

# NOTAS SOBRE EL ORIGEN Y DESARROLLO DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA FAMILIA JURÍDICA DEL COMMON LAW

MARIANELA FERNÁNDEZ OLIVA <sup>(\*)</sup>

**Resumen:** Las presentes notas pretenden señalar algunos desarrollos doctrinarios y precedentes judiciales significativos relacionados con el surgimiento del derecho a la intimidad en el Common Law.

**Abstract:** These academic notes are intended to point out some significant doctrinal developments and judicial precedents related to the emergence of the right to privacy in the Common Law.

**Palabras clave:** Derecho a la intimidad. Doctrina. Jurisprudencia. Common Law.

**Key words:** Right to privacy. Doctrine. Jurisprudence. Common Law.

*Pero es vano intentar divulgar lo que es  
profundo, y toda verdad humana es profunda. De ese minero  
subterráneo que trabaja en todos nosotros, ¿cómo puede uno deducir  
adónde lleva su pozo por el sonido desplazado y ensordecido de su piqueta?  
(...) pues todo lo que es de verdad prodigioso y temible en el hombre,  
jamás se ha puesto aún en palabras o libros.  
Herman Melville, “Moby Dick” <sup>(\*\*)</sup>*

1. Se ha dicho que el hombre es *zoo politikon* -un animal social-. Ya advertía el Estagirita que *el que por naturaleza y no por casos de fortuna*

---

<sup>(\*)</sup> Profesora adjunta de las asignaturas Derecho Civil I (Parte General) y Filosofía del Derecho de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

<sup>(\*\*)</sup> MELVILLE, Herman, “Moby Dick”, Madrid, Alianza, 2008, pág. 25.

*carece de ciudad, está por debajo o por encima de lo que es el hombre. Es como aquel a quien Homero reprocha vivir “sin clan, sin ley, sin hogar.” El hombre que por naturaleza es de tal condición, es además amante de la guerra, como pieza aislada en el tablero*<sup>1</sup>. Pero más allá de ese “compartir la vida”, que se despliega como una característica propia de la especie humana, los hombres sentimos la necesidad de realizar *otra vida*: interior, ajena a los demás individuos. Este espacio particular nos permite la construcción de un *mundo entrañable* -una *esfera de libertad*<sup>2</sup>- con lógica y ritmo particulares que hace posible identificarnos como seres humanos. Esto no implica una simple sustracción de determinadas zonas de la personalidad al conocimiento de los otros sino, antes bien, involucra la necesidad de un ámbito interior que permita el desarrollo cabal del modo de ser de nuestro ser. La intimidad constituye así un sustrato personal a la que en modo alguno puede renunciar el hombre sin mortificar su *proyecto vital intrínseco*. Concretamente, la “intimidad” es aquel ámbito por lo común reservado de la vida, de las acciones y sentimientos de una persona humana -o una familia-, que no se desea compartir o exponer al conocimiento de los otros.

2. Desde hace cierto tiempo se ha hecho evidente que no vivimos ya los tiempos que compartieran los ciudadanos de la Revolución Francesa. La Edad Contemporánea, iniciada por las Revoluciones Burguesas concluyó en algún momento del siglo XX, quizá con la finalización de la Segunda Guerra

---

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, “La Política”, 4ta ed., Madrid, Alba Editorial S. L, 1996, pág. 5.

<sup>2</sup> Principio supremo presentado por Werner GOLDSCHMIDT, de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollar plenamente su proyecto vital. Acerca de la teoría trialista pueden v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; "La ciencia de la justicia (Dikelogía)", 2ª. ed., Bs. As., Depalma, 1986; "Justicia y verdad", Bs. As., La Ley, 1978; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; "La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; "Metodología Dikelógica", 2ª. ed., Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007. En cuanto a la actualidad del trialismo (y de la egología) puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel (coord.), "Dos filosofías del derecho argentinas anticipatorias", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007.

Mundial. La decodificación del genoma humano en el año 2000<sup>3</sup> parece haber puesto el destino genético de la raza en manos humanas. Esta nueva Era de la Historia se inicia con un proceso cultural doloroso -surcado por el fin de la Era de la Razon-, que ya se observa con algo más de perspectiva en éstas dos primeras décadas del Nuevo Milenio.

