
El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado

Juan MORALES GODÓ

1 Introducción

El derecho a la vida privada, o derecho a la intimidad –como se le conoce en el Perú y en la mayoría de los países que pertenecen a la familia romanogermana–, o el *right of privacy* –como se le denomina en los Estados Unidos de América–, cobra singular importancia para el hombre contemporáneo. «Es el derecho más estimado por los hombres civilizados», como lo señaló Louis Brandeis¹. La multiplicidad de formas –cada vez más sofisticadas– que existen para vulnerar la vida privada de las personas, por distintas motivaciones, han colocado al ser humano en una situación de peligro permanente. Por razones mercantiles (en algunos casos), de orden político (en otros), a cargo de particulares o del Estado, el ser humano se ve expuesto a las intromisiones en su hogar, en sus comunicaciones, en su tiempo libre, etc., trasgrediendo este derecho que es la expresión de la libertad y dignidad del hombre.

Sin embargo, el desarrollo de este derecho no ha sido igual en todos los países. En el caso peruano su desarrollo ha sido incipiente, y si bien se han dado enormes pasos en el campo legislativo al incorporar este derecho en diversos cuerpos normativos –como la Constitución Política del Estado de 1979 (y posteriormente en la de 1993), el Código Civil de 1984 y el Código Penal de 1991–, el desarrollo jurisprudencial es prácticamente nulo, y en la doctrina poco se ha investigado².

¹ Louis BRANDEIS, abogado norteamericano que luego fue designado magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, conjuntamente con Samuel Warren escribió en 1890 un ensayo titulado *The Right to Privacy*, que es considerado como el origen del derecho a la vida privada.

En el Perú se ha puesto el acento en la defensa ante la intromisión de terceras personas en los aspectos propios de la vida privada, y en el control de la información o divulgación de algún hecho concerniente a la intimidad; sin embargo, no se ha desarrollado el aspecto relativo a la autonomía, que cobra importancia para el hombre contemporáneo por cuanto implica la posibilidad de adoptar las decisiones más importantes de su existencia, libre de manipulaciones. Este aspecto está relacionado con la formación del ser humano en la sociedad actual.

Si consideramos que la intimidad es el rincón de la creatividad, de la reflexión, de la vuelta hacia sí mismo, para, tomando conciencia de sí, de sus opiniones, de sus ideas, volcarse al exterior, ese espacio indudablemente debe ser auténtico. Pero la sociedad presiona invadiendo ese espacio desde la niñez, tratando de formar hombres comunes, con ideas semejantes, carentes de espíritu crítico, siempre en busca de liderazgos externos a él, los *idola fori* a que se refería Ortega y Gasset cuando describía al «hombre-masa». Es necia la posición cómoda que asume el hombre-masa que se niega a asumir su libertad por temor a ella, porque de hacerlo él sería el constructor de sí mismo. El hombre contemporáneo se niega a ello, y la sociedad, con los poderes establecidos, ejerce una presión permanente, encandilando al ser humano con cantos de sirena, haciendo que se olvide de sí mismo, alienándolo, papel para el cual los medios de comunicación masiva prestan su apoyo ofreciendo «lo que le gusta a la gente». El miedo a la libertad, como lo ha señalado Erich Fromm, es una renuncia a la autenticidad del ser, y en esta lucha a que se ve sometido el hombre contemporáneo, un bastión importante para la liberación es la vida privada, el respeto por ese espacio vital³.

Se compara el derecho a la intimidad desarrollado en el sistema jurídico peruano con el *right of privacy* norteamericano, fundamentalmente porque se considera que es en el *Common Law* de los Estados Unidos de América donde no sólo se originó, adquiriendo autonomía este derecho, sino donde se ha desarrollado en forma inusitada, tanto jurisprudencialmente como en la doctrina. Famosos son los precedentes norteamericanos, provenientes de las cortes de los distintos estados así como de la Corte Suprema Federal, que, tomando conciencia de la importancia de este derecho fundamental del ser humano, han protegido este aspecto de la vida en diversas proyecciones.

² El autor del presente ensayo ha publicado la obra *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Ed. Grijley, 1995, 413 pp.

³ Sobre estos temas leer las obras de Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, y de Erich Fromm, *El miedo a la libertad*.

Se quiere tomar conciencia de los alcances que tiene el derecho a la intimidad en nuestro medio y de los alcances que el Derecho norteamericano le brinda. Por razones de espacio daremos una visión global de ambos sistemas, para desembocar en el análisis comparativo de los elementos conceptuales.

