

# La tutela civil del Derecho a la intimidad

(Comentarios a la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen)

Por LUIS ROJO AJURIA  
Profesor de Derecho civil  
(Universidad de Deusto)

## I. INTRODUCCION

El tema que se aborda en este artículo ha recibido una creciente atención por parte de la doctrina durante los últimos años. Sin embargo, tras la lectura de muchas de estas aportaciones, me venía a la mente el título de una de las primeras películas de Alexander Kluge: «Artistas bajo la carpa del circo: perplejos». La perplejidad del civilista ante una materia que, al menos en apariencia, se resiste a ser moldeada con sus instrumentos dogmáticos tradicionales. Pero las apariencias pueden ser engañosas, y la huida hacia adelante peligrosa. Sería oportuno recordar la conclusión a la que llega la protagonista de la mencionada película: «Con grandes pasos sólo consigue uno ponerse en ridículo». La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 invita a una reflexión al respecto.

Hay otros caminos, quizás más arduos pero siempre más fructíferos a la postre, como el señalado por el maestro Roubier (1): «Una ciencia es un lenguaje bien hecho, y se debe reconocer muy humildemente que a los términos de los que se sirven constantemente los juristas les falta nitidez; las palabras: derecho, acción, poder, facultad, libertad, son constantemente utilizadas las unas por las otras...». En nuestro caso la humildad ha de llegar al extremo de plantearse los tres términos de la proposición. Es preciso contestar sucesivamente a tres preguntas: Primera, ¿cuál es, o puede ser entre varios alternativos, el significado (jurídico) de intimidad? Segunda, ¿qué supone, si es posible, el configurar tal intimidad como un derecho? Tercera, ¿en qué puede consistir la tutela civil (del derecho) a la intimidad?

Por supuesto que no es nada fácil el cerrar tales interrogantes,

---

(1) ROUBIER, Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, Paris, 1963, p. 11.

ni lo permite el carácter y las dimensiones de este artículo. Así pues habremos de conformarnos en esta primera aproximación al tema con unas sugerencias fragmentarias, y como tales habrán de ser valoradas.

## II. LA INTIMIDAD

«El dilema existencial del derecho a la intimidad ha dominado la escena hasta hace muy pocos años; y el empeño puesto en el afrontar la elegante cuestión dogmática ha acabado por relegar a la penumbra los aspectos de contenido». Tales afirmaciones de Pardolesi (2) nos colocan ante una sorprendente paradoja: en el tema en estudio se ha pretendido resolver antes el problema del fundamento, y de los medios de tutela, que el de la delimitación del objeto de la tutela.

Sin embargo, parece evidente que, en palabras de Cataudella (3), «si se quiere dar fisonomía concreta a la tutela de la vida privada, no se puede renunciar a determinar la esfera privada, que marca el ámbito de dicha tutela». No se puede renunciar porque es el *quid iuris*. Una cosa es que como dice Giorgianni (4): «El bien de la intimidad se levanta a la posición de derecho subjetivo... la calificación de ilícita pues debe atribuirse a cualquier violación de la vida privada, por ejemplo a través de la captación o la divulgación de noticias...». Pero el mismo autor añade a continuación: «una vez se haya afirmado que éstas pertenecen a la esfera exclusiva del sujeto» (5).

En mi opinión, la primera exigencia de la tutela civil del derecho a la intimidad es, precisamente, la tipificación de la intimidad. Por el contrario es bastante frecuente la elusión de este problema por parte de los civilistas. Así entre las recientes aportaciones españolas sobre el tema se nos remite a la libertad (6) o al hombre objetivado (7). Más revelador es el enfoque dado en la obra de Fariñas de la que cabe destacar la relación entre dos conclusiones (8):

«16.ª b) Derecho subjetivo a la intimidad es la facultad del hombre, esgrimible erga omnes, consistente en poder graduar el

(2) PARDOLESI, Roberto, *Privacy e identità personale nell'analisi economica del diritto*, p. 169.

(3) CATAUDELLA, Antonio, *La tutela civile della vita privata*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 83.

(4) GIORGIANNI, Michele, *La tutela della riservatezza*, en *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, Il Mulino 1971, p. 149.

(5) El subrayado es mío.

(6) VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-82*, Madrid, Montecorvo, 1984 passim.

(7) CLAVERIA GOSÁLBEZ, Luis-Humberto, *Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1-1982, de 5 de mayo*, en «Anuario de Derecho civil», octubre-diciembre 1983, p. 1258.

(8) FARIÑAS MANTONI, Luis M.ª, *El derecho a la intimidad*, Madrid, Trivium, 1983, p. 357.

"eje mismidad-alteridad" que la intimidad es, y que radica en la misma naturaleza esencial del hombre, anterior a la sociedad y al Estado...».

«15.<sup>a</sup> Dada la complejidad que la intimidad entraña, al hablar de derecho a la intimidad es preferible, más que intentar una definición, hacer una enumeración de contenidos posibles, que necesariamente variará con el espacio y con el tiempo...»

Tales planteamientos nos muestran una gran potencialidad comparando la intimidad con la propiedad (y no sería ocioso recordar que en sus orígenes, Warren-Brandeis, iban unidas). Hagamos la comparación en los términos más favorables posibles: siguiendo la posición de Kelsen para quien el derecho de propiedad no es más que el correlato de una obligación pasiva de todos los demás de no interferir con el uso, goce, etc., de una cosa (9).

Creo a su vez que se puede aceptar la posición de Kayser (10) según la cual el respeto a la vida privada, dentro de las clasificaciones tradicionales, se correspondería a una obligación de no hacer. Así propiedad e intimidad podrían compararse en términos de obligación pasiva de todos los demás de no hacer... Sin embargo existe una gran diferencia. Kayser para superar dificultades teóricas, propone la sustitución de la fórmula derecho subjetivo por la de *poder que tiene un contenido determinado* (11). No es en la configuración del poder, sino en la determinación del contenido, donde propiedad e intimidad cumplen funciones bien distintas.