Como hemos afirmado, el correlato económico de la Posmodernidad es el capitalismo transnacional de consumo. Esta variación del sistema capitalista pone el énfasis en la flexibilización de las fronteras de los Estados nacionales; en la posibilidad o imposibilidad de consumir como requisito insalvable de pertenencia; y además, releva hasta el paroxismo la necesidad de la información, como sustento de su fuerza centrípeta, y como mercancía. *Cuando el problema es conseguir dar salida a toda costa a grandes masas de bienes acumulados, el poder y el capital necesitan la participación de los antes súbditos -hoy votantes- y “consumidores satisfechos” constanding con sus prejuicios. Se trata de saber mucho más que antes: conocer cuáles son los deseos más profundos y escondidos de sus cualificados ciudadanos-consumidores, conocer cómo se engendran sus procesos de identificación pre-consciente. Por esta vía el individuo es cada vez más controlado y su intimidad más amenazada*<sup>4</sup>.

Parece evidente que ante los requerimientos de un Mercado que peligrosamente sostiene mayor poder que los Estados mismos, la intimidad sufra de intromisiones indeseadas pero “justificadas” en la lógica *mercatoria*. No en vano la posmodernidad es llamada también -relevando sus materializaciones más evidentes-: sociedad post-industrial o sociedad de la información<sup>5</sup>. La información es mercadería valiosa y como tal, corre la suerte del intercambio. En esta nueva Era, las tecnologías prometen facilitar la creación, distribución y manipulación de la información que -como moneda virtual- es un elemento clave en el desarrollo personal, social, cultural y económico.

---

<sup>3</sup> El 6 de abril de 2000 se anunció públicamente la culminación de su primer borrador secuenciado. Los días 15 y 16 de febrero de 2001, se publicaron su secuenciación definitiva -con un 99.9% de fiabilidad-.

<sup>4</sup> RUIZ MIGUEL, Carlos, “La configuración constitucional de la Intimidad”, Madrid, Tecnos S.A, 1995. Pág. 67.

<sup>5</sup> La Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información (CMSI) se desarrolló en dos fases. La primera fase tuvo lugar en Ginebra acogida por el Gobierno de Suiza, del 10 al 12 de diciembre de 2003 y la segunda en Túnez acogida por el Gobierno de Túnez, del 16 al 18 de noviembre de 2005. <http://www.itu.int/wsis/index-es.html> , 10-3-2014.

Lo cierto es que en este Mundo atiborrado de medios de difusión, de todo tipo de datos inconexos y asistemáticos, hallamos hombres perturbados, dislocados literalmente del eje de la Modernidad. La *hiperinflación informativa*, lejos de formar criterios, patrones de conducta y coadyuvar a la realización de los proyectos de vida, acrecienta el *principio de incertidumbre*. Esta inflación desproporcionada de datos, resulta en una amenaza para la intimidad: el acceso a la información tiene dos filos. Por un lado la posibilidad histórica de entrada a una red de conocimientos con una facilidad mayúscula -para aquellos que viven en el “mundo conectado”-; pero por el otro, la factibilidad de que la intromisión a la vida privada se produzca como nunca antes. Estamos en vías de convertirnos en *ciudadanos transparentes*, como afirmara Carlos María Romero Casabona<sup>6</sup>.

Quizá la situación es aún más compleja: ¿seremos ya *consumidores traslúcidos*? Como un cristal, se nos figura que vivimos atravesados en nuestro secreto, acuciados en nuestros deseos, penetrados en nuestra intimidad por un Mercado que necesita datos precisos para diseñar la oferta y un poder difuso basado en el control del conocimiento. Pero, ¿que alcance tiene este proceso invasivo sobre el desarrollo de la diversidad de personalidades? ¿Serán admitidos los espacios íntimos -aunque sean mínimos-: espacios que significan vínculos sustraídos del control? ¿No será la manía posmoderna de la “*supercomunicación*” -redes sociales, blogs, mensajes de texto, videoconferencias, etc.- el nuevo formato de la confesión medieval, la última versión de un viejo método de control social? Lo cierto es que parece una incitación *mercatoria* a hablar profusamente de la vida privada: una *tarea, casi infinita, de decir, de decirse a sí mismo y de decir a algún otro, lo más frecuentemente posible, todo lo que puede concernir al juego de los placeres, sensaciones y pensamientos innumerables*<sup>7</sup>.