2 El *Common Law* norteamericano y el sistema jurídico peruano

2.1 Organización política y judicial

Se debe partir de la premisa de que estamos frente a dos sistemas jurídicos diferentes: el Derecho norteamericano pertenece a la misma familia del Derecho inglés, al *Common Law*, aun cuando entre ambos existen matices marcados que los diferencian; el sistema jurídico peruano pertenece a la tradición romanogermánica. Estos sistemas jurídicos están insertos en sistemas políticos, también distintos.

Una de las dificultades para el estudio comparativo de los dos sistemas es la noción del Estado federal. Cada uno de los estados, en el país del norte, tiene su propio Derecho, es decir, existen cincuenta Derechos particulares que obedecen a sus propias leyes, entre ellas la Constitución, con un sistema judicial propio. A ello hay que sumar un Estado federal que se impone a todos los estados de la Unión, con una Constitución Federal, un Congreso que dicta leyes dentro de los parámetros establecidos en la Constitución, y un sistema judicial federal que revisa, en última instancia, los casos resueltos por los tribunales supremos de los estados.

La existencia de dos jurisdicciones: de un lado, la de cada estado en particular, y de otro lado, la Federal, con su organización propia, crea una serie de conflictos, como el de determinar la competencia de ambas jurisdicciones.

En nuestro sistema jurídico no existe esta complejidad que hemos expuesto, ya que somos un Estado unitario y, por ende, con un ordenamiento jurídico único y con una organización judicial única. No existe superposición de jurisdicciones, como no existen conflictos de leyes entre las distintas regiones que integran el país. El artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que su gobierno es unitario, calificando al Perú como una república democrática, social, independiente y soberana.

2.2 Las fuentes del Derecho

Se ha considerado necesario referirse muy brevemente a las fuentes en ambos sistemas jurídicos, como base para desarrollar la comparación de los elementos conceptuales del *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú, lo que va a permitir determinar el objeto de estudio con el uso de las fuentes adecuadas que permitan observar la evolución del derecho en ambos ordenamientos jurídicos.

La fuente principal en el *Common Law* norteamericano, contra lo que generalmente se piensa, no es la costumbre; tampoco lo es la legislación, a pesar de las innumerables leyes estatales y federales que se promulgan, y si bien la Constitución es la norma fundamental que sustenta todo el sistema jurídico y que constituye el parámetro que determina la vida social, son los precedentes judiciales, la jurisprudencia de los tribunales, la fuente principal del Derecho norteamericano. Por ello se dice que el sistema norteamericano es esencialmente un Derecho judicial.

El Derecho federal tiene como fuentes, en primer lugar la Constitución; luego las decisiones judiciales que interpretan la Constitución. Sin embargo, Tunc⁴ pone en duda esta aseveración, indicando que las decisiones judiciales se colocarían encima de la Constitución, ya que para el sistema «la ley es lo que el juez dice que es». Al lado de la Constitución se consideran los principios del *Common Law*, y por último se tiene la ley federal.

En cuanto a las fuentes de Derecho de los estados, figura en primer lugar la Constitución, luego las decisiones judiciales que la interpretan, además de los principios del *Common Law* que le dan fuerza, y después viene la ley.

Freund⁵ nos recuerda que Alexis de Tocqueville había observado que los problemas principales de la vida norteamericana tarde o temprano resultan ser cuestiones que deben decidir los tribunales. La historia del Poder Judicial norteamericano es una demostración palpable de dicha afirmación. Los problemas trascendentales de la sociedad norteamericana han transitado por los tribunales y han merecido la reflexión y la decisión de los jueces. A la par, la opinión pública norteamericana ha seguido las decisiones con sumo interés, y es que los problemas que se resuelven concitan la atención del ciudadano.

⁴ TUNC, André, y TUNC, Suzanne, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, p. 20.

⁵ FREUND, Paul, «La Suprema Corte», en *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, p. 75.

El carácter judicial del Derecho norteamericano hace que el juez tenga poderes amplios, limitados únicamente por la Constitución nacional; sin embargo, como lo han señalado algunos autores, entre ellos John P. Dawson⁶, no se vaya a concluir que esta apertura del sistema norteamericano no tenga parámetros —uno de los cuales es la Constitución de la nación—, pero los mismos precedentes se convierten en límites formidables para el juez, ya que tendrá que resolver en los mismos términos que el precedente ante un caso similar. No obstante, se reconoce que el juez no está obligado en forma absoluta a seguir el precedente, pero de no hacerlo tiene que justificar su nueva concepción con argumentos o motivaciones que, finalmente, pudieran convertirse en un nuevo precedente. Así, surge una garantía contra la arbitrariedad: la motivación de las resoluciones. Encontraremos allí las razones de la variación, y las mismas servirán de guía para las futuras reflexiones y valoraciones de los nuevos casos que se presenten. Y así avanza y se desarrolla el Derecho norteamericano: en base a las resoluciones judiciales que constituyen verdaderas creaciones jurídicas. Caso por caso, se van extrayendo los principios reguladores de las instituciones que se plantean en el conflicto.

