; limita la monarquía hereditaria; reconoce al catolicismo como religión oficial; establece la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial); instaura los derechos y deberes de los ciudadanos; en resumen, la constitución presenta las bases para el establecimiento de un estado burgués. Entra en vigor el 22 de

noviembre de 1824 para toda Centro América. No existe en ella un expreso reconocimiento de derechos para los habitantes del reino, sino únicamente directrices para las autoridades que constituyen antecedentes de estos derechos así puede mencionarse que en su Artículo 306 preceptuaba la inviolabilidad del domicilio, “no podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado”.

3.1.3. Declaración de los derechos del Estado y sus habitantes (Decreto 76), del 5 de diciembre de 1839, conocida también como “Ley de Garantías”:

Esta declaración si era aplicable con exclusividad a Guatemala, y en ella se reconoce nuevamente la INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO (Sección II, 24) y la INVOLABILIDAD DE DOCUMENTOS Y LIBROS (Sección II, 22).

3.1.4. Bases de Constitución Federal de 1823:

Estas bases eran aplicables a toda Centroamérica, no exclusivamente a Guatemala, y el Artículo 45 inciso 3 de estas bases decía: “No podrán sino en el caso de tumulto, rebelión o ataque con fuerza armada a las autoridades constituidas: Dispensar las formalidades sagradas de la ley, PARA ALLANAR LA CASA DE ALGÚN CIUDADANO, REGISTRAR SU CORRESPONDENCIA PRIVADA o reducirlo a prisión.”

3.1.5. Primera Constitución del Estado de Guatemala de fecha 11 de octubre de 1825:

En su SECCIÓN 2. DERECHOS PARTICULARES DE LOS HABITANTES, establecía:

- Artículo 25. “A nadie puede impedirse la libertad de decir, escribir, imprimir y publicar sus pensamientos, sin que puedan sujetarse en ningún caso, ni por pretexto alguno, y examen ni censura.”

- Artículo 27. “Las acciones privadas que no hieren el orden, la moralidad, ni producen perjuicio de tercero, están fuera de la jurisdicción de los

Magistrados.”

- **Artículo 28.** *“Todos los habitantes del Estado deben ser protegidos en el goce de su vida, de su reputación, de su libertad, seguridad y propiedad. Ninguno debe ser privado de estos derechos sino en los casos prevenidos por la ley, y con las formalidades legales.”*

- Artículo 32. “La casa de un ciudadano es un asilo sagrado que no puede ser violado sin crimen, fuera de los casos prevenidos por la Constitución, y con las formalidades en ella.”

3.1.6. Reformas a la Constitución Federal de Centroamérica, decretadas el año de 1835, aplicables a toda Centroamérica:

Estas reformas en su TÍTULO X, Garantías de la Libertad Individual. SECCIÓN ÚNICA, contemplaba en:

- Artículo 173. “Ninguna casa puede ser registrada sino por mandato escrito de autoridad competente dado en virtud de disposiciones formales que presten motivo al allanamiento, el cual deberá efectuarse de día...”

- Artículo 174. “Solo en los delitos de traición se pueden ocupar los papeles de los habitantes de la república; y únicamente podrá practicarse su examen cuando sea indispensable para la averiguación de la verdad, y a presencia del interesado, devolviéndole en el acto cuantos no tengan relación con lo que se indaga.”

- Artículo 175. “Es inviolable el secreto de las cartas y las que se substraigan de las oficinas de correos o de sus conductores no producen efecto legal ni pueden presentarse en testimonio contra ninguno.”

3.1.7. Declaración de los derechos del estado y sus habitantes del 14 de diciembre de 1839, de aplicación exclusiva para Guatemala:

Esta norma establecía: Artículo 12. “Ningún hombre puede ser inquietado ni perseguido por sus opiniones de cualquier clase y naturaleza que sean, con tal que por un acto positivo no infrinjan alguna ley, pues en este caso queda sujeto a la pena por ella establecida”. En sus Artículos 22 y 23, se regula la correspondencia y en el Artículo 24 se regula del domicilio.

3.1.8. Acta constitutiva de la República de Guatemala del 19 de octubre de 1851:

En este documento, el Artículo 3º preceptúa que “los deberes y derechos de los guatemaltecos, están consignados en la declaración hecha por la Asamblea Constituyente el 5 de diciembre de 1839 (SE REFIERE A LA CONOCIDA “LEY DE GARANTÍAS” YA CITADA) que continuará rigiendo como ley fundamental.”

3.1.9. Ley constitutiva de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Nacional Constituyente el 11 de diciembre de 1879 y sus reformas:

El TÍTULO II de este instrumento, con el acápite “De las Garantías”, regulaba lo siguiente:

- Artículo 27. “Todos los habitantes de la República son libres para dar o recibir la instrucción que les parezca mejor en los establecimientos que no sean sostenidos con fondos de la nación.”

- Artículo 37. “La correspondencia de toda una persona y sus papeles privados son inviolables. Sólo por auto de juez competente podrá detenerse la primera y aun abrirse, ocuparse los segundos, en los casos y con las formalidades que la ley exige.”

- Artículo 38. “El domicilio es inviolable. La ley determina las formalidades y los casos en que únicamente puede procederse al allanamiento.

3.1.10. Reformas a la Constitución de la República de Guatemala, contenidas en el Decreto número 7 de fecha 11 de marzo de 1921:

Ella establecía:

- Artículo 5º. El artículo 30 se reforma así: Artículo 30. “Nadie puede ser perturbado en sus derechos, ni molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud del mandato escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento...”

- “Artículo 8º. El artículo 37 se modifica así: Artículo 37. “La correspondencia de toda persona y sus papeles y libros privados son inviolables y no podrán ser interceptados. Los que fueren sustraídos no harán fe en juicio. Solo podrán ser ocupados en virtud de auto de Juez y competente y con las formalidades legales”

3.1.11. Constitución Política de la República de Guatemala, promulgada el 11 de marzo de 1945:

TÍTULO III. “Garantías individuales y sociales”. CAPÍTULO I. GARANTÍAS INDIVIDUALES.

- Artículo 35. “La correspondencia de toda persona y sus papeles y libros privados, son inviolables. Los que fueron sustraídos no harán fe en juicio. Sólo podrán ser ocupados o revisados en virtud de auto de juez competente y con las formalidades legales...”