La publicidad comercial visual masiva, portadora de un sutil acoso, no solo ha allanado nuestro hogar colándose por la ventana virtual de la televisión o de la computadora. Se filtra en nuestra mente, sedimentando ideas previamente diseñadas en oficinas comerciales para alterar gustos,

---

<sup>6</sup> ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las Nuevas Tecnologías de la Información: Un nuevo desafío para el Derecho” en “Revista Telos” N° 15, Septiembre-Noviembre 1988, Madrid, Telos CCI, 1998, págs 131 y ss.

<sup>7</sup> FOUCAULT, Michel, “Historia de la Sexualidad”, 2da ed., Madrid, Siglo XXI, t. 1, 2005, pág. 34.

deseos y necesidades. Ha reemplazado paulatinamente la “cultura literaria” por la “cultura de la imagen”<sup>8</sup>, modificando la forma de relación entre los hombres particulares y las expectativas del sujeto en relación a su entorno -que para su sorpresa- difiere considerablemente de la imagen del “mundo virtual” generada en el laboratorio del Mercado.

El derecho a la intimidad se enfrenta a los nuevos desafíos que presenta este modelo de hombre y de Mundo que nos ofrece el Mercado, como fuerza protagónica de la Posmodernidad. Los posibles embates a la vida privada ya no provienen de un poder fácilmente identificable, sino de las influencias humanas difusas de la Economía; por lo que es importante plantarse las posibilidades estratégicas del Derecho para la defensa de la intimidad. Nos exige respuesta una pregunta inquietante: ¿cómo construir una *respuesta jurídica humanista* para la protección de la intimidad sin que se torne impotente ante las nuevas y sutiles formas de intromisión a la vida privada?

Por todo esto creemos de gran relevancia ahondar en el estudio y comprensión del derecho a la intimidad, buscando en sus orígenes enraizados en la familia jurídica del Common Law, quien le brindó sus primeros rasgos característicos. Las presentes notas no pretenden ser sino apuntes escritos en el margen de estas consideraciones.

3. La presencia positiva del derecho a la intimidad en diferentes productos normativos alrededor del Mundo son la prueba de su desenvolvimiento ecuménico como derecho estribado en última instancia en el derecho a la libertad, y coadyuvante a la calidad de vida de las personas.

Las declaraciones revolucionarias de derechos del siglo XVIII, no incluyeron a la intimidad en la nómina de sus reconocimientos. Tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (Francia, 26 de agosto de 1789), como la Declaración de Derechos de Virginia (Virginia, 12 de junio de 1776) no tutelaron expresamente a la intimidad como derecho

---

<sup>8</sup> SLOTERDIJK, Peter, “Reglas para el parque humano”, en “Die Zeit”, 10 de septiembre 1999, Berlín, Ed. Grupo Editorial Holtzbrinck, 1999. Conferencia pronunciada en el Castillo de Elmau, Baviera; Julio de 1999, con motivo del Simposio Internacional “Jenseits des Seins / Exodus from Being / Philosophie nach Heidegger”, en “Simposios del Castillo de Elmau sobre “La filosofía en el final del siglo” (Philosophie am Ende des Jahrhunderts)”, Madrid, Siruela, 2000.

positivo diferenciado de los demás *inherentes* al hombre. Hubo que esperar hasta el siglo XX, para que las declaraciones que siguieron a la Segunda Guerra Mundial (WWII) lo contuvieran en forma explícita en sus textos legales. Tal es el caso de la Declaración de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948), en su artículo 12: *Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación.*