Por eso su resistencia a la codificación, aun cuando se reconoce algunas bondades en ella; sin embargo, los norteamericanos comprueban finalmente que en los sistemas codificados, como es el caso nuestro, el peligro es que la norma se anquilose y no marche al ritmo de la sociedad y de las nuevas tendencias de vida.

La importancia que tiene el juez en el sistema norteamericano es enorme. El juez no es un funcionario más del Estado. Hay un esmero por la selección de los jueces, quienes provienen de diversas canteras del ejercicio profesional. No es una carrera judicial la que existe en el sistema norteamericano, sino que se selecciona a los mejores juristas de distintas actividades, quienes, por su desempeño profesional y su probidad, merecen tal designación o elección.

En el sistema jurídico peruano la fuente principal es la legislación. La jurisprudencia y la doctrina coadyuvan en el desarrollo del Derecho, pero no lo determinan. La costumbre es fuente supletoria en nuestro sistema, por más que algunos juristas han encontrado en algunas normas referencias directas e indirectas. «La ley sólo se deroga por otra ley», dice el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; significa que ni

⁶ DAWSON, John, «Las funciones del juez», en *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, p. 75.

la costumbre ni la doctrina pueden derogar una ley; el juez está en la obligación de aplicar la ley, aun cuando el artículo VII del Título Preliminar del código antes mencionado se refiera a «norma jurídica», pudiendo considerarse dentro de dicho concepto a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Nuestro punto de vista es que ambos sistemas podrían tener una semejanza mayor, en relación a los precedentes judiciales (*stares decisis*), si es que los magistrados peruanos tuvieran un mayor acercamiento a la doctrina, que es la que brinda la fuente de información, de tal suerte que las resoluciones judiciales se conviertan en auténticas guías en la reflexión para casos similares. Nos percatamos de que en la práctica judicial se revisan los fallos de la Corte Suprema porque se buscan antecedentes, y si bien estos precedentes en el Perú no son determinantes en la decisión del juzgador, en los términos que sí lo son en los Estados Unidos de América, sirven de influencia en el raciocinio de aquél.

Existe, pues, una ligera semejanza en cuanto a la jurisprudencia, apreciando también otra semejanza en cuanto a la legislación. En efecto, en los Estados Unidos se elaboran leyes, tanto a nivel estatal como a nivel federal, que regulan la conducta intersubjetiva de las personas; además existe la Constitución del Estado, que es la norma ubicada en la cúspide del sistema jurídico, a la que están sometidos todos los poderes, incluso el Poder Judicial, el mismo que está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando se contraponen a la Constitución.

Parece ser, sin embargo, a pesar de lo expuesto, que existe una tendencia a suavizar la influencia de la jurisprudencia, como lo señala René David⁷, tornando el sistema en uno semejante al Derecho francés (romanogermánico).

En resumen: para el desarrollo del tema comparativo se ha recurrido a las fuentes principales de ambos sistemas: por un lado, a los precedentes de los tribunales norteamericanos, tratando de encontrar los perfiles del *right of privacy* y toda la amplia manifestación que se refleja en las resoluciones seleccionadas; y por otro lado, se ha recurrido a la legislación vigente en el Perú, tanto en la Constitución Política del Estado, como en el Código Civil y Código Penal vigentes. No se puede dejar de mencionar tampoco la referencia a la Constitución de los Estados Unidos de América, donde se configura el *right of privacy*.

⁷ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, p. 296.

3 Elementos conceptuales del *right of privacy* norteamericano y su estudio comparativo con el derecho a la intimidad en el sistema jurídico peruano

Para poder establecer una comparación entre el *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú, es preciso encontrar los elementos conceptuales que comprenden ambos derechos en sus respectivos sistemas. Para ello utilizaremos diversos casos resueltos por tribunales norteamericanos, ayudados por la clasificación que hace el decano de la Facultad de Leyes de la Universidad de California en Berkeley, William L. Prosser, quien al decir de Fernández de Zubiría⁸ ha efectuado, tal vez, «el análisis contemporáneo más importante sobre el derecho de privacidad». Para el caso peruano recurrimos a las normas civiles, constitucionales y penales que regulan la materia.