- Artículo 37. “El domicilio es inviolable. Nadie podrá entrar en él sin permiso del dueño, salvo por orden escrita de juez competente y nunca después de las diez y ocho horas ni antes de las seis horas. La ley determina las formalidades y los casos de excepción en que puede procederse al allanamiento. El registro de documentos y efectos debe practicarse siempre en presencia del interesado, de su mandatario o de una persona de su

familia, y, en su defecto, ante dos testigos, vecinos del lugar y de reconocida honorabilidad.”

3.1.12. Constitución Política de la República de Guatemala, decretada por la Asamblea Constituyente el 2 de febrero de 1956:

TÍTULO IV. Derechos Humanos. CAPÍTULO I. Garantías Individuales.

- Artículo 55. “La correspondencia de toda persona y sus papeles y libros privados son inviolables. Solo podrán ser ocupados o revisados en virtud de auto de Juez competente y con las formalidades legales. Las oficinas que ejerzan la fiscalización de los impuestos podrán también por orden escrita, y para casos concretos, disponer de la revisión de papeles y libros privados que se relacionen con el pago de los impuestos, debiéndose practicar en todo caso la ocupación o revisión, en presencia del interesado, o de su mandatario y en defecto de éstos, ante uno de sus parientes mayor de edad, o de dos testigos honorables vecinos del lugar...”

- Artículo 56. “El domicilio es inviolable. Nadie podrá entrar en el sin permiso del dueño, salvo por orden escrita de Juez competente, y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. La Ley determinará las formalidades y los casos de excepción en que pueda procederse al allanamiento. El registro de documentos y efectos debe practicarse siempre en presencia del interesado, de su mandatario o de una persona de su familia, mayor de edad y en su defecto ante dos testigos, vecinos del lugar, que sean de reconocida honorabilidad”.

- Artículo 72. “La enumeración de los derechos garantizados en ese título no excluye los demás derechos que esta Constitución establece, ni otros de naturaleza análoga o que se deriven del principio de soberanía del pueblo de la forma republicana de gobierno y de la dignidad del hombre”.

3.1.13. Constitución de la República de Guatemala, decretada el 15 de septiembre de 1965:

TÍTULO II. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. CAPÍTULO 1. Garantías y derechos individuales.

- Artículo 57. “El domicilio es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de Juez competente y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. La Ley determinará las formalidades y los casos de excepción en que pueda procederse al allanamiento, y si en ocasión del mismo se practica el registro de documentos y efectos, tal diligencia se llevará a cabo, siempre en presencia del interesado, de su mandatario o de una persona de su familia mayor de edad y en su efecto ante dos testigos, vecinos del lugar, que sean de reconocida honorabilidad.”

- Artículo 58. “La correspondencia de toda persona y sus documentos y libros privados son inviolables. Solo podrán ser ocupados o revisados en virtud de auto de Juez competente y con las formalidades legales. Las autoridades que ejerzan la fiscalización de los impuestos podrán también, por orden escrita de Juez competente y para casos concretos, revisar y ocupar documentos y libros privados que se relacionen con pagos de los impuestos, debiéndose practicar en todo caso la ocupación o revisión en presencia del interesado o de su mandatario, y en defectos de estos, ante uno de sus parientes, mayor de edad, o de dos testigos honorables, vecinos del lugar.”

3.1.14. Constitución de la República de Guatemala, promulgada el 31 de mayo de 1985:

TÍTULO II. Derechos Humanos. CAPÍTULO I. Derechos Individuales.

- Artículo 23. “Inviolabilidad de la vivienda. La vivienda es inviolable. Nadie podrá penetrar en morada ajena sin permiso de quien la habita, salvo por orden escrita de Juez competente en la que se especifique el motivo de la diligencia y nunca antes de las seis ni después de las dieciocho horas. Tal

diligencia se realizará siempre en presencia del interesado o de su mandatario”.

- Artículo 24. “Inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros. La correspondencia de toda persona, sus documentos y libros son inviolables. Solo podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por Juez competente y con las formalidades legales. Se garantizan el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otros productos de la tecnología moderna. Los libros, documentos y archivos que se relacionan con el pago del impuesto, tasas, arbitrios y contribuciones podrán ser revisados por la autoridad competente de conformidad con la Ley...”.

- Artículo 44. “Derechos Inherentes a la persona Humana. Los derechos y garantías que otorga a la Constitución no excluye en otros que, no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana...”.

Comentario conclusivo: considero que es en la primera Constitución del Estado de Guatemala de fecha 11 de octubre de 1825, en donde se norma de una forma más clara y directa lo relacionado con el objeto de este trabajo, ya que se abarca el derecho a la vida privada, al honor, a la reputación, a la inviolabilidad del domicilio, etcétera. Las demás Constituciones, leyes constitutivas o declaraciones no aportan avances significativos, por lo general se limitan a reiterar, casi textualmente, lo regulado en la Constitución anteriormente descrita.

3.2. Los convenios y tratados internacionales sobre derechos fundamentales ratificados por Guatemala en relación con el derecho a la intimidad:

La Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, llamada también “Tratado de los Tratados” de 1969, define en su Artículo 2 numeral 1 inciso a) “se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y

regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”, este tratado fue reforzado en 1986 con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o Organizaciones Internacionales.

Las disposiciones de estos instrumentos internacionales están concebidas con un grado tal de generalidad que, en última instancia, lo que constituyen es una serie de normas constitucionales a las que se debe ceñir su conducta tanto los Estados que las hagan suyas, como las entidades comunitarias y demás sujetos a quienes resulten aplicables. De esta manera, son los propios gobiernos, a través del órgano competente, quienes les van dando un contenido concreto en el tiempo y medida en que las cambiantes circunstancias lo demanden.

Como acuerdos implican siempre que sean como mínimo, dos personas jurídicas internacionales quienes concluyan un convenio internacional. En materia de derechos humanos se han suscrito varios, buscando con ello dar a los individuos la protección necesaria para el desarrollo de su personalidad. El derecho a la intimidad es un derecho que viene reconocido por las principales declaraciones internacionales de derechos humanos, como lo veremos a continuación:

- **Declaración Universal de los Derechos Humanos**¹⁰⁷: presentada ante el Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París, en el Palacio de Chaillot, fue adoptada el 10 de diciembre de 1948, siendo aprobada por cuarenta y ocho países, entre los que figuraba Guatemala. Ella establece:
 - ❖ Artículo 12: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación...”.