Aquellos que elaboraron el *IVS* o *POTESTAS IN SE IPSUM* (potestad sobre sí mismo)<sup>9</sup> -primigenios padres de la teoría del derecho sobre la propia persona<sup>10</sup> (luego, *derecho sobre sí mismo*)-, no tuvieron en miras a la intimidad. Balthassare Gomezio de Amescva, en su “*Tractatvs de potestate in se ipsvm*” (Mediolani, apud Hieronymum Bordonum., 1609) no se ocupa del tratamiento de la vida privada, como lo hace con los derechos corporales (suicidio, automutilación, cirugía, penas corporales, entre otros), el daño corporal, la defensa y la renuncia al uso privado de la fuerza, los peligros, la salud espiritual del prójimo, el honor, la fama, los espectáculos de peligro y la propia libertad.

Si bien encontramos la -siempre tensa- relación entre *ley natural* y *ley positiva*, presente desde el comienzo de la reflexión sobre la naturaleza del Derecho -por ejemplo<sup>11</sup>, en obras tan antiguas como *Antígona*<sup>12</sup>-, fue el *ius*

---

<sup>9</sup> CIFUENTES, Santos, “El derecho a la vida privada: tutela a la intimidad”, Buenos Aires, La Ley, 2007, págs. 23 y ss.

<sup>10</sup> La Teoría de los Derechos sobre la Propia Persona se basa en el principio *ivs in se ipsum* elaborado por Gómez Amescúa y Stryck en el siglo XVII. De acuerdo a ésta teoría, los derechos de la personalidad consisten en la potestad que el ser humano tiene sobre sí mismo, que le permite disponer libremente de sus manifestaciones internas y externas. Ferrara define a los derechos de la personalidad como aquellos que garantizan el goce de nosotros mismos, aseguran al individuo el señorío de su persona, la actuación de sus propias fuerzas físicas y espirituales. La principal crítica que se ha realizado a esta teoría, estriba en que al considerar que el objeto de los derechos de la personalidad es la persona, se confunden sujeto y objeto. Quien desee ampliar v. de la PARRA TRUJILLO, Eduardo, “Los derechos de la personalidad: Teoría General y su distinción con los Derechos Humanos y las Garantías Individuales”, en “Revista Jurídica UNAM”, vol. 31, Año 2001, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 139 y ss.

<sup>11</sup> El conflicto fundamental de Antígona es el “choque” entre la ley divina y la ley positiva, presente en el diálogo entre Creonte y Antígona: “Y así, ¿Te atreviste a desobedecer las leyes?; “...ni creí yo que tus derechos tuvieran fuerza para borrar e invalidar las leyes

*naturalismo* del siglo XVIII quien consagro la concepción de los derechos *innatos* del ser humano -anteriores a su organización político-jurídica-. En esta lógica, los derechos, comprendidos como consustanciales a la naturaleza del hombre, no pueden ser vulnerados o condicionados por el Estado o por otros individuos, más allá de las restricciones impuestas por el pacto social que nació para protegerlos. Por entonces, la intimidad no fue captada especialmente, sino sólo en pos de la propiedad privada -uno de los ejes medulares de toda la protección de la legislación burguesa decimonónica-.

Aún en la fenomenal labor de Valerio Campogrande -el gran doctri-nario de los derechos sobre la *propia persona*-, el derecho a la vida privada no se presenta como un derecho separado del derecho al honor; la intimidad queda amarrada a *la autoestima -honor subjetivo- y la buena fama -honor objetivo-*<sup>13</sup>.

4. Pero la intimidad como derecho de la persona humana, sólo inició su formulación técnico-legal a partir de los trabajos de Warren y Bradeis<sup>14</sup>.

*divinas, de manera que un mortal pudiese quebrantarlas... Pero esto no debía yo, por temor al castigo de un hombre, violarlas para exponerme a sufrir el castigo de los dioses*". Cuando es condenada, Antígona expresa: *¿Qué transgresión he cometido contra ninguna ley divina?! v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Notas para la comprensión Jusfilosófica de "Antígona" de Sófocles", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", 2, Rosario, FII, 1984, págs. 29 y ss.*

<sup>12</sup> SÓFOCLES, "Antígona", Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1972, págs. 55 y ss.