Según Prosser⁹, el *right of privacy* protege cuatro valores o bienes diferentes:

3.1 Actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo

The right to be let alone fue desarrollado por el juez norteamericano Thomas Cooley en su tratado del Derecho de Torts. El elemento que nos señala Prosser lo hemos encontrado en los siguientes casos:

– *Mc Daniel vs. Atlanta Coca Cola Bottling*¹⁰
(60 Georgia App. 92 2d.810. 1939)

La abierta, pública y persistente persecución de una persona, sin ninguna discreción ni secreto y de manera que se hace evidente al público que ella es perseguida y observada, constituyen los casos de «fisqueo», figura conocida en el Derecho norteamericano como «*peeping tom*», o sea, como el de la persona que atisba a través de la ventana u otros lugares análogos hacia la propiedad de otros, con el propósito de espiar o invadir la vida privada de las personas, así como la realización de cualquier acto de naturaleza similar.

⁸ FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA, Jaime, *Derecho de privacidad, Derecho internacional y derechos humanos*, p. 62.

⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *El derecho a la intimidad en el Perú*, tesis para optar el grado de bachiller, Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, 1981, p. 134.

En el caso que mencionamos, la empresa Coca Cola utilizó diversos métodos para presionar el pago de una suma de dinero adeudada por el actor a la referida empresa.

– *Parrish vs. Civil Service Comission*¹¹
(66 California 2d- 260. 1970)

Se destituyó a un asistente social porque se negó a ser copartícipe de un plan de la oficina de Bienestar Público de California, consistente en la «operación *bedchek*».

El plan consistía en acudir a los hogares de los indigentes que recibían ayuda del Estado, un domingo por la mañana, en las primera horas, y buscar si había «*unauthorized males*», (traducido al español: «varones sin permiso»).

La operación sería efectuada por dos personas: una estaría en la puerta de entrada y la otra en la puerta trasera y realizarían un registro entre ambos, evitando que pudiera salir persona alguna sin ser vista.

Parrish se niega a realizar la labor encomendada y es destituido de su trabajo. Al llevar la acción a los tribunales, Parrish levanta la defensa de que el método que le obligaban a emplear ofendía a la dignidad humana, siendo una violación constitucional a la intimidad de aquellas personas que serían investigadas. El tribunal, entonces, procedió a declarar inconstitucional el método «operación *bedchek*» (traducido al español: «operación de chequeo de camas») y restituyó al empleado en sus labores.

– *Schultz vs. Frankfurt*¹²
(130 Wisconsin. 2d.179. 1914)

En 1913 se entabla una demanda contra la Compañía de Seguros Frankfurt Company, que tenía en una acción civil como testigo adverso a Schultz, y mediante el uso de detectives y maquinaciones interferentes con su vida íntima trató que se mudara del lugar para que no declarara en la vista del caso. El Tribunal Supremo de Wisconsin calificó la conducta de la compañía aseguradora como equivalente a una conducta libelosa y ofensiva, procediendo a declarar la acción con un «sí ha lugar» al derecho a la intimidad invocado.

¹¹ *Ibidem*, p. 128.

¹² *Ibidem*, p. 125.

3.1.1 Comentario

Como podemos apreciar de los casos resueltos por tribunales norteamericanos, se protege a las personas de las intromisiones, del fisgoneo, de la persecución que perturba la vida privada. El derecho a la soledad encuentra su asiento como un aspecto de la vida privada de la persona.

En el Derecho peruano no tenemos una referencia expresa y precisa respecto a este elemento conceptual, pero ello no significa que no podamos hacer una interpretación extensiva del artículo 14 del Código Civil. En efecto, concordamos con Fernández Sessarego¹³ cuando señala:

«El artículo 14, por las consideraciones expuestas, comprende dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal como familiar. Ellas consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente. En el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intrascendente curiosidad de terceros.»

En este sentido, existe similitud con el Derecho norteamericano; sin embargo, es preciso repetir que nuestra jurisprudencia debe cumplir un papel de mayor trascendencia, ya que le cabe a ella propender al desarrollo del derecho en estudio.

Es el reciente Código Penal peruano de 1991 el que, al tipificar como delito diversas situaciones violatorias de la intimidad de la persona, considera el aspecto de la perturbación, señalando que: «El que viole la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años.»