- **Convención sobre los Derechos del Niño**¹⁰⁸: aprobada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, la cual establece:
 - ❖ Artículo 16:

¹⁰⁷ www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm

¹⁰⁸ www.onchr.org/spanish/law/crc.htm

1. “Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación”.
 2. “El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques”.
- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**¹⁰⁹: aprobada en la novena conferencia internacional americana de Bogotá, Colombia, en 1948. la que establece:
- ❖ Derecho a la protección a la honra, la reputación personal y la vida privada y familiar. Artículo 5: “toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”.
- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)**¹¹⁰: suscrita en la conferencia interamericana sobre derechos humanos en San José, Costa Rica en noviembre de 1969, la cual establece:
- ❖ Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad
 1. “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.
 2. “Nadie puede ser objeto de ingerencias arbitrarias en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”.
- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**¹¹¹: adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, la cual establece:

¹⁰⁹ www.oas.org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm

¹¹⁰ www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

❖ Artículo 17:

1. “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación”.
2. “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

Cabe señalar que también existen otros instrumentos que establecen este derecho como son: La Convención de Roma para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1959, la Declaración de los Derechos y libertades fundamentales aprobadas por el parlamento europeo y la Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981 y de los que Guatemala no es parte.

Comentario conclusivo: al aceptar las obligaciones de los convenios internacionales, ya sea mediante la ratificación o la adhesión, los gobiernos se han comprometido a proteger y asegurar los derechos de las personas, y han aceptado que se les considere responsables de este compromiso ante la comunidad internacional. Los Estados parte de los convenios quedan obligados a estipular y llevar a cabo todas las medidas necesarias para proteger la integridad del ser humano. Es por ello que Guatemala, ha adquirido el compromiso ante la comunidad internacional como pudimos observar en los instrumentos internacionales citados anteriormente, y que el derecho a la intimidad forma parte de los derechos fundamentales, reconocidos y ratificados por nuestro país, debiendo darle nuestras autoridades también el carácter que este ostenta.

3.3. La jurisprudencia constitucional en el derecho guatemalteco relacionada con la intimidad:

Expediente No. 1304-96¹¹²

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD: Guatemala, veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y siete.

¹¹¹ www.unhchr.ch/apanish/htm/munu3/b/a_ccpr_sp.htm

¹¹² Guatemala, Corte de Constitucionalidad, expediente número 1304-96

En apelación y con sus antecedentes se examina la sentencia de nueve de septiembre de mil novecientos noventa y seis dictada por la Corte Suprema de Justicia, en calidad de tribunal de Amparo, en el amparo promovido por Marco Tulio Álvarez Roldán contra el Ministro de Gobernación. El postulante actuó con el patrocinio del abogado José Arturo Morales Rodríguez.

ANTECEDENTES

I. EL AMPARO

A) Interposición y autoridad: presentado en la Corte Suprema de Justicia el treinta de mayo de mil novecientos noventa y seis. B) Acto reclamado: publicaciones efectuadas el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y seis en los periódicos Siglo Veintiuno y Prensa Libre, en las que aparece el nombre y la fotografía de Marco Tulio Álvarez Roldán, de quien se señala que está sindicado y detenido por la comisión del delito de secuestro. C) Violaciones que denuncia: derechos al debido proceso, presunción de inocencia y el principio de legalidad. D) Hechos que motivan el amparo: lo expuesto por el accionante en resume: a) con base en información rendida por el Departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional la autoridad impugnada hizo publicar el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y seis, en los periódicos Siglo Veintiuno y Prensa Libre, los nombres y fotografías de cuatro personas, incluido él (el postulante), de quienes se señaló que pertenecen a una banda de criminales y que se encuentran sindicados y detenidos por la comisión del delito de secuestro. Tales publicaciones aparecieron, según su propio texto, con el objeto de que por medio de la línea telefónica 110 cualquier persona aportara datos al proceso y a la investigación promovida; c) el acto que ahora reclama le causa agravio ya que sin que hubiere cometido ningún delito y sin estar sujeto a investigación penal, la autoridad impugnada inicio persecución de esa índole en su contra, provocando así descrédito a su persona y a su familia. Solicitó que se le otorgue amparo y, como consecuencia, que se le ordene a dicha autoridad que haga publicar en la misma forma y en los periódicos aludidos la aclaración pertinente. E) Uso de recursos: ninguno. F) Caso de procedencia: invocó el contenido en el inciso a) del Artículo 10 de la Ley de Amparo, Exhibición

Personal y de Constitucionalidad. G) Leyes violadas: citó los Artículos 2º, 5º, 12 y 14 de la Constitución Política de la República; 7º, 8º. Y 11 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos.

II. TRAMITE DEL AMPARO

A) Amparo provisional: no se otorgó. B) Terceros interesados: Director General de la Policía Nacional y el Jefe del Departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional. C) Informe circunstanciado: la autoridad impugnada informó: a) como parte de la política que ese Ministerio diseñó para combatir la delincuencia en el país, se dio inicio a un programa por medio del cual se publican en los periódicos de la República los nombres y fotografías de personas que han sido detenidas y consignadas a los tribunales de justicia por el delito de secuestro, a efecto de que la población aporte evidencias en la investigación; b) para realizar ese programa solicitó al Departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional que le proporcionara información respecto de dichas personas, a lo que se accedió, por lo cual fue remitida, entre otras, la fotografía y el nombre de Marco Tulio Álvarez Roldán. Con este material ordenó una de aquellas publicaciones en los periódicos Prensa Libre y Siglo Veintiuno el veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y seis; c) posteriormente a ello se percató de que la información se le proporcionó en forma equivocada, por lo cual mediante publicaciones aparecidas el catorce de junio de mil novecientos noventa y seis aclaró la situación de las personas aparecidas en la primera publicación, incluido el accionante. D) Prueba: a) el informe circunstanciado rendido por la autoridad impugnada; b) fotocopias de: a) las publicaciones que constituyen el acto reclamado; b) publicaciones de prensa en las que el Ministro de Gobernación efectuó aclaraciones referentes al asunto de que se trata, aparecidas en los periódicos Prensa Libre y Siglo Veintiuno de catorce de junio de mil novecientos noventa y seis; c) informe rendido por el Director General de la Policía Nacional a la Sala Décima de la Corte de Apelaciones, el veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, en el que manifestó que fue el Ministro de Gobernación y no él quien ordenó que se hicieran las publicaciones contra las que ahora se reclama. D) Sentencia de primer grado: el tribunal consideró: "...En la parte petitoria de su memorial el interesado solicita: se ordene de parte de este tribunal cesar de hacer tales publicaciones y se proceda, a costa de la autoridad