<sup>13</sup> CIFUENTES, Santos, op. cit., pág.39. Cifuentes hace una importante referencia a las fuentes doctrinarias utilizadas por Campogrande, he identifica a las raíces profundamente arraigadas del Derecho Romano, tamizadas con la Pandectas de Bernard Windscheid. Sobre esas bases pudo desarrollar el "derecho sobre la propia persona" y todas sus aplicaciones concretas, como el "derechos sobre la propia vida", la "procreación y derecho sobre sí mismo", "pericia forzada por impotencia", etc. CAMPOGRANDE, Valerio, "Los Derechos sobre la Propia Persona", en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", Madrid, UDM, tomo 88-89, 1896, págs. 516 y ss.

<sup>14</sup> WARREN, Samuel D., BRANDEIS, Louis D., "The Right to Privacy", en "Harvard Law Review", 4 (1890-1891), Boston, Harvard Law Press, 1892. pág. 193 y ss. El hecho que da origen a este trabajo de doctrina, fue asedio de la prensa que padeció el joven abogado Samuel D. Warren, quien tras contraer matrimonio con la hija del Senador Bayard -proveniente de una familia acomodada de Boston-, continuó llevando a la vida licenciosa y desordenada; el Dr. Warren fue objeto del acoso de los medios de comunicación de la época, quien publicó detalles de su vida privada. Ante esto, Warren

Y aun así, cierta parte de la doctrina<sup>15</sup> identifica su desarrollo en el mundo anglosajón, en sendos períodos<sup>16</sup> que cobraron existencia en la Gran Bretaña y en Estados Unidos de América.

El primero se desenvuelve entre los comienzos mismos del *Common Law* y su solidificación en “*The Right to Privacy*”. Quizá resulta de particular interés, su aparición en la jurisprudencia de los siglos XVIII y XIX, como *protección de la vida privada*, en tanto base y refuerzo de la “propiedad privada” y del “contrato”<sup>17</sup> como instituciones primordiales del liberalismo, mediante las cuales la tutela de la privacidad es justificada y legitimada.

Esto se evidencia en los primeros casos que llegaron a los estrados en la Gran Bretaña, a quienes les toco dirimir sobre la *privacy* y los resolvieron apoyando la tutela, en la institución del derecho de propiedad *-property right-*. Ejemplo de la aplicación de ésta lógica son *Gee v. Pritchard*<sup>18</sup> de 1818 -sobre la publicación de cartas privadas-, y *Abernethey v. Hutchinson*<sup>19</sup>

decidió asociarse con Louis Brandeis -quien sería Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica-, para elaborar un ensayo que desarrollara el concepto de vida privada y la necesidad de su protección frente a la intromisión injustificada de la "prensa amarilla".

<sup>15</sup> LOSANO, Mario G., “Los Orígenes del Data Protection Act Inglesa de 1984”, en LOSANO, Mario, PÉREZ LUÑO, Antonio E, GUERRERO MATEUS, María Fernanda, “Libertad Informática y Leyes de Protección de Datos Personales, Cuadernos y Debates” 21, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1989, pág. 132 y ss.

<sup>16</sup> SUAREZ CROTHERS, Christian, “El concepto de derecho a la vida privada en el derecho anglosajón y europeo”, en “Revista de Derecho” (Valdivia) [online], dic. 2000, vol. 11, págs. 103 y ss. [http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-0950200000100010&lng=es&nrm=iso](http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-0950200000100010&lng=es&nrm=iso), 10-3-2014.

<sup>17</sup> Al decir de Baldassare, la protección de la vida privada en tanto “proprietà-appartenenza” y de “contrato”. V BALDASSARE, Antino, “Privacy e Costituzione. L’esperienza statunitense”, 2da ed., Roma, Bulzoni Editore, 1974, pág. 14.