En consecuencia, nuestro sistema jurídico protege a la persona contra los actos de intrusión que perturban el retiro y soledad de la persona, en los mismos términos que el Derecho norteamericano. Llegamos a esta conclusión por así considerarlo en parte la Constitución Política del Estado, el Código Penal, expresa y taxativamente, y por interpretación extensiva del Código Civil.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, compilación de Delia Revoredo, p. 83.

3.2 Divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo

Éste es otro aspecto protegido por el Derecho norteamericano, requiriéndose que los hechos sean divulgados públicamente a pesar de que los mismos son de carácter privado.

Los casos norteamericanos que a continuación detallamos nos demuestran este elemento conceptual desarrollado:

– *Melvin vs. Reid*¹⁴

(112 California appellations. 285 - 1931)

Se plantea el problema de una película cuyo tema es la biografía de la demandante, quien había sido prostituta, juzgada en un caso de asesinato. La demandante, al momento de la exhibición de la película, es ya una mujer rehabilitada y se encuentra casada y dedicada a los quehaceres del hogar.

La intérprete de la cinta lleva el mismo nombre y apellido de la demandante, llegando así a conocimiento de los vecinos y amistades de la demandante los sucesos de su vida pasada.

La Corte de Apelaciones de California, revocando al tribunal de primera instancia, resuelve que existe causa de acción.

La decisión se fundamentó en la Constitución del estado de California, y el juez ponente, haciendo una interpretación, dice: «El derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental del estado de California. Éste por su propia naturaleza incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación. Cualquier persona viviendo una vida recta tiene el derecho a la felicidad, lo cual incluye estar libre de ataques innecesarios al carácter, el status social o reputación.»

Uno de los jueces catalogó el uso del nombre y de la biografía de la demandante en la película, como una falta de caridad y delicadeza.

El manejo de la información, respecto de hechos de una persona atinentes a su vida privada, debe estar a cargo de ella misma, y toda difusión contraria a su voluntad o sin su consentimiento debe ser sancionada. Sin embargo, en el Derecho norteamericano, como consecuencia del caso anteriormente descrito, se estableció también, conforme lo refiere Zavala de Gonzales¹⁵, que el *right of privacy* «no existe cuando la

¹⁴ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *op. cit.*, p. 146. También en ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *Derecho a la intimidad*, p. 43.

¹⁵ ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *op. cit.*, p. 43.

persona se ha hecho prominente en su vida pública y ha renunciado a sus derechos a la vida privada», así como «no existe en la difusión de noticias y acontecimientos, ni en los sucesos de la vida de una persona en que el público tiene interés legítimo o en una información de beneficio público, o en caso de candidatura para cargos públicos».

– *Douglas vs. Stokes*¹⁶

(149 Kentucky 506-149 - 1912)

El actor es padre de mellizos que nacen ligados desde los hombros hasta las caderas. A la muerte de los siameses, el actor contrató los servicios del demandado –un fotógrafo– para obtener placas de los cuerpos desnudos de sus hijos, indicando al fotógrafo que éste no podía reproducir más copias que para las cuales fue contratado.

El fotógrafo reproduce varias copias y obtiene el derecho de autor de la respectiva oficina de gobierno. El padre inicia acción, reclamando indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la humillación a sus sentimientos y a su sensibilidad.

El tribunal falla en favor del actor y la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones del estado de Kentucky. En la sentencia se hizo mérito, en primer lugar, de un caso inglés que dijo: «los más tiernos afectos del corazón humano están encerrados en el cuerpo de un niño muerto». Un hombre puede ser indemnizado por cualquier daño e indignidad hechos al cuerpo, pero podría hacerse un reproche a la ley si solamente se pudieran indemnizar las heridas físicas y no aquellas injurias corporales que pueden causar muchos más sufrimientos y humillación. Si el demandado ha tomado posición ilegalmente del cuerpo humano desnudo del hijo fallecido del actor y lo expuso a la vista del público, en un esfuerzo para ganar dinero con ello, no hay duda de que ha ocasionado un daño, lo cual puede originar una acción de daños y perjuicios.

– *Hemingway vs. Randon House*¹⁷

(29 appellations Div. 2d. 6333- 1968, confirmado en 23 New world 2d. 341 - 1968)

A. E. Hotchner escribió la obra *Papa Hemingway*, la cual es una compilación de las memorias del autor en sus relaciones amistosas con el famoso novelista Ernest Hemingway durante el período de 1948 a 1961.