La propiedad en el enfoque de los realistas escandinavos, en especial Alf Ross y Karl Olivercrona, se presenta como una *palabra «hueca»* que no denota hecho alguno y que, sin embargo, tiene una importante función técnica dada su poder de síntesis. Así la función técnica del término «propiedad» consiste en *reemplazar la mención de una conjunción de consecuencias jurídicas en frases que indican un hecho condicionante* (12) y en reemplazar la mención de una disyunción de hechos condicionantes en oraciones que señalan una cierta consecuencia. Es decir, que, si bien mediante el uso del término «propiedad» se obtiene una gran economía de palabras, la mención de la calidad de propietario no deja de ser superflua, ya que en cualquier derecho positivo moderno se determina la conjunción de consecuencias jurídicas (derivadas de tal hecho condicionante).

Muy por el contrario el término «intimidad» difícilmente puede reemplazar a unas consecuencias jurídicas indeterminadas. A la inversa no nos encontramos ante una palabra «hueca», sino ante una *palabra «caballo de Troya»* a través de la cual las libertades

---

(9) A efectos de la comparación planteada y de todos los autores que en ella se citan, me remito a NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Barcelona, Ariel, 1983, pp. 195 a 216.

(10) KAYSER, Pierre, *Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques*, en Rev. trim. dr. civ., 1971, pp. 445-509.

(11) El subrayado es mío.

(12) El subrayado es mío.

fundamentales pueden ser degradadas a intereses cuyo ejercicio es condicionado (por lo que la Corte reputa ser conforme al demasiado vago parámetro de razonabilidad) (13). Es decir, que la mención del término «intimidad» nunca va a ser superflua, en el sentido anteriormente indicado, porque precisamente a través de su utilización, cual «caballo de Troya», se pretenden introducir en el ordenamiento jurídico determinadas consecuencias no establecidas previamente. Esto se puede ver claramente en la evolución de la jurisprudencia constitucional americana resumida por Balasarre (14). Se expresa en la emancipación progresiva del derecho de *privacy* de su originaria connotación de *privacy-property* a la actual de *privacy-dignity*, mediante la superación de los esquemas privatistas.

«En tal proceso se pueden distinguir tres fases. La primera, hasta el *New Deal*, corresponde al conocido fenómeno del uso del derecho de *privacy* como forma de tutela jurídica de los intereses de los propietarios... La segunda fase (1937-1954) introduce afirmaciones de principios antitéticos respecto a la *privacy-property* y valores, como el de la tranquilidad espiritual, que no habían disfrutado nunca en el pasado de una autónoma tutela jurídico-constitucional... Por fin, una tercera fase, que se inicia en la segunda mitad de los años cincuenta, la cual se caracteriza por el predominio de los principios propios del liberalismo humanitario o del humanismo idealista».

La emancipación del concepto de *privacy* del de propiedad privada ha supuesto a su vez que el contenido del «derecho de *privacy*» se extienda hasta el punto de cubrir casi el área entera de los derechos de libertad (16).

Surge así la vida privada como ideología, idea derivada de la libertad, y como utopía, que han de partir de una más amplia premisa lógica: una concepción del individuo abstracto, desarraigado de la sociedad y del sistema institucional en el que vive (17). Desde este punto de vista se tiende a definir *privacy* como el conjunto de los derechos, intereses y datos pertenecientes al individuo considerado en sí; lo cual presupone que la definición *privacy* se realiza dentro del esquema que contrapone el individuo a la comunidad estatal.

La intimidad adquiere una gran relevancia para definir el sistema de relaciones sociales y políticas, siendo preciso destacar que pretende definir el todo sobre la base de la parte, es decir, el individuo (18). No es este el lugar apropiado para hacer una valoración de los contenidos ideológicos que ha asumido la cuestión de

---

(13) BALDASARRE, Antonio, *Privacy e costituzione (L'esperienza statunitense)*, Roma, Bulzoni, 1974, p. 474.

(14) *Id. Op. cit.*, pp. 457 a 461.

(16) *Id. Op. cit.*, pp. 458 a 460. El autor señala que se ha hablado de *privacy* política, *privacy* de la esfera íntima, *privacy* personal.

(17) *Id. Op. cit.*, p. 464. En este sentido son paradigmáticas las posiciones de los mencionados VIDAL MARTÍNEZ y FARIÑAS MANTONI.

la «intimidad». Baste asumir, para la argumentación que se sigue, que el resultado de tales planteamientos, como dice Baldasarre, nos lleva a no poder definir en algún modo la línea de división entre lo público y lo privado, y, por lo tanto, a formular una noción de *privacy* siempre arbitraria e ininteligible. En definitiva, el significado de «intimidad» se nos presenta como lógica, política y culturalmente ambiguo; como «ideología, como utopía y como valor positivo» (19).

Sería absurdo ignorar las raíces a través de las que se alimenta la poderosa carga de ambigüedad de la intimidad, lo que posibilita su función de «caballo de Troya» en el ordenamiento jurídico. Pero tampoco se puede ignorar que el Derecho (el legislador) podría dar un contenido concreto, en un determinado ordenamiento jurídico, a la intimidad (entre otros posibles). Es decir, una cosa es el problema que se plantea y otra la solución que adoptemos. Me parece en este sentido que tal como afirma Wacks (20) la generalización antes aludida de la *privacy* tiene una limitada utilidad para la técnica jurídica. Pero nos encontramos en un terreno en el que la técnica jurídica es deudora de opciones de política legislativa, y éstas de opciones políticas *tout court*.