impugnada, a nuevas publicaciones con las mismas características, a indicar que todo lo allí publicado en cuanto a mi persona se refiere es falso. Hecho el estudio correspondiente de los autos, se establece que: la autoridad impugnada, durante el período de prueba, aportó publicaciones periodísticas donde consta lo requerido por el postulante; o sea la aclaración hecha por el Ministerio de Gobernación, en el sentido de que el señor Marco Tulio Álvarez Roldán no ha estado detenido ni ha sido consignado a los tribunales de justicia por delito alguno, como erróneamente se publicó con anterioridad; publicación que se hizo por estimarlo procedente y necesario. En esa virtud, el amparo a quedado sin materia y por ello tiene que declararse improcedente...”. Y resolvió: “...a) desestima el amparo solicitado, por falta de materia”.

III. APELACIÓN.

El accionante apeló.

IV. ALEGATOS EN EL DIA DE LA VISTA.

A) El accionante expuso que la aclaración que hizo el Ministro de Gobernación no contiene las mismas características que la publicación reclamada, por lo que no puede darse por satisfecha su pretensión. B) La autoridad impugnada reiteró los argumentos expuestos en el informe circunstanciado que rindió y solicitó que se confirme la sentencia venida en grado. C) El ministerio público alegó que la pretensión del accionante de que se aclare que las publicaciones hechas por el Ministerio de Gobernación son falsas ya que fue satisfecha y, por lo mismo, el amparo quedó sin materia sobre la cual resolver. Solicitó que se confirme la sentencia apelada.

CONSIDERANDO

-I-

El amparo protege a las personas contra las amenazas de violación a sus derechos o restaura su imperio cuando la violación hubiere ocurrido y procederá siempre que las Leyes, resoluciones, disposiciones o actos de autoridad lleven implícito una amenaza restricción o violación de los derechos que la Constitución y las Leyes garantizan.

-II-

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su Artículo 11 prescribe como derecho de la persona el respeto de su honra y el reconocimiento de su dignidad, y establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra o reputación. Según se colige de la dicción contenida en el Artículo 14 *ibid*, un ataque de aquella naturaleza puede cometerse mediante la publicación, en algún medio de la comunicación, de informaciones inexactas o agraviantes que se emitan en perjuicio del particular; ese mismo precepto señala también que tal contravención debe ser reparada por medio de la rectificación o la respuesta que debe aparecer en el mismo órgano de difusión en las condiciones que establezca la Ley.

El sistema normativo guatemalteco implicó en el ámbito Constitucional aquel derecho, pues según lo prescrito en el párrafo segundo del Artículo 13 de la Constitución “Las autoridades policiales no podrán presentar de oficio, ante los medios de comunicación social a ninguna persona que previamente no halla sido indagada por tribunal competente.” Este precepto, que entra en armonía con el principio de presunción de inocencia contemplado en el Artículo 14 de ese cuerpo de normas fundamentales, conlleva diversos objetivos, pero para el caso puede inferirse uno básico y de carácter garantista que tiende a proteger entre otros aspectos no solo el derecho a la honra y la dignidad del que se ha hecho medito, sino también la seguridad y, ante todo, EL DERECHO A LA INTIMIDAD de aquel individuo que se ve sometido a persecución penal por parte del Estado.

Esta protección no debe entenderse limitada solo a favor de quien se presume vinculado en la comisión de un ilícito penal si no que con mayor razón a favor de quien por error – atribuido a autoridad administrativa o judicial ha visto aparecer su nombre y su IMAGEN – como elementos que lo identifican- en un medio de comunicación social, sindicado de participar en aquella comisión.

-III-

En el caso concreto, el ministerio de gobernación ordenó la publicación del veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y seis, en los diarios Prensa Libre y Siglo Veintiuno, de los nombres y las fotografías de varias personas a quines se les imputaba haber

cometido el delito de secuestro; uno de esos nombres y fotografía corresponde al ahora accionante. Según acertó el Ministro de Gobernación en el informe circunstanciado que rindió, esta última publicación se hizo debido a un error que cometió el Departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional, razón por la cual el catorce de junio de ese mismo año se hicieron publicar las aclaraciones pertinentes en los diarios anteriormente señalados, habiendo reparado así, según indicó, el agravio producido. Consta en los antecedentes que, en efecto, esta última publicación se hizo pero con inclusión solamente del nombre, más no de la fotografía del amparista.

Ya se hizo alusión anteriormente de que el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos regla que la reparación de un agravio como el que ahora se denuncia debe efectuarse en las condiciones que establezca la Ley, siendo esta en el ordenamiento jurídico guatemalteco la Ley de Emisión del Pensamiento, decreto numero 9 de la Asamblea Constituyente de la República de Guatemala, -aplicable supletoriamente al presente caso- la que en el Artículo 39, al señalar la forma en la que debe publicarse las aclaraciones, rectificaciones o refutaciones a publicaciones ofensivas, establece que las mismas deben "...insertarse en la misma página, columna y caracteres tipográficos en que apareció la alusión o inculpación..."; en cuanto a este último aspecto que alude a los caracteres tipográficos, debe entenderse, según criterio de esta Corte, que por extensión al concepto aquella aclaración, rectificación o refutación debe hacerse en igual forma que la publicación a la que corresponde.

En ese orden, si en el caso que ahora se enjuicia, la publicación que resultó ofensiva contuvo la fotografía del reclamante, entonces también la aclaración que de oficio hizo el Ministro de Gobernación debió contenerla; esto en procura DEL DERECHO A LA IMAGEN -CONTENIDO EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD ANTERIORMENTE RELACIONADO- que asiste al agraviado. Al no haberse hecho así resulta insuficiente entonces tal aclaración, razón por la cual, al no haber sido reparado en debida forma el agravio causado, es procedente otorgar la protección Constitucional pedida, con el objeto de ordenar a la autoridad impugnada que haga aparecer de nueva cuenta en los diarios aludidos aquella aclaración, pero incluyendo no solo el nombre sino que la misma fotografía del postulante que apareció en la publicación lesiva para tal efecto debe revocarse la sentencia en grado y dictarse la que corresponde.