<sup>18</sup> El Lord Canciller rechazó el argumento de que la publicación de las cartas se vería afectada, ya que esta publicación sería doloroso para los sentimientos de la demandante, y dijo: “La pregunta es, si el proyecto de ley ha declarado hechos que la Corte puede tomar cuenta, como un caso de propiedad civil, que se ve obligada a proteger” v. Ann Paxton Gee -v- William Pritchard And William Anderson, [1818] EngR 605, (1818) 2 Swans 402, (1818) 36 ER 670, en <http://swarb.co.uk/?p=2933>, 10-3-2014.

<sup>19</sup> Cuando el tribunal está llamado a restringir una publicación, basándose en que se trata de una piratería, que se ha reducido considerablemente en forma de escritura, es el deber de la corte para ver que el demandante produzca su escrito. Una orden judicial no se



de 1825 -sobre la publicación por escrito del contenido de una conferencia, con fines de lucro-. En los dos casos, la Corte remedió el “*breach to privacy*”<sup>20</sup>, ligándolo al concepto de propiedad privada. Similar criterio se aplica en *Millar vs. Taylor (1769)*<sup>21</sup> -sobre propiedad literaria-, *Wheaton v.*

---

concederá con el fin de frenar un presunta piratería de conferencias dictadas oralmente, cuando lo escrito no refleja sustancialmente lo mismo que las conferencias. Las personas que asisten a una conferencia oral no tienen ningún derecho a publicarla en forma de escritos con fines de lucro. QUAERE: si existe un derecho legal de propiedad en los sentimientos y el lenguaje de un conferencia pronunciada por vía oral, que no se puede demostrar que se hayan sido reducidos a la escritura. En “Summary of Abernethy v Hutchinson” (1826) 47 ER 1313, 1315 y 1318. <http://oxcheps.new.ox.ac.uk/new/casebook/cases/Cases%20Chapter%2017/Abernethy%20v%20Hutchinson%20%28summary%29.doc>, 10-3-2014.

<sup>20</sup> Intrusión en la vida privada de una persona, sin justa causa, que da a la persona cuya privacidad ha sido invadida, el derecho a demandar por daños contra la persona o la entidad que ha instruido.

<sup>21</sup> DEAZLEY, R., “Commentary on *Millar v. Taylor (1769)*”, en “Primary Sources on Copyright (1450-1900)”, London, L. Bently & M. Kretschmer, 2008. [www.copyrighthistory.org](http://www.copyrighthistory.org), 10-3-2014. El caso: Andrew Millar era un librero que en 1729 adquirió los derechos de publicación de la obra *The Seasons* de James Thomson, Pasados varios años de derechos exclusivos previstos en el Estatuto de Ana, el librero Robert Taylor comenzó a publicar sus propias versiones del poema, con lo que entabló abierta competencia al monopolio que hasta entonces detentaba Millar. Mas el Estatuto de Ana -aprobado en 1710 como la primera ley de copyright conocida en Occidente-, otorgaba 14 años de monopolio sobre una obra, renovables por única vez. Expirado el plazo, los derechos de publicación quedaban liberados. Más allá de esta normativa, los libreros londinenses se mantuvieron en pie de guerra contra la noción de que el Copyright es un derecho estatutario y avanzaron reiteradas veces bajo el argumento de la common law. La Corte del Rey, presidida entonces por Lord Mansfield se inclinó por tres votos a uno hacia la posición de los libreros, y declaró que los derechos de la common law no habían expirado a pesar del Estatuto de Ana. Lord Mansfield, junto con Aston y Willes votaron a favor de los libreros, mientras que Sir Joseph Yates fue el voto negativo. Bajo el mandato de Mansfield, los libreros londinenses mantuvieron el apoyo de la corte a sus derechos a perpetuidad basados en la common law. La decisión de la corte en el caso *Millar v. Taylor* había eliminado en la práctica el concepto de dominio público, al sostener que aún cuando los derechos estatutarios hubieran expirado, los libreros conservaban sus derechos monopólicos de manera perpetua. Pero este fallo contemplaba exclusivamente a los libreros londinenses, por ser un fallo de una corte inglesa. No alcanzaba entonces a Escocia, donde la industria de la reimpresión continuaba creciendo. La existencia de tal Common Law que otorgaría perpetuidad en los derechos fue rechazada por una corte escocesa en el caso *Hinton v. Donaldson*. El caso fue finalmente

*Peters*<sup>22</sup> (1834) -sobre protección del copyright-En el caso *Pope vs. Curl*<sup>23</sup> de 1791 -sobre la propiedad del contenido

resuelto contra la voluntad de los libreros londinenses, quienes vieron extinguirse sus monopolios perpetuos en manos de la Cámara de los Lores, que se expidió en el caso testigo *Donaldson v. Beckett*,<sup>3</sup> en contra de lo que había determinado el caso *Millar v. Taylor*.