Se puede estar de acuerdo con Wacks en que cualquiera de las propuestas del Younger Committee inglés para abordar el problema, el ajuste a las formas de acción existentes, la configuración de un derecho general de *privacy*, o la declaración de un derecho constitucional de *privacy* sin especificar su contenido preciso, son insatisfactorias. Y se puede considerar poco satisfactoria toda solución que no conteste a las dos preguntas formuladas por Wacks (21):

1) ¿Existe alguna utilidad en emplear «privacy» para describir el interés que se busca proteger legalmente o que ya recibe protección (suficiente o no) en otro contexto?

2) Si así es, ¿cuáles son las características de la «privacy» y las circunstancias que constituyen su invasión?

No se trata, en mi opinión, de preguntas sin respuesta posible. La tipificación en base a criterios objetivos es una labor que se puede realizar, tal como lo hace Cataudella (22). El autor se basa en diversos parámetros objetivos para delimitar el ámbito de la intimidad: domicilio, correspondencia, difusión de noticias privadas, revelación de noticias secretas, formas de conocimiento (contra la voluntad del interesado, por necesidad o voluntariamente), acontecimientos que se desarrollan en público (interés a la reserva y a la información), tutela de la imagen. Tal planteamiento

---

(18) *Id.*, *Op. cit.*, pp. 465 a 467.

(19) *Id.*, *Op. cit.*, p. 461.

(20) WACKS, Raymond, *The Protection of Privacy*, London, Sweet & Maxwell, 1980.

(21) *Id.*, *Op. cit.*, p. 21.

(22) CATAUDELLA, *Op. cit.*, pp. 83 a 113.

me parece irreprochable desde la perspectiva de la técnica jurídica, pero así la quimera de la intimidad queda reducida a muy poco en su relevancia jurídica. Por ello me parece preferible la posición similar, pero de perspectiva más amplia, de Wacks (23): el desarrollo sectorial de específicas medidas legislativas, porque cada problema requiere su propio análisis legal. Es decir, dentro de la creciente generalización de la *privacy* es necesario hacer distinciones.

En primer lugar cabría diferenciar a la intimidad de otras cuestiones diversas, que sin embargo suelen englobarse en aquélla (otras libertades específicas, difamación, propiedad...), entre las que destaca el secreto y la confidencialidad (comercial) (24). La existencia de unas «funciones sociales del secreto» como pueden ser la medicina, asistencia social, las fuentes de información de los periodistas y de la policía... (25) requiere un tratamiento diferenciado por el Derecho. Secreto e intimidad son cuestiones diferentes, y así lo patentiza, por ejemplo el proyecto de ley orgánica sobre secreto profesional y cláusula de conciencia de los periodistas promovido por la Federación de Asociaciones de Prensa de España.

Ya dentro del campo de la intimidad, siguiendo la sistemática de Wacks, podríamos distinguir distintos problemas específicos. Bajo el epígrafe *intrusión* se incluyen: 1) Vigilancia ilegal por medios subrepticios. 2) Interferencias telefónicas. 3) Interferencias de la correspondencia. 4) Investigaciones y otras intrusiones físicas (p. e. toma de huellas dactilares). 5) Detectives privados. 6) Exclusión de pruebas obtenidas impropriamente. 7) La prensa. 8) Llamadas y correo no solicitado. Bajo el epígrafe *publicidad* se trata de la revelación pública de hechos privados sobre un individuo, tema relacionado básicamente con la libertad de prensa y de creación artística, pero que también tiene otras aplicaciones como la publicación de antecedentes penales (Rehabilitation of Offenders Act 1974) y de diligencias judiciales en ciertos casos. Wacks dedica atención específica al problema planteado por la *informática* y en último lugar bajo el epígrafe *identidad* trata de los problemas planteados por la apropiación de ésta y la «false light» (similar a la difamación).

La propuesta de Wacks, que comparto globalmente, consiste en abordar cada uno de los sectores y problemas planteados mediante específicas medidas legislativas. Sin embargo en el ordenamiento jurídico español es preciso partir desde 1978 de la proclamación constitucional de un derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 1.), derecho sin un contenido

(23) WACKS, *Op. cit.*, passim.

(24) En este sentido resulta paradigmática BATTLE SALES, Georgina, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, Marfil, 1972, que incluye en su obra todo tipo de secreto.

(25) Cito los sectores analizados por el interesante estudio a cargo de COUETOUX, DI RUZZA, DUMOULIN, GLEIZAL, *La Justice face aux fonctions sociales du secret*, París, La documentation française, 1981.

preciso. Esto es importante porque toda ley de rango inferior se considerará como efecto de una causa (el art. 18 1. de la Constitución). Así la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 dice: «El desarrollo mediante la correspondiente Ley Orgánica... del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado art. 18 1. de la misma constituye la finalidad de la presente ley «El *quid iuris* entonces va a estar en analizar en qué sentido se desarrolla el artículo 18 1., y, en este apartado concreto, en el estudio de la potencial tipificación de la intimidad.

El punto de partida ya es de por sí no muy alentador. La yuxtaposición de intimidad, honor y propia imagen no ayuda a la labor de tipificación, aunque tampoco creo que obligue irremisiblemente a hablar de la existencia de un único derecho tricéfalo como asume Vidal Martínez (26). La exposición de Motivos indica: «De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas... La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los artículos 7.º y 8.º de la ley». Sin embargo, tras la lectura de los mencionados artículos no se puede compartir el optimismo del creador respecto a su obra.

El artículo 7, sin pretensiones de agotar su exégesis, plantea en los apartados 1 y 2 supuestos de vigilancia ilegal respecto a la «vida íntima» de las personas. El apartado 3 nos habla de 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... de «carácter íntimo». El apartado 4 se refiere a la revelación de «datos privados». El apartado 5 sorprendentemente nos dice «en lugares o momentos de la vida privada... o fuera de ellos», es decir, ¿en cualquier momento o lugar? Y, aunque no se refiera a la intimidad, el apartado 7 es la culminación del espejismo cuando «define» como intromisión ilegítima: «La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando (la difame) o la haga desmerecer en la consideración ajena». ¿Es pues ilícita la divulgación de un hecho o expresión ciertos que simplemente hacen desmerecer a alguien en la consideración ajena? Sólo cabe la reducción al absurdo.