Muchos de los pasajes de la obra contienen citas exactas del señor

¹⁶ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *op. cit.*, p. 133.

¹⁷ *Ibidem*, p. 113.

Hemingway, las cuales fueron obtenidas mediante grabaciones magnetofónicas por Hotchner, en sus diálogos con el novelista, y mediante cartas cursadas entre ambos.

Al fallecer el novelista y estando en trámite la publicación de la obra, la esposa de Hemingway presentó un entredicho con el propósito de evitar dicha publicación. Posteriormente fue denegado el pedido presentado por dicha señora, quien a su vez presentó una demanda de daños y perjuicios alegando que la obra constituía una violación de su derecho a la intimidad.

La Corte de Apelaciones declaró sin lugar la acción, y uno de sus razonamientos fue que siendo la señora Hemingway una figura pública, su derecho a la intimidad no estaba protegido por el estatuto de la ciudad de Nueva York.

3.2.1 Comentario

Los casos presentados demuestran la protección que efectúa el *right of privacy* contra la divulgación de hechos o imágenes que corresponden a la vida privada de la persona y que pudieran colocarla en una situación embarazosa.

El caso Hemingway nos demuestra, a su vez, que el *right of privacy* no es absoluto; que cuando se trata de personajes públicos los márgenes de la vida privada disminuyen, por cuanto son de interés público ciertos aspectos, los cuales pueden ser divulgados. Independientemente de si consideramos que el fallo es acertado o no, nuestro interés comparativo es encontrar los aspectos conceptuales de ambos sistemas.

El elemento conceptual que se desarrolla en este punto, también es recogido por el Derecho peruano en forma expresa y terminante. A diferencia del anterior elemento, al que sólo el Código Penal de 1991 lo recoge en forma clara, el de la divulgación pública es el elemento que mejor se desarrolla en el sistema normativo peruano.

En efecto, tanto la Constitución Política del Estado –a través del artículo 2 inciso 7–, como el Código Civil –artículos 14 y 16– y el Código Penal –artículos 154, 155, 156 y 165–, se refieren a la puesta en conocimiento de hechos que corresponden a la intimidad de la vida personal y familiar, así como se refieren a la divulgación del secreto de las comunicaciones existentes en la correspondencia epistolar, las grabaciones de voz, las memorias, etc. Sin embargo, no se establece como presupuesto que la divulgación provoque una situación embarazosa para la persona, por lo que consideramos que se trataría de toda divulgación contraria a la voluntad de la persona, aun cuando no provocara tal situación.

Nuestras normas encierran presupuestos generales, por lo que la jurisprudencia tendrá que desarrollar este aspecto conceptual teniendo en consideración una serie de circunstancias, como es el caso de los personajes públicos, para quienes tendrá que precisarse cuál es el límite de su vida privada y cuál el límite del interés de la colectividad por conocer su vida. Los márgenes no están determinados en nuestro sistema, siendo el juez el que debe precisarlos en cada caso concreto, aun cuando en el caso norteamericano se ha establecido que los márgenes de vida privada son mínimos cuando se trata de un personaje público, y con mayor razón cuando está postulando a un cargo público. Ya hemos apreciado cómo los candidatos a los más altos cargos en los Estados Unidos de América están expuestos a un escudriñamiento de su vida privada presente y pasada.

En nuestro medio, con las normas existentes, la jurisprudencia podría derivar en interpretaciones de esa naturaleza; es decir, estableciendo la relatividad del derecho a la intimidad cuando se trata de personajes públicos de trascendencia para la vida de la sociedad.

3.3 Publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público

Este elemento se perfila en el Derecho norteamericano cuando se atribuye, en forma pública y falsa, una supuesta opinión o afirmación a una persona; también cuando se utiliza una foto para sugerir en forma falsa que la persona está relacionada con el contenido, como cuando se utiliza la foto de una persona inocente para ilustrar un artículo sobre narcotráfico.

En nuestro medio este elemento podría confundirse con la difamación; por otro lado, más parece que se está atacando el derecho a la imagen y, en todo caso, si se utiliza el nombre de la persona, el ataque sería a este derecho pero no a la privacidad de la persona. Aquí sí encontramos fuertes diferencias con nuestro sistema jurídico.

Pero veamos dos casos norteamericanos que nos ilustran al respecto:

– *Pinkerton National Detective Agency vs. James A. Stevens*
(32) (162 South Dakota. 2d. 474 - 1964).

