

# «EL DERECHO A LA INTIMIDAD», DE SAMUEL D. WARREN Y LOUIS D. BRANDEIS (\*)

ALBERTO ARCE JANARIZ

## I

«Antiguamente existía la tortura. Hoy día existe la prensa, que la sustituye... En los pasados siglos, el público clavaba a los periodistas por las orejas en la picota. Cosa realmente atroz. Hoy día son los periodistas los que clavan sus propias orejas en todos los agujeros de cerradura.»

Más de un personaje público de nuestros días —y de un lector también— suscribiría, aún reconociéndole algún exceso, la diatriba que Oscar Wilde quiso incluir en su opúsculo de 1881, *El alma del hombre bajo el socialismo* (trad. Julio Gómez de la Serna, 2.ª ed., Tusquets, Barcelona, 1981, pág. 46).

Pero la cita viene al caso no para dar prueba de la actualidad de Oscar Wilde, sino como anticipo literario de la crítica en clave jurídica que pocos años después, en 1890, dos por aquel entonces acreditados *lawyers* de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, hacían a la prensa desde las páginas de la *Harvard Law Review*, en un novedoso artículo, *The Right to Privacy*, escrito con el convencimiento de la necesidad de proteger la vida privada: «La prensa está traspasando, en todos los ámbitos, los límites de la propiedad y de la decencia. El chismorreó ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro... Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado.» Al reproche le falta, seguro, la literatura de Oscar Wilde y no llega a alcanzar tampoco su nivel de provocación (habría sido impropio de

---

(\*) Edición preparada por Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid, Civitas, 1995.

dos abogados de Boston), pero expresa aún así una percepción de fondo bastante similar.

Pues bien, es este *The Right to Privacy* el contenido de la edición que aquí se comenta. Sus responsables, Benigno Pendás y Pilar Baselga, Letrado y Bibliotecaria-Archivera de las Cortes Generales, respectivamente, la han titulado *El derecho a la intimidad*: «La intimidad, en general, la vida privada; términos ambos preferibles al anglicismo *privacidad*, del que prescindimos con gusto», señala Benigno Pendás en sus notas preliminares (pág. 11). Una preferencia que, pese a lo que a primera vista pudiera parecer, trasciende lo puramente lingüístico ahora que la expresión *privacidad* se ha infiltrado ya en nuestro ordenamiento (en la Ley Orgánica de regulación del tratamiento autorizado de datos de carácter personal) con un sentido que no coincide enteramente con el de *intimidad* (Carlos Ruiz Miguel, *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, 1995, págs. 29-30).

## II

Editar el trabajo de Samuel D. Warren y de Louis D. Brandeis es en cualquier circunstancia una iniciativa plausible.

De un lado, está la atractiva personalidad de los autores (datos en *Who was Who in America*, vol. 1, 1897-1942, 3.<sup>a</sup> reimpr., Chicago, Marquis, 1943), dos graduados por Harvard (1877) y socios de bufete en Boston cuando escriben su artículo. Warren se volcó en la abogacía y la actividad empresarial (vinculado a importantes compañías en el sector del metal). Brandeis, activamente involucrado en la causa de los derechos civiles (desde la limitación de la jornada laboral hasta los intereses de los pequeños accionistas frente a las grandes concentraciones monopolísticas), terminaría, no sin dificultades (su pasado «activista» y su condición de judío y entusiasta defensor del movimiento sionista no le ayudaron) siendo juez de la Corte Suprema Federal, para la que fue designado por el presidente Woodrow Wilson en 1916 (sustituyó a Joseph Lamar) y en la que permanecería hasta 1939 (sustituido por William Douglas). Bernard Schwartz no lo incluye entre *Los diez mejores jueces de la Historia norteamericana* (trad. Enrique Alonso, Madrid, Civitas, 1980, pág. 19). Tampoco aparece en la lista de Roscoe Pound (referida por el propio Bernard Schwartz, *cit.*, págs. 15-16). Aunque sí lo selecciona George R. Currie («A Judicial All-Star Nine», *Wisconsin Law Review*, 1964, pág. 4), que, en efecto, completa con él su trío de jueces del siglo XX, junto a Oliver Wendell Holmes y Charles Evans Hughes. En todo caso, la voz *Brandeis, Louis*, de la Enciclopedia Británica (15.<sup>a</sup> ed., vol. 2, pág. 473), asegura que sus «*major opinions were often considered didactic and frequently prophetic*».