La exégesis del artículo 7 no resuelve, en mi opinión, el problema planteado y, mucho menos, la interpretación sistemática de los artículos 7 y 8. Sólo nos queda el recurso al artículo 2, pero como dice Clavería (27): «De ello se infiere que la redacción del número 1 del artículo 2 es muy desafortunada, constituyendo un claro ejemplo de cómo no debe elaborarse un texto legal... interpretado literalmente, conduce a la anulación de la protección que

---

(26) VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, passim.

(27) CLAVERÍA, *Op. cit.*, pp. 1250 y 1251.

la Ley pretende conferir y a la ruptura con principios que esa misma Ley reputa definitorios de estos derechos». La lectura del artículo 2 plantea serios problemas que conducen ya sea a una posible inconstitucionalidad, ya sea, en cualquier caso, a una desconstitucionalización de la materia.

Art. 2.º 1. La protección civil del honor, de la intimidad 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 hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso...

Como se indica en la propia Exposición de Motivos el desarrollo del artículo 18. 1, a tenor del artículo 81. 1, ha de hacerse mediante Ley Orgánica. ¿Qué sucede si esta Ley Orgánica se limita a remitirnos a las leyes? Pero en mi opinión el problema adquiere sus dimensiones más reales, no en la elusión del artículo 81, sino en la del artículo 53 1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...». ¿Cómo pueden las leyes respetar el *contenido esencial* si lo están a su vez conformando? A fortiori, ¿qué decir de la remisión a los usos sociales y a los propios actos? El problema se multiplica, y nos muestra una vertiente especialmente peligrosa, cuando tal *contenido esencial* del artículo 18. 1. se establece como límite de otros derechos en el artículo 20 4. y 105 b) (recordemos el «caballo de Troya» mediante el que se degrada el ejercicio de ciertas libertades fundamentales).

No creo por lo tanto que, a pesar de los pesares, el derecho a la intimidad haya quedado tipificado como opina Clavería. Es obvio que el derecho a la intimidad está consagrado en el artículo 18 1.; pero también me parece obvio que desconocemos su *contenido esencial*. El *quid iuris* de esta paradoja vuelve a reflejarse en una de las conclusiones de Fariñas (28):

«9.ª La función jurisdiccional, función estatal, es esencial para la debida protección de la intimidad: un juez imparcial para delimitar interés público-esfera privada, teniendo en cuenta los principios generales, las normas específicas y las condiciones de cada caso concreto y de cada cultura específica, ejerciendo un poder discrecional».

Otorgar a un juez (imparcial) el poder (discrecional) de delimitar interés público-esfera privada, no es un simple planteamiento doctrinal. Veamos las conclusiones del quinto congreso de la

---

(28) FARIÑAS, *Op. cit.*, p. 356.

Unión Internacional de Magistrados (29): 1) «el legislador no formule ninguna definición de *privacy*»; 2) «la importancia de la intervención de un imparcial juez objetivo, en la delicada materia de protección de la vida privada y familiar, y su papel decisivo en la concreta definición de las áreas del público interés y la esfera privada... así se establecerá un nuevo derecho consuetudinario en el más amplio sentido de la frase... definiendo en sus decisiones una escala de valores que permitirá el establecimiento de un obligatorio código de conducta...». Queda aquí formulado explícitamente el presupuesto inconcesado de muchos posicionamientos que, en mi opinión, no se puede compartir.

En primer lugar porque no creo que los artículos 117 y ss. de nuestra Constitución atribuyan al poder judicial ese poder legislativo encubierto para establecer «derecho consuetudinario» y «obligatorios códigos de conducta». En segundo lugar porque la delimitación de lo público y lo privado, como ya hemos visto, es ni más ni menos que el problema político de definir el sistema de relaciones sociales y políticas, y, en tal caso, si bien se puede aceptar la figura del juez jurídicamente objetivo e imparcial, es absurdo hablar de un juez políticamente objetivo. Y digo absurdo porque en el marco de una política democrática el problema no se plantea en términos de objetividad, sino de elecciones entre diversos partidos políticos que representan distintas opciones sociales e ideológicas. La correlación de fuerzas en el poder legislativo es fruto de los resultados electorales, pero ¿qué determina tal correlación en el poder judicial? Por otro lado reconducir el problema a la vía judicial, en detrimento de otras, nos coloca ante el debatido problema de su funcionamiento, y de su adecuación a los fines propuestos. En último término quisiera destacar que apelar a la justicia sustantiva siempre es lícito, pero tampoco debemos olvidar como ya destacó Max Weber (30) que la calculabilidad legal (predecibilidad de la decisión, es decir, la seguridad jurídica) ayuda también a garantizar la libertad individual. Cuando el «formalismo jurídico» adquiere connotaciones peyorativas convendría recordar que: «permite al sistema legal operar como una máquina técnicamente racional; de esta forma, garantiza a los individuos y grupos en el sistema un máximo relativo de libertad, y aumenta en gran cantidad para ellos la posibilidad de predecir las consecuencias legales de sus acciones».

Aplazando para las conclusiones finales las reflexiones acerca de la concepción implícita del derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, en cuanto desarrollo del artículo 18 1., se pueden ya establecer unas *conclusiones parciales*:

El problema de la tipificación *real* de la intimidad, es decir, de

---

(29) Unione Internazionale dei magistrati, *Il giudice e il rispetto del diritto alla riservatezza*, Atti del quinto congresso internazionale, Firenze 4-6 ottobre 1974, Milano, Giuffrè, 1978, pp. 175-177.