Una señora presenta una reclamación a una compañía de seguros por lesiones sufridas. Esto trajo como consecuencia que varios detectives estuvieron espiándola en forma insistente en la comarca, hasta que se llegó a pensar en el vecindario que la señora había cometido un delito, perjudicando en todo esto su reputación.

El tribunal accedió a su demanda ordenando pagar una suma de dinero por el daño ocasionado, ya que los métodos empleados por la com-

pañía resultaban atentatorios al derecho a la intimidad y la libertad individual.

– *Lyman vs. New England Newspaper*¹⁸

(286 Massachusetts 258- 190 NL 542 - 1934)

En una acción tramitada ante los tribunales de Massachusetts en 1934, el diario demandado publicó en una de sus columnas que los actores, marido y mujer, no eran felices en sus relaciones conyugales.

La principal defensa del diario demandado fue que las informaciones o las fotografías publicadas eran noticias de legítimo interés público puesto que se trataba de una pareja de artistas, los cuales no eran desconocidos por nadie.

En la sentencia el tribunal falló en favor de los demandantes, reconociendo que se había violado el derecho a la intimidad.

3.3.1 Comentario

Estos casos nos demuestran que la trasgresión de la vida privada –en el primer caso por el fisgoneo, el seguimiento, y en el segundo caso por una afirmación difundida– ha colocado a estas personas «bajo una luz falsa ante el público».

Como hemos afirmado líneas arriba, en nuestro medio no se perfila normativamente este aspecto señalado por la jurisprudencia norteamericana; y no es que sean casos que no trasgredan la intimidad de las personas. Lo que ocurre es que en nuestro medio el primer caso planteado se ubicaría dentro del primer elemento estudiado, es decir, hay una trasgresión a la soledad. El segundo caso lo involucraríamos dentro del segundo elemento estudiado, ya que se trata de la divulgación de hechos que corresponden a la intimidad de las personas.

3.4 Apropriación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio

Los siguientes casos norteamericanos traducen este aspecto del *right of privacy*:

¹⁸ *Ibidem*, p. 137.

– *Donohue vs. Warner Brothers Pictures Inc.*¹⁹

(194 Florida 2d. 6-10 - 1970)

El juez supremo Bratton, al fallar el caso Donohue, dijo que afectar el derecho que tiene una persona común «de gozar de la existencia sin que su nombre o su vida sean explotados para fines comerciales o con el uso de su nombre o por la publicación de su retrato o carrera, en la pantalla de los cines, en la prensa, en periódicos, en boletines, circulares, catálogos o de cualquier otra manera, debe ser prohibido a menos que se obtenga para ello previamente su consentimiento».

– *Daily Times Democrat vs. Graham*²⁰

(13 Colorado 2d. 119 - 1963)

Una joven fue fotografiada mientras se encontraba en un parque de diversiones y una corriente de aire levantó su vestido.

Ella demanda, y el tribunal accede a la demanda por violación al derecho a la intimidad que tenía la dama, fundamentando su fallo en que «aun en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas».

– *Young vs. Geneker Studios Inc.*²¹

(175 Misc. 1027 New York State 2d. 557 - 1951)

La actora, una modelo profesional de ropas infantiles, empleada en el departamento de una tienda, posó en el estudio del demandado con el único propósito de rehabilitarlo para hacer maniqués para el uso exclusivo de dicha tienda.

Los demandados fabricaron y vendieron a numerosas personas «maniqués hechos a la medida y la forma de la actora», con fines comerciales y sin su consentimiento. El tribunal dijo que si ella dio su consentimiento solamente a su empleador para usar el maniquí para tales propósitos, ello no la privaba para poder invocar ese derecho contra cualquier otra persona que hiciera lo mismo en contra de su voluntad.

– *Bazemore vs. Savannah Hospital*²²

(174 Georgia 2d. 194 - 1930)

El hijo del actor nació con el corazón fuera del cuerpo, y el demandado, maliciosamente, tomó fotografías del cadáver desnudo del niño.

¹⁹ *Ibidem*, p. 147.

²⁰ *Ibidem*, p. 126.

²¹ *Ibidem*, p. 149.

²² *Ibidem*, p. 132.

La Corte Suprema de Georgia revocó la sentencia de primera instancia, concediendo al actor una indemnización por daños, y prohibió la publicación de la fotografía, aun cuando el derecho violado pertenecía al niño muerto y no al actor.