Comentario conclusivo: aunque el derecho a la intimidad no esta contenido en nuestra Constitución Política de una forma tacita, las personas que se sienten dañados en su derecho, pueden hacer uso del mismo y encontrar en leyes supletorias la reparación del daño causado, tal como es el caso arriba expuesto, en el que al final se le otorgo al agraviado la protección constitucional debida.

3.4. Regulación normativa del derecho a la intimidad en otros países:

Considero que es importante, tomar en cuenta lo que otros países ya han hecho en lo que respecta a esta materia y que consagran es sus constituciones como derechos fundamentales de manera expresa el derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen¹¹³. Entre estos países encontramos:

➤ **Bolivia:**

Artículo 7º.- Derechos Fundamentales: toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales:

I) Al nombre, a la intimidad y privacidad personal y familiar, así como a su imagen, honra y reputación. (*Inciso agregado por ley No. 2410 del 8 de agosto, 2002)...

➤ **Alemania:**

La Constitución alemana de 1949 en su Artículo 5º. Manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más limites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal.

➤ **Finlandia:**

El instrumento de gobierno de Finlandia de 1919 establece:

¹¹³ Base de Datos Políticos de las Américas. (2006). **Privacidad familiar y personal. El estudio constitucional comparativo.** (Internet), Centro de estudios Latinoamericanos, Escuela de servicio exterior, Universidad de Georgetown, en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/privacidad.html>.

Artículo 8.- Se garantiza a todos la intimidad, el honor personal y la inviolabilidad del domicilio y habrá una ley que establecerá normas a detalle sobre la salvaguardia de los datos de carácter personal...

➤ **España:**

Considero muy interesante y quizás hasta un modelo a seguir por nosotros el Artículo 18 de la Constitución española de 1978 que establece: Que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen, así como también a la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones de todo tipo...

➤ **Chile:**

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

4. El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

La infracción de este precepto, cometida a través de un medio de comunicación social, y que consistiere en la imputación de un hecho o acto falso, o que causare injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia, será constitutiva de delito y tendrá la sanción que determine la ley. Con todo, el medio de comunicación social podrá excepcionarse probando ante el tribunal correspondiente la verdad de la imputación, a menos que ella constituya por sí misma el delito de injuria a particulares...

➤ **Colombia:**

Artículo 15.- Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tiene derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

➤ **Costa Rica:**

Artículo 24.- Se garantiza el derecho a la intimidad, a la libertad y al secreto de las comunicaciones.

Son inviolables los documentos privados y las comunicaciones escritas, orales o de cualquier otro tipo de los habitantes de la República...

➤ **Ecuador:**

Artículo 23.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

8. El derecho a la honra, a la buena reputación y a la intimidad personal y familiar. La ley protegerá el nombre, la imagen y la voz de la persona...

➤ **El Salvador:**

Artículo 2.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.

➤ **Honduras:**

Artículo 76.- Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y a la propia imagen.

➤ **Paraguay:**

Artículo 33.- DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. La intimidad personal y familiar, así como el respeto a la vida privada, son inviolables. La conducta de las personas, en tanto no afecte al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, está exenta de la autoridad pública.

Se garantiza el derecho a la protección de la intimidad, de la dignidad y de la imagen privada de las personas.

➤ **United States of America:**

Es importante mencionar lo que en Estados Unidos de América se ha llamado el “derecho a ser dejado en paz” o “a ser dejado solo”, se refiere a un derecho a la privacidad consistente en no estar obligado a participar en la vida colectiva y por tanto, el poder a permanecer aislado de la comunidad sin establecer relaciones, el cual implica permanecer en el anonimato, el ser dejado en paz sin ser molestado y el no sufrir intromisiones en la soledad física que cada persona reserva sólo para sí misma.

Amendment III (1791): No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the Owner, nor in time of war, but in a manner to be perscribed by law.

Amendment IV (1791): The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

Comentario conclusivo: no debemos olvidar que el derecho a la intimidad personal y familiar ha entrado ya a formar parte del ordenamiento jurídico de diversos países, considerándolo como un derecho irrenunciable, inalienable e imprescriptible, es decir como un derecho fundamental. Sin lugar a dudas sería importante contar con una legislación reglamentaria específica y apropiada que establezca de manera clara y con un criterio objetivo lo que comprende la intimidad del individuo para así poder establecer con precisión los límites de este derecho.

CONCLUSIONES

1. La intimidad como derecho, se manifiesta inicialmente como protección de diversos aspectos parciales de la misma (domicilio, correspondencia,...). Su protección jurídica varía según las épocas y los lugares. Puede rastrearse en Roma, en los pueblos germánicos, en la edad media y de allí en adelante. Sólo a finales del siglo XIX se elabora una categoría unitaria para englobar esas manifestaciones, y a lo largo del siglo XX ese derecho será declarado internacionalmente y constitucionalizado.
2. El derecho a la intimidad surgido de la noción de intimidad, privacy, riservatezza o vie privé, tiene por objeto dotar a las personas cobertura jurídica frente al peligro que supone la informatización de sus datos personales, sin el afán de vedar toda intromisión en las esferas de la vida que el Titular se reserva para sí; sino facultándolo para permitir o no y de controlar el uso que de esa información se haga.
3. A medida que se ha acentuado el proceso de socialización en las relaciones interhumanas, y la técnica ha ido invadiendo los sectores más reservados de la existencia, no sólo en la vida colectiva, sino también y principalmente en la individual, se ha ido agudizando cada vez más la urgencia de defender el "núcleo entrañable", la zona más íntima de la persona.
4. La razón de la protección efectuada ya por otros países y por diversos convenios internacionales como un derecho fundamental, radica en la libertad del hombre, que se vería seriamente afectada por la invasión de su intimidad, violentando su propia conducta. Es natural la postura de ocultamiento de nuestras propias debilidades y de aquellos aspectos de nuestra personalidad que consideramos desagradables o que, en todo caso, queremos mantener bajo nuestro exclusivo dominio. Al perder el control sobre estos datos íntimos se produciría ineludiblemente un cambio en nuestra actitud por la coacción de hechos revelados, atentando contra nuestra libertad.