(30) V. KRONMAN, Anthony T., *Max Weber, Jurists: Profiles in Legal Theory* London, Edward Arnold, 1983, pp. 72 a 95.

la determinación de *contenido esencial* del derecho a la intimidad no es tanto una cuestión técnico-jurídica como una opción político-ideológica. La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 se inhibe ante tal problema, pero tal inhibición no carece de consecuencias. En primer lugar la no tipificación real posibilita la configuración de la intimidad como «palabra caballo de Troya» en el marco de los derechos y libertades fundamentales, sobre todo en relación con los artículos 20 4. y 105-b) de la Constitución. La determinación del contenido se desplaza del legislativo al poder judicial, y en última instancia al Tribunal Constitucional (como cuando resolvió el recurso planteado por la Sentencia del 18 de junio de 1983 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que declaraba inconstitucionales ciertos artículos de la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, en sentido contrario, es decir, considerando el Tribunal Constitucional que el derecho a la intimidad no impide a Hacienda investigar las cuentas bancarias de los contribuyentes; o en la más reciente Sentencia de 29 de noviembre de 1984 sobre pruebas ilícitamente obtenidas). No es sólo la determinación del contenido, sino que el control y el ejercicio del derecho a la intimidad se conciben desde una perspectiva litigiosa o judicial, en detrimento de otras vías establecidas por el poder legislativo, como la administrativa u organismo independientes, tema sobre el que volveremos en las conclusiones finales.

### III. EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Siguiendo de nuevo el magisterio de Roubier (31) es preciso analizar las consecuencias de la configuración de un «derecho a la intimidad». Para Roubier las diferencias entre el derecho subjetivo y las situaciones objetivas, en el plano de la organización jurídica, radican esencialmente en la imposibilidad de renuncia y transmisión de las segundas. Así para Roubier los derechos de la personalidad no son derechos subjetivos porque, en la concepción tradicional, tales prerrogativas son inalienables e imprescriptibles. No es mi intención introducirme en la ardua polémica que tantas líneas ha ocupado a la doctrina, sencillamente porque me parece que la realidad marcha en otra dirección como señala Kayser (32): «la experiencia francesa registra fenómenos de unión entre la persona y el patrimonio que no se pueden disimular con el énfasis sobre las fórmulas tradicionales... se insinúan elementos de valoración patrimonial en una vasta zona de los derechos de la personalidad...».

El Derecho Civil se convierte así en el moderno rey Midas:

---

(31) ROUBIER, Paul, *Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs*, en *Archives de Philosophie du droit*, 1964, pp. 85 a 92.

(32) KAYSER, *Op. cit.*

convierte en dinero todo aquello que toca. Pero, ¿realmente se trata de una condena fatal e ineludible? No lo creo así, y para mi argumentación me apoyaré en unas categorías de Calabresi (33): *property rules*, *liability rules*, *inalienable entitlements*.

1) «Un *entitlement* está protegido por una *property rule* cuando alguien que desea adquirirlo de su titular debe comprarlo de éste en una transacción voluntaria en la que el valor del *entitlement* se acuerda con el vendedor... *Property rules* implican una decisión colectiva respecto a quién se atribuye un *entitlement* inicial pero no respecto al valor del *entitlement*. 2) «Un *entitlement* está protegido por una *liability rule* cuando su transmisión o destrucción está permitida sobre la base de un valor determinado por algún órgano del Estado más que por las mismas partes». 3) «Un *entitlement* es *inalienable* cuando su transmisión no está permitida entre un potencial comprador y un potencial vendedor. Toda monetización está, por hipótesis, fuera de lugar...».

Cuando la Ley Orgánica en su artículo 1.3. establece que «el derecho al honor, a la intimidad familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible», parece que la opción de política legislativa es clara: se trata de *inalienable entitlements*. Pero la lectura completa de la ley nos lleva a conclusiones radicalmente distintas, aunque algún autor (34) se siga aferrando a la retórica afirmación del artículo 1.3. Una ley de nueve artículos que dedica los artículos 3 al 6 y el 9 a «afinar la legitimación», es decir, a la atribución del *entitlement*; una ley que en el artículo 2 permite que el interesado con sus propios actos o con su consentimiento excluya la ilegitimidad de la intromisión.

La monetización ha dejado de ser una hipótesis fuera de lugar, porque el legislador así lo ha querido. En cualquier caso estamos en un terreno en el que, atribuidos los *entitlements*, cabe pensar en su protección a través de *liability rules* más que de *property rules*, ya que difícilmente va a ser posible una valoración de mercado. Volviendo a Max Weber (35) «un máximo grado de racionalidad formal en la acción económica puede ser obtenido solamente donde todas las utilidades económicas tienen asignado un valor monetario y esto, a su vez, presupone la existencia de un mercado universal». No parece posible el desarrollo de un mercado universal en este terreno, pero sí, y la realidad nos lo está demostrando, la configuración de un «mercado sui generis» de la intimidad, el honor, y la propia imagen, cuyo precio estará fijado en función de las decisiones judiciales.

No se puede descartar tampoco el análisis en función de *pro-*

---

(33) CALABRESI, Guido, and MELAMED, A. Douglas, *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*, en *Harvard Law Review*, pp. 1089 a 1128.

(34) V. VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, passim.

(35) V. KRONMAN, *Op. cit.*, pp. 130 a 137.

*perty rules* (36) y, sobre todo, la incidencia de una Ley como la del 5 de mayo de 1982 en la propiedad intelectual. Una reciente sentencia condenando a la revista «Interviú» al pago de cuarenta millones ignora prácticamente la existencia de un mercado estable de la fotografía (agencias...) y la orden Ministerial de 9 de enero de 1953 por la que se atribuye la propiedad intelectual al fotógrafo. En esta línea sería preciso estudiar, como hace Clavería (37), el artículo 2.3 que establece la posibilidad de una revocación en cualquier momento del consentimiento... suponemos que buscando el equilibrio de intereses entre quien presta consentimiento (vende) y quien lo recibe (compra).