<sup>22</sup> *Wheaton v. Peters* - 33 U.S. 591, de 1834, en Justia, US Supreme Court Center, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/33/591/>, 10-3-2014. Henry Wheaton, el tercer Relator Oficial de las Decisiones de la Corte, había recopilado en forma dedicada las opiniones de este tribunal, completa con anotaciones y resúmenes de los argumentos, material útil, mas debido a su costo, casi imposible de ser adquiridos por los abogados litigantes. Su sucesor, Richard Peters, además de publicar los volúmenes de los informes de Wheaton, paso sobre la obra de su predecesor, eliminando los argumentos y otros material extraño, haciendo una publicación abreviada, en la que se redujo veinticuatro volúmenes en seis. Mediante la creación de volúmenes más asequibles, Peters devastó el mercado para los libros más caros de Wheaton. Wheaton demandó en Pennsylvania y pierde en el tribunal de circuito. El juez Joseph Hopkinson, dictaminó que los derechos de autor son puramente la creación de un estatuto y se requiere cumplir con los requisitos de registro de derechos de autor, poniendo un aviso en el trabajo amparado, etc., con el fin de recibir protección. El Juez Hopkinson también dictaminó que no había ninguna ley federal común, que es preciso mirar a los estados y, aun así, que los estados no necesariamente deben incorporar todo el derecho común Inglés - asumiendo que hubiera un derecho de autor consagrado por el derecho consuetudinario. Wheaton apeló el caso ante el Tribunal Supremo. El Juez John McLean, quien tenía experiencia como fundador de un periódico de Ohio, escribió la opinión de la Corte. En ella, declaró que si bien la ley común, sin duda, protege el derecho de los propios escritos inéditos -un diario, cartas personales- "este es un derecho muy diferente a la que afirma una propiedad perpetua y exclusiva en una futura publicación de la obra, después de que el autor la publique al mundo" McLean declaró que no había derecho en el Common Law: "El Congreso, pues, por este acto, en lugar de sancionar a un derecho existente, como afirma, lo creó". McLean rechazó a su vez, la afirmación de Wheaton sobre que el deber de registración y demás condiciones de la ley, eran incorrectas. El Congreso estaba dando Wheaton y otros creadores una protección especial y no era poco razonable esperar que se cumplieran las formalidades. En ese sentido, el Tribunal falló.

<sup>23</sup> En esta decisión, la Corte de Cancillería resuelve sobre la correspondencia inédita de Alexander Pope; el Lord Canciller Hardwicke establece una distinción entre la propiedad de una carta, como documento físico, y el derecho de autorizar la primera publicación de este escrito, un derecho que -el concluye- permanece con el autor de la misma. La decisión es de particular importancia en el desarrollo del concepto de los derechos de autor como propiedad intangible; v. *Pope vs. Curl*, *Primary Sources on Copyright (1450-1900)*, London, L. Bently & M. Kretschmer, 1741. [http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record\\_uk\\_1741a](http://copy.law.cam.ac.uk/cam/tools/request/showRecord.php?id=record_uk_1741a), 10-3-2014.

y soporte físico de la correspondencia- y en *Prince Albert vs. Strange de 1849*<sup>24</sup> -sobre derechos de autor-, la Corte igualmente hace uso de los criterios de *propiedad y contrato* como base de la protección a la intimidad; y deja sentado que el *Common Law* tutela la *privacy* exclusivamente como una faceta de la propiedad privada. Aun así, en *Pope vs. Curl*, es posible hallar otro tipo de fundamentación, relacionada con el “*quiebre de la confianza*” (*breach of trust, breach of confidence, o breach of tract*). En el caso, se aplicó el principio de que sólo el autor de una carta *tiene derecho a la publicación de su contenido, ya que sólo a él corresponde la propiedad de la palabra impresa, sea cual fuere la forma que esta adopte*<sup>25</sup>.