5. La conducta del Estado en lo que respecta a la protección del derecho a la intimidad en sus múltiples aspectos no se concreta únicamente a una conducta pasiva del mismo, es decir, a un no hacer, ni a respetar esas áreas destinadas de manera exclusiva al particular como ocurre tradicionalmente en las garantías de libertad, sino que la conducta del Estado es activa como ocurre en las garantías de legalidad, realizando actos y tomando providencias tendientes a evitar la violación de ese derecho, no solo respecto a sus autoridades sino también con relación a otros particulares.

RECOMENDACIONES

1. En virtud de que nuestra carta magna, no reconoce expresamente el derecho a la intimidad, sino que solamente se protege la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia, de las escuchas telefónicas y otras; y únicamente se le reconoce en forma implícita en el Artículo 44 como “derechos inherentes a la persona humana”, considero importante efectuar una reforma constitucional que permita incluir en la Constitución Política de la República de Guatemala, el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen contra actos no sólo de las propias autoridades sino también de otros particulares, que en el ejercicio indebido y excesivo de sus derechos y libertades de expresión e información pudieran transgredir esos derechos fundamentales.
2. Es recomendable la creación de una ley ordinaria que regule de manera clara y objetiva los límites de estos derechos, estableciendo de manera puntual el reconocimiento y la protección expresa de tales derecho en todas sus manifestaciones; estableciendo las sanciones que correspondan al vulnerar dichos derechos, fijando el procedimiento para la reparación del daño causado y las medidas necesarias para indemnizar al afectado.
3. Que los tribunales de justicia, interpretando correctamente el Artículo 44 constitucional y aplicando los convenios y tratados internacionales ratificados por Guatemala en materia de derechos humanos en consonancia con el Artículo 46 constitucional, y protejan a todas las personas de aquellas ingerencias abusivas y arbitrarias en su vida privada que violen el derecho a la intimidad regulado en tales convenios y tratados.
4. Es recomendable una revisión a la ley de emisión del pensamiento, para evitar que en el uso de este otro derecho constitucionalmente reconocido, se viole el derecho a la intimidad reconocido implícitamente en el Artículo 44 constitucional y en otros artículos de nuestra carta magna así como en convenios y tratados internacionales

ratificados por Guatemala, con las excepciones de ley, tal es el caso de los actos realizados por funcionarios y empleados públicos en el ejercicio de sus cargos o en aquellos otros en donde las personas, en forma voluntaria, permitan ingerencias en su intimidad.

5. Es recomendable que cuando se declare algún estado de excepción de los contemplados en la ley, se contemple en el mismo el respeto al derecho a la intimidad de las personas en todos sus aspectos, salvo las excepciones de ley las cuales deben ser justificadas y proporcionadas y claramente delimitadas en el decreto que acuerde el estado de excepción respectivo.

ANEXO

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La legislación guatemalteca ha sido objeto de numerosas reformas para establecer jurídicamente los diversos cambios a los cuales nos conlleva el desarrollo y modernización de la sociedad. Nuestra carta magna, protege algunos de los derechos inherentes y fundamentales del ser humano, como los contenidos en sus artículos veintitrés, veinticuatro y el cuarenta y cuatro; es por ello que se hace necesario que al igual que el derecho a la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros; el derecho a la intimidad se encuentre contenido en una ley específica, al no encontrarse configurado constitucionalmente de una manera expresa y adecuada tal derecho.

El beneficio de esta ley radica, fundamentalmente, en entregar a la justicia un documento legal que le permita resguardar el derecho a la intimidad como es garantizado en otros países latinoamericanos, constituyéndose en una herramienta jurídica para defender este derecho inherente de toda persona.

Los ciudadanos tendrían la seguridad de que su derecho a la intimidad se encuentra plenamente garantizado porque su información personal es directamente entregada por él; saben el porque se les esta solicitando y solamente con su autorización se puede hacer uso de ella.

En este sentido y en ejercicio del derecho de iniciativa de ley que estatuye la Constitución Política de la República, se somete a consideración del Honorable Pleno, la presente iniciativa de ley que tiene por objeto promover el derecho a la intimidad, con la finalidad de ampliar los derechos inherentes a la persona que protege nuestra carta magna, dejando la responsabilidad a cada uno de los honorables diputados que este instrumento jurídico sea susceptible de aprobación, para que nazca como ley de la República.

PROYECTO DE LEY

CONSIDERANDO

Que la Constitución de la República de Guatemala, no regula en forma expresa el denominado “Derecho a la Intimidad” que si viene normado por textos constitucionales de otros países.

CONSIDERANDO

Que el Artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos contiene que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”.

CONSIDERANDO

Que parte del contenido del referido derecho, se encuentra normado en artículos de nuestra Constitución Política, siendo los artículos 23, 24 y 44, que regulan respectivamente: inviolabilidad de la vivienda, inviolabilidad de correspondencia, documentos y libros y los derechos inherentes a la persona humana.

CONSIDERANDO

Que por lo expuesto, se hace necesario emitir una ley que regule el “derecho a la intimidad” en forma expresa y sus diferentes facetas.

POR TANTO:

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 171 literal a) de la Constitución Política de la República de Guatemala.

Decreta:

La siguiente ley:

LEY DE PROTECCIÓN A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, Y A LA PROPIA IMAGEN

CAPÍTULO I

Disposiciones Generales

Artículo 1

La presente ley tiene por objeto la protección y defensa de la intimidad personal y familiar, así como el reconocimiento de la propia imagen de las personas. Frente a las intromisiones ilegítimas.

El bien jurídico tutelado lo constituye el derecho a la intimidad personal entendida como aquella facultad que le asiste a toda persona de tener un espacio de su existencia para el recogimiento, la soledad, la quietud, evitando las interferencias de terceras personas, así como la divulgación de hechos reservados para sí, permitiendo un desarrollo libre y autónomo de su personalidad.

También se pretende proteger la intimidad familiar entendida como aquella facultad que le asiste a toda unidad familiar de tener una esfera de intimidad para su normal desenvolvimiento sin la interferencia de personas ajenas al grupo familiar.

Así también se pretende proteger la propia imagen entendida como la facultad que asiste a toda persona de exigir que su imagen no sea reproducida a través de ningún medio si él previamente no otorga su consentimiento.