Otra reciente sentencia nos plantea la posibilidad de una exacerbación de la propiedad, no ya de la propia imagen, sino de la intimidad. Se ha condenado a los autores de una película al pago de siete millones y medio por el relato de unos hechos públicos y notorios, mientras la demandante cumple condena en la cárcel a causa de tales hechos. Comparemos este caso con el planteado en *Melvin V. Reid* como consecuencia de la película «The Red Kimono» (38). La demandante había sido una prostituta, procesada por asesinato, que posteriormente cambió de vida, se casó, y había sido aceptada en un círculo social respetable, ignorante de su pasado. El Tribunal en *Melvin V. Reid* consideró que la película podía haber sido realizada sin revelar la identidad de la demandante, y condenó al demandado. La *ratio decidendi* de ambas sentencias es, en mi opinión, bien distinta: en una se protege la *privacy*; en otra se establece la propiedad sobre la *privacy* (no en vano la demandante alega que la película se realiza con ánimo de lucro).

En conclusión, si prescindimos de polémicas dogmáticas y analizamos las consecuencias prácticas, la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 opta por una patrimonialización del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen que, además de los efectos indirectos sobre otras libertades ya señalados en el apartado anterior, puede plantear serios conflictos con la regulación de la propiedad intelectual.

#### IV. LA TUTELA CIVIL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

Junto al empeño por parte de la doctrina de calificar al derecho a la intimidad como verdadero derecho subjetivo, destaca también su énfasis en salir del terreno de la responsabilidad civil ex artículo 1.902 (39). Volvemos a encontrarnos ante un espejismo

---

(36) Un análisis interesante, dentro de la más estricta ortodoxia marxista, es el realizado por EDELMAN, Bernard, *Le droit saisi par la photographie*. Existe traducción al castellano de Roque Carrión Wam, *La práctica ideológica del Derecho*, Madrid, Tecnos, 1980.

(37) CLAVERÍA, *Op. cit.*, pp. 1252 a 1255.

(38) WACKS, *Op. cit.*, pp. 78-79.

(39) En este sentido resulta paradigmática la posición de VIDAL MARTÍNEZ, *Op. cit.*, quien se refiere a los estrechos cauces del art. 1902.

fruto de una confusión. La diferencia entre un derecho subjetivo y las situaciones objetivas, según Roubier (40), en el plano contencioso se refieren, entre otras, a que en el segundo caso es necesario la prueba de: a) la falta del demandado; b) el perjuicio sufrido por el demandante; c) la relación de causalidad entre la falta y el perjuicio. Así se ha llegado a afirmar que, siendo el derecho a la intimidad un derecho subjetivo, ya no es necesario demostrar ni el perjuicio, ni la causalidad, ¿ni siquiera el ilícito? En realidad se están confundiendo reglas propietarias y reglas sobre el resarcimiento del daño, que pueden aplicarse simultáneamente como indica Di Majo en una obra fundamental para aclarar los términos de la cuestión (41). No es este el lugar apropiado para profundizar en el tema, por ello baste indicar que si se me reconoce el derecho de propiedad sobre el objeto X tendré a mi disposición las normas del ordenamiento jurídico que protegen el derecho de propiedad, pero que si el objeto X sufre unos daños habrá que acudir a las reglas sobre reparación de daños (a lo que cabría añadir las reglas de la tutela posesoria).

El problema es entonces otro, el de la selección de los daños resarcibles en un ordenamiento, porque como bien señala De Cupis (42): «Determinar bajo qué condiciones el daño produce efectos jurídicos, es indudablemente una de las más graves tareas del legislador. Lo que no ofrece duda, es que en ningún tiempo y en ningún país, el derecho ha sentido la necesidad de reaccionar ante cualquier daño». Entonces el *quid iuris* radica en la relación entre daño antijurídico y derecho subjetivo, o, como han señalado Alpa y Bessone en la «atipicidad (o tipicidad) del ilícito» (43). En un sistema de ilícitos típicos sólo el daño provocado por la violación de un derecho subjetivo podrá calificarse como antijurídico. Sin embargo, cuando el ilícito es atípico como en el sistema español tal problema no se plantea como un fuerte obstáculo.

Si como indican Alpa y Bessone la tendencia histórica ha sido la de una progresiva ampliación del área del daño resarcible, en el ámbito que estamos analizando, ¿dónde se han planteado las verdaderas dificultades? La Jurisprudencia española, tal como resume García Serrano (44), encontraba el obstáculo no tanto en el derecho subjetivo vulnerado como en la posibilidad de reparación de los daños no patrimoniales.

El problema de la extensión del daño resarcible se plantea entonces desde otra perspectiva, la de los daños morales. Nuestra Jurisprudencia va admitiendo progresivamente la indemnización del daño moral. Se nos dice que en este caso la función del dinero

---

(40) ROUBIER, *Op. últ. cit.*, pp. 92 a 95.

(41) DI MAJO, Adolfo, *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1982.

(42) DE CUPIS, *El daño*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 82 a 105.

(43) ALPA, G. y BESSONE, M., *Atipicità dell'illecito, I profili dottrinali*, Milano, Giuffrè, 1977, *passim*.

(44) GARCÍA SERRANO, Francisco de Asís, *El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil*, en «Anuario de Derecho Civil, 1972, pp. 799 a 851.

no es de resarcimiento sino una función compensatoria o satisfactoria, aludiendo Cataudella (45) incluso a cierto carácter de pena civil, lo que, en mi opinión, no carece de fundamento.