De otro lado, y sobre todo, está el asunto estudiado, el derecho a la intimidad: «Un tema apasionante —apunta Benigno Pendás en su *Introducción* (pág. 9)— que nos sitúa en el punto de fricción entre la publicidad que exige el principio democrático y el reducto sagrado de la vida privada, ineludible en un gobierno bajo el imperio de la ley.» Apasionante también, cabría añadir, porque, bastante más que otros, el derecho a la intimidad, reconocido hoy en la práctica totalidad de los ordenamientos, internacional e internos, trasciende en puridad el plano estrictamente jurídico para conectar con el mundo de las ideas y la forma de entender la vida misma. Nuestro Tribunal Constitucional, a partir del artículo 18.1 de la Constitución que lo garantiza, no ha dudado en calificarlo de «derivación de la dignidad de la persona», y en entenderlo «necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana» (STC 209/1988, FJ. 3.º). No es casual tampoco que el recién aprobado Código Penal, el llamado *Código Penal de la democracia*, reflejando una axiología diferente del anterior, haya querido dar expresamente entrada en la rúbrica del Título X, que agrupa delitos ya tipificados por su predecesor, la expresión sin embargo nueva de «Delitos contra la intimidad».

Pero recuperar el texto de Samuel Warren y Louis Brandeis viene a ser particularmente oportuno en los tiempos que corren. Ciertamente, al calor de los últimos acontecimientos, son las *intimidaciones* que los poderes públicos guardan en el cofre de su inteligencia y su seguridad (que poco tienen que ver desde luego con el derecho a la intimidad) las que más parecen estar acaparando la atención en el debate sobre los límites del derecho a informar y a ser informado en niveles que afectan incluso a la propia forma de Estado (al respecto, es de gran interés el extenso estudio de Ignacio Villaverde Menéndez, *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1994 y, también, del mismo autor, *Los derechos del público*, Madrid, Tecnos, 1995). Pese a ello, es no obstante difícil que pase un día sin que no ya las entregas de jurisprudencia sino los propios medios de comunicación se hagan eco de alguna controversia en la que el derecho a la intimidad privada esté en juego. A que sea así contribuye indudablemente la circunstancia de que a menudo los implicados son protagonistas de la vida social o política. Pero, sobre eso, no es tampoco dudoso que el progreso y los avances científicos y tecnológicos que lo impulsan (desde la informática a la genética) crean incesantemente nuevos peligros para la intimidad, bastante más asediada hoy, aunque también mejor protegida, que en los años de Samuel Warren y Louis Brandeis.

Además, la edición que reseñamos está hecha con esmero y sumo cuidado. La traducción de Pilar Baselga ha sabido sobreponerse a las servidumbres de la literalidad, «algo más cerca del diccionario que de la traducción» (Octavio Paz,

*Traducción: literatura y literalidad*, Barcelona, Tusquets, 1971, pág. 10), conservando la fuerza expresiva del original, y, por su parte, la *Introducción* (al texto propiamente dicho, sobre todo, pero también a los autores) preparada por Benigno Pendás logra el rigor (y la amenidad) que su autor ya había tenido ocasión de demostrar en otros valiosos estudios preliminares a obras de no menor relieve (y no menos oportuna recuperación), como las dos cimeras de Jeremy Bentham: *Tácticas parlamentarias* (trad. F. C. de C., Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1991) y *Falacias políticas* (trad. Javier Ballarín, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990).

### III

*The right to Privacy* bien puede ser considerado un «clásico de la literatura jurídica». Así lo califica Benigno Pendás al inicio mismo de su *Introducción* (pág. 9) y, sin duda, la apreciación no es exagerada: si un clásico, según la definición de Italo Calvino (*Por qué leer los clásicos*, trad. Aurora Bernárdez, Barcelona, Tusquets, 1992, pág. 6), es «un libro que nunca termina de decir lo que tiene que decir», es mucho todavía lo que el texto de Samuel Warren y Louis Brandeis continúa diciendo más de cien años después.