Artículo 2

Las disposiciones de esta ley se aplicaran e interpretaran de conformidad con la Constitución Política de la República de Guatemala, procurando la adecuada protección del individuo, contra las injerencias arbitrarias en su intimidad personal y familiar, y ataques a su propia imagen.

Artículo 3

Es importante dejar establecido lo siguiente: si una persona es afectada en su intimidad ya sea personal/familiar, y de ataques a su propia imagen por afirmaciones inexactas o haciendo uso de un medio de comunicación social, tiene el derecho a que aquel se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional; sin embargo, ello de ningún modo elimina o cancela el hecho punible que puede haberse consumado. En otras palabras, así se rectifique la información que afecta la intimidad y la propia imagen, ello no elimina la comisión del delito perfeccionado, quedando el agraviado en la facultad de recurrir a la autoridad jurisdiccional para accionar penalmente.

Para que proceda el trámite a la violación de alguno de los derechos contenidos en esta ley, se requiere del consentimiento unánime del agraviado. Se formalizarán por escrito, observándose el derecho de defensa y asegurando la celeridad, sencillez y eficacia del trámite.

Artículo 4

1. El derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, será protegido civil y penalmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas de acuerdo con lo establecido en la presente ley.
2. El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 12 de esta ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta ley para la determinación de la responsabilidad derivada de delito.
3. El derecho a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 5 de esta ley.

Artículo 5

1. La protección civil de la intimidad personal y familiar, y de la propia imagen 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.

2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.
3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas.

Artículo 6

1. El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil y los Convenios Internacionales relacionados con los derechos del niño.
2. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo de la Procuraduría General de la Nación el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días la Procuraduría General de la Nación se opusiere, resolverá el juez.

Artículo 7

1. El ejercicio de las acciones de protección a la intimidad personal y familiar, y propia imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.
2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.
3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá a la Procuraduría General de la Nación, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de diez años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.

Artículo 8

1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.
2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

Artículo 9

1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 7 de esta ley.
2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

CAPÍTULO II

De la protección a la intimidad personal y familiar, y de la propia imagen

Artículo 10

Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 5 de esta ley:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 11 numeral 2).
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Artículo 11

1. No se reputarán, con carácter general, las intromisiones ilegítimas de actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.
2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:
 - a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
 - b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
 - c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza.

Artículo 12

1. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el órgano competente.

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados.
3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma.
4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso del artículo 7, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado 2 y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo 9 la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.
5. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas.

CAPÍTULO III

Procedimiento

Artículo 13

Cuando una persona se considere ofendida en su intimidad personal y familiar, y en su propia imagen, presentará por escrito su denuncia, ante el Juez de Primera Instancia Penal su domicilio. Debiendo contener los requisitos establecidos en el artículo 61 del Decreto Ley 107.

Artículo 14

El Juez señalará día y hora para que las partes comparezcan, previniéndolas de presentar sus pruebas en audiencia, bajo apercibimiento de continuar el mismo en rebeldía de la parte que no compareciere. Debiendo mediar entre el emplazamiento y la audiencia por lo menos tres días, término que podrá ampliarse por razón de la distancia.

Artículo 15

En la audiencia el demandante y el demandado, en su orden, podrán alegar de palabra o por escrito, por sí o por medio de sus abogados, cuando concurren a su denuncia o a su defensa. Concluida esta, el demandante sólo podrá tomar la palabra para aclarar o rectificar algún concepto y el demandado para replicar, concretándose a la aclaración o rectificación.

Artículo 16

Si el demandado se allanare a la demanda o confesare los hechos expuestos en la demanda, el Juez dictará sentencia dentro del tercer día. Cuando el demandado no comparezca a la audiencia, sin causa justificada, el juez fallará, siempre que se hubieren recibido la prueba ofrecida por el demandante. Dentro de los cinco días a partir de la audiencia el Juez dictará sentencia.

Artículo 17

Durante la substanciación del procedimiento pueden plantearse los recursos establecidos en el Decreto Ley 107.

Artículo 18

El que viole los derechos establecidos en esta ley, ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos y otros medios, será reprimido con pena privativa de libertad y multa. La pena será no menor de dos meses ni mayor de tres años y de treinta a ciento veinte días, el monto de la multa lo determinará el juez, tomando en cuenta los derechos

lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y del demandante, así las demás circunstancias del caso.

Cuando el daño moral haya afectado al agraviado en su reputación el Juez ordenará a petición de esta y con cargo al responsable la publicación de un extracto de la sentencia que refleje adecuadamente la naturaleza y alcance de la misma, a través de los medios informativos que considere convenientes.

Artículo 19

La sentencia dictada por el Juez será apelable, el término para interponerla es de tres días y deberá hacerse por escrito, se aplicará el procedimiento señalado en el Decreto Ley 107 para su desarrollo.

CAPÍTULO IV

Disposiciones Derogatorias

Artículo 20

Quedan derogadas todas las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en la presente Ley Ordinaria.

Artículo 21

El presente decreto entrará en vigor sesenta días después de su publicación en el Diario de Centroamérica.

Guatemala, xxx de xxx de 2006.

Nota: Este proyecto de Ley fue diseñado, en base a diversas leyes vigentes en otros países, que fueron consultadas y a la legislación vigente guatemalteca.

BIBLIOGRAFÍA

ARISTÓTELES. **La política**, traducción de Julián Marías y Maria Araujo; Madrid, 1989, Libro II.

Bases de datos políticos de las ameritas. **Privacidad familiar y personal. El estudio constitucional comparativo**, centro de estudios latinoamericanos, escuela de servicio exterior, Universidad de Georgetown, (2006) en: <http://pdba.georgetown.edu/Comp/Derechos/privacidad.html>

BENEYTO PÉREZ, Juan. **Los orígenes de la ciencia política en España**; Madrid: Ed. Doncel, 1975.

BERLIN, Isaiah, **Dos conceptos de libertad**. Madrid: Ed. Alianza, 1988.

BERNARDO de QUIRÓS, Constancio. **Inviolabilidad de domicilio**. Enciclopedia jurídica española, T. XIX, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910.

CADALSO VÁSQUEZ, José, **Cartas Marruecas**, en Cartas Marruecas, Noches lúgubres, Ed. Cátedras, Madrid, 1980, carta IV.

CABANELLAS, Guillermo, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., 1981.