Lo que es esencial destacar en este punto es que lo que ha variado fundamentalmente en todos los ordenamientos jurídicos es la valoración del daño a la persona (46). Estamos muy lejos de los parámetros de principios de siglos, basados casi exclusivamente en la incapacidad laboral. Pero esta valoración más amplia del daño a la persona ha sido ya realizada por la Jurisprudencia, y dentro de la responsabilidad civil, como constata García Serrano. Por lo tanto, siendo bastante difícil en el tema de la intimidad la reparación específica (la publicación de la sentencia no tiene sentido en este caso y puede, incluso, ser contraproducente por su divulgación), no veo razones para que la valoración de los daños a la persona sea en estos casos distinta a la efectuada normalmente, ni creo que tampoco el artículo 9.3. de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 establezca y permita unos criterios de valoración diferentes. En conclusión, está totalmente injustificada la pretensión de separar el tema en estudio de la responsabilidad civil ex artículo 1.902, e incluso de otras reglas generales como las de los artículos 1.106 y 1.107 del Código civil. Tal pretensión además choca con una línea jurisprudencial firme dentro de la cual habrá que encuadrar el artículo 9.3. de la Ley Orgánica. En mi opinión, el artículo 9.3. introduce un elemento perturbador que no es ni la presunción de la existencia de perjuicio, ni la extensión de la indemnización al daño moral... Lo que tiene difícil encaje, incluso desde la perspectiva más rigurosa del dolo ex artículo 1.107-2.º, es el último inciso: «También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Tal inciso, como elemento de valoración ajeno al daño causado, vuelve a introducir esa perspectiva del «reparto de beneficios» entre demandante y demandado, que puede ser un curioso incentivo para la litigiosidad (si yo demando a una revista, por ejemplo, puedo estar motivado no tanto por los daños morales que he sufrido, quizás soportables, como por la perspectiva del «beneficio obtenido»).

La tutela civil del derecho a la intimidad no surge pues ex novo, ajena a toda una evolución doctrinal y jurisprudencial, en la tutela de los derechos.

Esto se puede confirmar también con otra de las presuntas novedades de la Ley Orgánica, en su artículo 9.2., la posibilidad de establecer una tutela preventiva mediante medidas cautelares. El tema tampoco es ajeno a la jurisprudencia del artículo 1.902 y ss., ni, en general, a una evolución del ordenamiento jurídico respecto a la tutela civil de los derechos, de la que es buena

(45) CATAUDELLA, *Op. cit.*, pp. 65 a 73.

(46) V. PROCIDA, Antonino, *La valutazione del danno alla persona*, Camedino, 1982, *passim*.

muestra el artículo 7.2 del Código civil... «Y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso».

En mi opinión, los mecanismos de la tutela civil del derecho a la intimidad no se diferencian esencialmente de las reglas generales de la tutela civil de los derechos, ni hay razones que así lo aconsejen. Otra cosa es que se puedan plantear en ciertos casos distintas opciones; por ejemplo, la responsabilidad civil imputable a una publicación, ¿ha de basarse en la culpa o es preferible que juegue la responsabilidad objetiva? No creo que la Ley Orgánica resuelva el problema en el artículo 9, y en cualquiera de los dos tipos de responsabilidad estamos haciendo referencia a parámetros generales (culpa, riesgo...). Un excesivo énfasis en la peculiaridad de estos derechos no me parece conveniente. Si las medidas cautelares para la prevención de los daños son difíciles de adoptar en general, también lo son en este caso, salvo que en contra de lo establecido en el artículo 20.2 de la Constitución, establezcamos una censura previa judicial. La tutela civil de los derechos tiene, en cualquier caso, sus límites.

## V. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, defectuosa técnicamente, no se diferencia en sus planteamientos de la línea seguida por la jurisprudencia dentro del marco de la responsabilidad civil (también por daños morales). *No realiza ninguna tipificación real del ilícito* por lo que, en cierta manera, puede considerarse superflua. Y es que, como hemos visto, los resultados prácticos de la tutela civil del derecho a la intimidad nos remiten fundamentalmente a la *función satisfactoria del dinero*. Lo monetario predomina en la Ley Orgánica, y teniendo en cuenta las facultades procesales que establece (ex artículo 9.1. y Disposición transitoria 2.<sup>a</sup>), cabe augurar un aumento de la litigiosidad debido a lo que los ingleses denominan *Gold-digging actions* (demandas en busca de dinero).

La prensa, los artistas..., se verán afectados por esta permanente «amenaza», pero no así los Diputados y Senadores, ya que el artículo 2.2, tras la Ley Orgánica 3/1985 de 29 de mayo, es todavía, si cabe, más defectuoso que antes, pero establece una salvedad clara: «o por imperativo del artículo 71 de la Constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por Diputados o Senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente Ley, no podrá seguirse contra un Diputado o Senador sin la previa autorización del Congreso de los Diputados o el Senado. (La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios)».

No se entiende que el ejercicio de las funciones parlamentarias suponga *tout court* la imposibilidad de cometer una intromisión

ilegítima, ni la específica mención a los procesos civiles en aplicación de esta Ley... si no se lee previamente la Exposición de Motivos. «Al amparo de esta Ley, los parlamentarios podrían verse constantemente amenazados por la iniciación de procesos civiles que menoscabasen su necesaria libertad para el ejercicio de sus funciones..., pero al mismo tiempo, evite que una aplicación excesiva (sic) de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, limite la libertad de expresión política de Diputados y Senadores». ¿Es que sólo los parlamentarios podían sentirse «constantemente amenazados» por dicha Ley?; ¿sólo su libertad queda «menoscabada»?; ¿la aplicación excesiva de la Ley sólo va a ir dirigida contra su libertad? Es sorprendente que una ley que reforma a otra ley diga que ésta puede ser aplicada «en exceso» (salvo que tal ley sea defectuosa, por ejemplo, por ser imposible determinar con una mínima seguridad jurídica su ámbito de aplicación). Pero no es este el mayor reproche que cabe plantear a nuestros legisladores.

Si la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 se considera como el *desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución*, el derecho a la intimidad recibe una configuración excesivamente ligada a la propiedad, como una mera libertad negativa. El derecho a la intimidad se ha transformado en la *libertad positiva* de ejercitar un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona (47) que no está desarrollado en absoluto en tal Ley Orgánica. En definición de Wacks (48) «*información personal* son aquellos hechos, comunicaciones u opiniones que se refieren al individuo y que sería razonable esperar de él que la considere íntima o confidencial y por lo tanto quiera retirar o al menos restringir su circulación». Si bien ha sido la informática la que ha planteado con más evidencia la necesidad de un control (acceso y rectificación) sobre la información personal, no es su única causa.