Lo dice su mismo método de interpretación evolutiva y decantación de soluciones a partir de *topoi* jurisprudenciales (el *right to privacy* no estaba como tal expresamente enunciado en la *common law* cuando, demostrando las razones de su prestigio como buenos abogados, Warren y Brandeis aciertan a inducirlo), de particular interés en el campo de los derechos fundamentales, en el que, en efecto, frente a la carga de «precomprensiones» con que las teorías de los derechos fundamentales han terminado por lastrar la interpretación de los mismos (últimamente, lo ha resaltado K. Stern, «Riflessioni sull'interpretazione dei diritti fondamentali», *Diritto e Società*, 1995, 2, pág. 240), desvela las posibilidades de construir, sin caer por eso en la ingenuidad o la simplificación, lo que, como «recurso purificador de la ciencia jurídica», ha dado en ser llamado por el *pensamiento problemático* «concisa teoría de la práctica» (Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, trad. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Taurus, Madrid, 1986, pág. 135).

Pero lo dice, sobre todo, la *teoría* misma del derecho a la intimidad que Samuel Warren y Louis Brandeis son capaces de erigir admirablemente en unas pocas páginas. Es posible que, en algún caso (divulgación de correspondencia o reproducción de obras de arte), el énfasis de los autores o sus argumentaciones (a partir sobre todo del derecho de propiedad) no resulten, ahora que los perfiles del derecho a la intimidad y las garantías que lo protegen están gene-

ralmente mejor trazadas, tan necesarios o puedan incluso juzgarse menos adecuados. Aún admitiendo que cupiera entenderlo así, no por ello deja de asombrar menos la vigencia de la mayor parte de las observaciones y de las soluciones.

Como botón de muestra, sirvan algunas de las reglas acuñadas por Warren y Brandeis (págs. 62-70): «El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general» (léase cualquiera de las múltiples decisiones de nuestro Tribunal Constitucional sobre los «hechos noticiosos o noticiables» como «asuntos que son de interés general o poseen relevancia pública»: STC 212/1992, FJ. 2.º); «El derecho a la intimidad no se vulnera porque se haga público algo ante un Tribunal de Justicia, una Cámara legislativa, o ante las comisiones de dichos cuerpos» (¿cómo no pensar en las comisiones parlamentarias de investigación ahora tan en boga o en el también de última hora debate sobre la remisión a los Tribunales de historiales clínicos?); «El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento» (el art. 2.2 de nuestra Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen ya precisó tempranamente —lo hace también la regulación penal— que no hay intromisión ilegítima en estos ámbitos cuando media consentimiento del titular, dando asiento a la construcción alemana de la llamada *auto-determinación informativa*, sobre la que puede verse, en nuestra doctrina, la primera parte del libro de Pablo Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 25-30). No son ésas las únicas reglas de interés. Junto a ellas, se enuncian otras varias, igualmente sugerentes, como la que viene a aclarar que el derecho a la intimidad no protege frente a los agravios orales (¿cabría hablar finalmente de una suerte de *libertad de murmuración?*), o la relativa a la veracidad de la información, o a la «ausencia de malicia» en el informante. Pero, no obstante, las que aquí se han seleccionado son seguramente suficientes para tentar al lector con el placer de conocerlas todas por sí mismo.

Vuelvo de nuevo a Italo Calvino (*cit.*, pág. 20): en último término, la razón más definitiva que se puede aducir para recomendar la lectura de un clásico, dice Italo Calvino, es que «leer a los clásicos es mejor que no leer a los clásicos». No hay riesgo alguno en hacerlo, pero de todos modos garantizo, ya como conclusión, que leer *El derecho a la intimidad*, de Samuel Warren y Louis Brandeis en la edición de Benigno Pendás y Pilar Baselga es mucho mejor que no leerlo.