COMBES, Gustavo. **La doctrina política de San Agustín**. Paris, 1927.

CONSTANT, Benjamín. **De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos**, escritos políticos. Estudio preliminar, traducción y notas de Ma. Luisa Sánchez Mejía; Madrid, 1989.

COPREDEH. **Instrumentos internacionales de derechos humanos** de los cuales el Estado de Guatemala es parte, 1998.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD. Guatemala, expediente número 1304-96.

DE COSTER, S. **Sociología de la educación**. Guadarama, Madrid, 1975.

Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales. Oficina de cooperación jurídica, www.aos-org/juridico/spanish/ag-res98/res1591.htm

DUBY, George. **Poder privado, poder público: partir de las palabras**, revista de Occidente, no.83.

ESTEBÁNEZ ÁLVAREZ, José. **Los sistemas urbanos**. Madrid: Ed. Geografía General, Vol. 2, Taurus, 1987.

- FREUND, Julián. **La esencia de la política**, Sirey; Paris, 1981.
- GARCÍA GALLO, Alfonso. **Manual de historia del derecho español**. Madrid: Ed. 9ª, revisada, 1983.
- GONZÁLEZ GAITANO, Norberto. **El deber de respeto de la intimidad en la Información periodística**, en: Agejas, José Miguel: "Ética de la comunicación"; Barcelona: Ed. Ariel, 2002.
- GONZÁLEZ TREJIVANO, P. J. **La inviolabilidad del domicilio**, Tecnos, Madrid, 1992.
- Grupo Editorial Océano. **Diccionario de sinónimos y antónimos**. Barcelona España: Editorial Océano.
- HANS F., Günther. **Pueblo y Estado, herencia y selección**, trad. de Eugenio Sturm; Buenos Aires: Ed. Living, (1ª. Ed. 1933).
- HOBBS, Thomas. **Leviatán, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil**, Sarpe; Madrid 1983.
- KRABBE, Hugo. **La idea moderna de intimidad**. Paris, 1927, Vol. III.
- LIMA TORRADO, J. **Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos**, Madrid, centro de estudios constitucionales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- LLEDÓ IÑIGO, Emilio. **El ánfora y el ordenador**, el país 20-XII, 1987.
- LÓPEZ IBOR, Juan José. **El descubrimiento de la intimidad y otros ensayos**, Aguilar; Madrid: 3ª. Ed., 1958.
- LORD Radcliffe of Werneth. **El problema del poder**, Collins; London, 1958.
- LOWENSTEIN, Karl. **Roma y la teoría general del Estado**, traducción de Inés de Melgar y Alfredo Gallego Anabitarte, en revista de estudios políticos no. 174 (noviembre-diciembre de 1970).
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. **La Protección de los datos personales ante el uso de la informática**. Granada, 1989-90.
- LUKES, J. **El individualismo**. Península, Barcelona, 1975.
- LUTERO, Martín. **Sobre las buenas obras**, traducido en Inglaterra de W.A. Lambert; Werke. 1959.

MACIVER, Robert M. **El estado moderno**, Oxford University Press, London, 1946.

MONTESQUIEU. **Del espíritu de las leyes**, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega; Barcelona: Ed. Orbis, 1984.

Naciones Unidas. www.un.org/spanish/aboutun/hrights.htm

Oficina de Derecho Internacional, organización de los Estados Americanos, Washington, D.C. www.oas-org/juridico/spanish/tratados/b-32.html

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Ginebra, Suiza. www.unhchr.ch/apanish/htm/munu3/b/a_ccpr_sp.htm y www.onchr.org/spanish/law/crc.htm

ORTEGA y GASSET, José. **Socialización del hombre**, en el espectador, T. VII y VIII, Espasa Calpe; Madrid, 1966.

ORTEGA y GASSET, José. **Vitalidad, alma, espíritu**, en el espectador, T. V y VI, Espasa Calpe; Madrid, 1968.

PELLEGRINI GRINOVER, A. **Libertades públicas y proceso penal. Las interceptaciones telefónicas**, Saraiva; Sao Paulo, 1976.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos humanos en la sociedad Tecnológica**, centro de estudios constitucionales; Madrid, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La intimidad en la sociedad informatizada en derechos humanos, Estado de derecho y constitución**, Tecnos; Madrid: 2ª ed. 1986.

PUY MUÑOZ, F. **Derecho a la propia imagen**, nueva enciclopedia jurídica Seix, Seix editor; Barcelona.

RAMÍREZ -GRONDA, Juan D. **Diccionario jurídico**. Buenos Aires; Ed. Claridad, 1966.

Real Academia Española. **Diccionario de la lengua española**. Madrid, España: Editorial Espasa-Calpe, S.A., 1992.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **El contrato social**. Hachette Pluriel ; París, 1982.

SABINE, George H. **Historia de la teoría política**, trad. de Vicente Herrero, Madrid, España; Ed. F.C.E., 1987.

SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio. **La edad media española y la empresa de América**; Madrid: Ed. Cultural Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, 1983.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la constitución**, trad. de Francisco Ayala; Madrid: Ed. Alianza, 1982.

TOCQUEVILLE, Alexis. **La democracia en América**, Sarpe; Madrid, 1984.

TOYNBEE, Arnold Joseph. **Estudio de la historia**, compendio de D.C. Somerwell, trad. de L.A.Bixi, 3 Vols.; Barcelona: Ed. Planeta-Agostini, 1984.

TRUYOL SERRA, Antonio y Villanueva Echevarria, Ramón. **Derecho a la intimidad e informática**, 1975.

WARREN, Samuel D. y Brandeis, Louis D. **Los derechos a la privacidad**, Harvard Law Review, Vol. IV, no. 5, 15-XII-1890.

WESTIN, Alan F. **Privacidad y libertad**, nueva Cork. Ed. Atheneum, 1970.

Legislación:

Constitución Política de la República. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal de Guatemala. Congreso de la República, Decreto número 17-73, 1973.

Código Procesal Civil y Mercantil. Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de de la República de Guatemala, Decreto Ley número 107, 1964.

Código Procesal Penal. Congreso de la República, Decreto número 51-92, 1992.

Ley de emisión del pensamiento. Asamblea Nacional Constituyente de la República de Guatemala, Decreto número 9,

Ley de protección integral de la niñez y de la adolescencia. Congreso de la República. Decreto número 27-2003, 2003.