La Ley Orgánica analizada se inclina hacia un concepto de *privacy-property*, anclado en esquemas privatistas, que, en mi opinión, supone un estrechísimo desarrollo del artículo 18.1 de la Constitución. El derecho a la intimidad puede ofrecer perspectivas mucho más amplias.

Porque como afirma Baldasarre (49) la *noción de privacy no puede no ser compleja*. «En el concepto de *privacy* se puede determinar otra doble tutela, que se expresa en el poder de *control sobre las informaciones* que se refieren a la propia persona y la *organización de los propios comportamientos*, además del *dominio del contexto* en el cual la persona realiza el ejercicio de las propias libertades fundamentales». Pero, como el propio Baldasarre (50) reconoce al finalizar su obra, la *privacy* se presenta como verda-

(47) FROSINI, Vittorio, en *Banche dati e tutela della persona*, Camera dei Deputati, Roma, 1983, p. 5.

(48) WACKS, *Op. cit.*, p. 22.

(49) BALDASERRE, *Op. cit.*, pp. 471 a 473.

(50) *Id.*, *Op. cit.*, pp. 473 a 475.

dera encrucijada política. Puede ser, como el autor propone, «más que un derecho de libertad o más que el derecho a la libertad, una nueva dimensión de los mismos derechos de libertad, que se hace necesaria por los cambios institucionales realizados en las modernas democracias de masas y por la evolución científica...; pero también puede ser, como el autor teme, el modo de «restringir el área y el significado de los derechos fundamentales a una irrelevancia y de reducir la conquista de la *privacy* a una parodia de la libertad».

Cierto es que en tal contexto la tutela civil del derecho a la intimidad no parece el punto esencial. Di Majo (51) constata que «se ha dicho que en la Constitución se mencionan intereses conexos a las llamadas *libertades fundamentales...*, libertades para las cuales el esquema (civilista) de los *derechos de la persona* sería demasiado restringido e (insatisfactorio). Pero como el autor señala lo esencial es la protección de las libertades fundamentales respecto a los poderes públicos y a los sujetos privados. Es evidente que en un caso y en otro pueden variar las *formas de tutela* (civil, penal y administrativa), pero lo que no tiene sentido es aislar las distintas formas de tutela. En mi opinión, la efectiva protección de las libertades fundamentales en un ordenamiento jurídico vendrá dada por el resultado conjunto de la tutela constitucional, civil, penal y administrativa de tales libertades. No se puede analizar la tutela civil del derecho a la intimidad sino como parte de un todo (una forma de tutela entre otras).

Desde esta perspectiva la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 no sólo supone una amenaza potencial para los derechos establecidos en el artículo 20 de la Constitución, sino que evidencia, en su soledad, una escasa protección real del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento jurídico. Frente a esto no cabe oponer que la situación cambiará con el desarrollo de una jurisprudencia a partir de dicha ley, porque con ello se volvería a caer en las redes de una concepción muy estrecha del derecho a la intimidad.

Creo que el desarrollo cabal del artículo 18 de nuestra Constitución implica, como plantea Wacks, *una ingente labor legislativa en todos los sectores* afectados de alguna forma por el derecho a la intimidad. Sólo el conjunto de disposiciones legales sectoriales puede dar como resultado una adecuada protección del derecho a la intimidad. Pero aquí comienza otra parte del discurso, quizás fuera de las competencias del civilista. No obstante quisiera, al menos, como una aproximación, reflejar el marco legal de Estados Unidos referente sólo a la problemática de los bancos de datos (52):

1) Sector público: Freedom of Information Act (1966) Privacy Act (1974 y 1980).

(51) DI MAJO, *Op. cit.*, pp. 12 a 14.

(52) BANCHE DATI, *Op. cit.*, pp. 384 a 444.

2) Sector privado: Fair Credit Reporting Act (1971); Equal Credit Opportunity Act (1977); Fair Debt Collection Practices Act (1977); Righto Financial Privacy Act (1976); Fair Credit Billing Act (1974); Bank Secrecy Act (1970); Tax Reform Act (1976); Family Educational Right and Privacy Act (1974).

También existen iniciativas gubernamentales referentes a: Privacy of Medical Information Act; Privacy of Research Records Act; Fair Financial Information Practices Act; Employee's Privacy Act...

Dentro de este mismo sector, los bancos de datos, cabe destacar que la vía judicial no se presenta como la más rápida y menos costosa para facilitar el acceso y control a la información personal, y es obvio que un derecho de acceso complejo y costoso es la mejor forma de negar en la práctica tal derecho de acceso.

Sin embargo la existencia de tales disposiciones legales, y otras referentes a otros sectores, o la posibilidad de vías no judiciales de protección al derecho a la intimidad, no impide que *siempre que haya un daño antijurídico se genere una responsabilidad civil* que se determinará en el juicio correspondiente. Esto no es totalmente exacto para Estados Unidos donde rige en parte el sistema del ilícito típico (53), *torts*, pero sí puede serlo en un ordenamiento como el español que, ex artículo 1.902, se basa en un sistema de ilícita atípico.

*La tutela civil del derecho a la intimidad va a jugar fundamentalmente en la reparación del daño causado, por lo tanto creo que bastaría, para evitar una «aplicación excesiva» de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la aplicación por la Jurisprudencia de los principios generales que rigen en la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Lo que la Jurisprudencia nunca podrá hacer es colmar el vacío legislativo a falta de un cabal desarrollo del artículo 18.1 de nuestra Constitución.*

---

(53) ALPA-BESSONE, *Op. cit.*, pp. 237 a 253 y 317 a 351.