3.4.1 Comentario

Estos casos, aceptados por el Derecho norteamericano bajo la tutela del *right of privacy*, no establecen la diferencia, que sí existiría en nuestro sistema, con el derecho a la imagen. El *right of privacy* comprende elementos conceptuales más amplios que nuestro derecho a la intimidad, y ello porque se convierte en el sustento de un gran derecho a la personalidad que protege la libertad y la dignidad del ser humano. En nuestro medio los derechos de la personalidad están especificados tanto en la Constitución Política del Estado como en el Código Civil de 1984, quedando claro que en ambos cuerpos de leyes existen normas comprensivas de los demás derechos «de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre» y «demás inherentes a la persona humana», respectivamente, lo que podríamos interpretarlo como un avance hacia la comprensión de un gran derecho de la personalidad.

El artículo 15 del Código Civil de 1984 señala que la imagen no puede ser aprovechada sin autorización expresa de la persona. El asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público, o por motivos de índole científica, didáctica o cultural, y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Evidentemente la difusión de la imagen en estos casos no debe atentar contra el honor, el decoro o la reputación de la persona.

Es evidente, luego de lo manifestado, que los casos norteamericanos planteados, en nuestro medio serían resueltos en función al derecho a la imagen y no al derecho a la intimidad. No sería, pues, esta faceta un elemento conceptual del derecho a la intimidad, como sí lo es para el *right of privacy*.

4 El elemento «autonomía»

Además de los elementos analizados señalados por Prosser, y que los hemos cotejado con las ejecutorias encontradas, consideramos que en el Derecho norteamericano existe otro elemento, que ha sido recogido por

los tribunales. Este elemento conceptual es denominado en la doctrina latinoamericana como «autonomía», y consiste en el derecho que tiene toda persona a tomar las decisiones más importantes de su existencia. Este elemento, si bien debemos reconocerlo como integrante del derecho a la intimidad, en nuestro medio no es recogido legislativamente en forma expresa.

Fernández de Zubiría²³ nos refiere el caso *Roe vs. Wade*, en el que la decisión se basó en el derecho a la privacidad, entendido como el derecho a un ámbito privado de decisión de la mujer, en el cual no debe interferir el Estado, afirmando un derecho constitucional al aborto. Es decir, a través del *right of privacy* se invoca la defensa del derecho de la madre a abortar.

Evidentemente, este elemento conceptual nos puede conducir hacia decisiones en la existencia del ser humano más inesperadas, dependiendo de la idiosincracia y de los valores imperantes en una sociedad. Una decisión como la adoptada por los tribunales norteamericanos, en nuestro medio es antijurídica, por cuanto el aborto es sancionado penalmente. Pero ello no constituye el único impedimento en nuestra legislación, ya que el ser humano es protegido desde el instante de la concepción, considerándolo aquella como sujeto de derecho. En efecto, nuestro Código Civil reconoce la autonomía del concebido, independizándolo de la madre, y le brinda un tratamiento jurídico especial concediéndole derechos, en especial los derechos no patrimoniales que los percibe sin condicionamiento alguno, entre ellos, el derecho a la vida. Siendo así, la decisión de la madre no puede llegar a términos individuales extremos, de concederle la autonomía en la decisión de abortar.

La autonomía que se le concede a la madre a través del derecho a la vida privada no puede interpretarse en el sentido de que el embarazo y su culminación sea un asunto de su exclusivo interés y, por ende, un asunto privado. En nuestro medio existe la concepción de que el ser humano inicia su existencia en el instante de la concepción, y ya es un ser distinto de la madre; no podemos considerar que él sea algo que «pertenezca a la madre». En consecuencia, si bien se trata de un asunto de interés privado, el interés no es sólo de la madre, ya que a la sociedad le interesa también que se respete la vida de los seres humanos.

De otro lado, nuestra legislación constitucional y civil protegen la vida humana como derecho esencial, fundamental, base sobre la cual descansan los demás derechos del ser humano. Por eso el Código Civil considera al ser humano como sujeto de derecho desde la concepción.

²³ FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA, Jaime, *op. cit.*, p. 17.

Sin embargo, si bien este elemento conceptual del derecho a la intimidad se presenta bajo el ejemplo del derecho al aborto concedido por algunos tribunales norteamericanos a la madre, ello no significa que sea la única manifestación posible de la autonomía. En nuestro medio puede tomar perfiles propios, cuando, por ejemplo, cuestionamos la influencia de los medios de comunicación en la formación de las conciencias de las personas y de la niñez en especial; cuando cuestionamos los sistemas de educación que pretenden uniformar las mentes de las personas, etc.

Este elemento no ha sido desarrollado con la debida propiedad, ni en la doctrina, y mucho menos en la jurisprudencia.