En el caso *Prince Albert vs. Strange*, se evidencia en forma embrionaria y en formulación negativa, un esfuerzo por diferenciar a la *privacy de la propiedad privada*, cuando se argumentó que al no estar reconocida la *privacidad* por el ordenamiento normativo vigente, no resultaba legítimo fundar una pretensión de tutela judicial empleándola como base.

Como referencia acertadamente Suarez Crothers, el demandado tenía argumentos razonables al considerar que la *privacy* no formaba parte del ordenamiento, *ya que era, hasta entonces, difícil de ser adscrita a alguna de las tres categorías racionalizadoras del common law, propuestas por Blackstone: personal security, personal liberty y personal property, consideradas como demasiado amplias para englobar todos los elementos del derecho en cuestión*<sup>26</sup>.

Así, en este periodo, una teoría posible de la *privacy* se hallaba sujeta al doble principio de la *propiedad privada* y del *contrato* -en sentido amplio-. De esta forma, el encargado judicial del funcionamiento podía encuadrar cualquier conflicto sobre la privacidad como:

- a) publicación de escritos privados no consentidos por el autor;
- b) violación de los secretos comerciales;
- c) invasión del domicilio, sin consentimiento;
- d) apertura o inspección de una carta, o
- e) interceptación de un mensaje telegráfico por persona distinta del destinatario.

---

<sup>24</sup> Prince Albert vs. Strange, en “British and Irish Legal Information Center”, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1849/J20.html>, 10-3-2014.

<sup>25</sup> SUAREZ CROTHERS, op. cit., pág. 107.

<sup>26</sup> Ídem.

Cuando la institución de la propiedad se hacía inaplicable, el juez debía recurrir a la “relación fiduciaria” o de “buena fe contractual”. Esto comprende:

- a) las relaciones de confianza entre marido y mujer, abogado, médico y cliente, sacerdote y feligrés, etc., y
- b) las violaciones a deberes de reserva relativos a reproducciones de escritos o de imágenes.

5. El período siguiente de desarrollo doctrinario de la *privacy*, se produce esencialmente en los EE.UU. y los casos que le dieron sustancia estuvieron relacionados a situaciones conflictivas originadas por la prensa<sup>27</sup>; el mismo período, se extiende hasta la publicación del ensayo de William L. Prosser titulado “*Privacy*”, en la *California Law Review*, en 1960; doctrina que originó una verdadera *crisis del concepto jurídico unitario de privacy*. Tanta fue la influencia de esa *f fuente de conocimiento* que logró transformarse en *f fuente formal*, con la incorporación de este concepto en la “*Privacy Act*”<sup>28</sup> de los EE.UU., de 1974.

Es en esta etapa cuando surge el famoso artículo de Warren y Brandeis. En él ya no se exhorta exclusivamente al doble principio de *propiedad y contrato*, sino antes bien, se invoca a un *general right to privacy*, emanado lógicamente de esos dos principios del *Common Law*, a

---

<sup>27</sup> Alguno de los casos en relación a éste período son *Marks vs. Jaffa*, 26 N.Y. Supp. 908 (1893) y *Pavesich vs. New England Life Insurance Co. et al.*, Supreme Court Of Georgia, 122 Ga. 190; 50 S.E. 68; (1905) Ga. LEXIS 156. Jurisprudencia en contrario, que desconoció la existencia del derecho a la privacidad: *Department of Equity. Corliss v. E. W. Walker Co.* United States Circuit Court, District of Massachusetts (1893) *The American Law Register and Review*, Vol. 43, No. 2, Feb., 1895; *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

<sup>28</sup> The Privacy Act of 1974, (5 U.S.C. § 552a). <http://www.archives.gov/about/laws/privacy-act-1974.html> (10-3-2014). Otros cuerpos legales del Statutory Law norteamericano sobre la Privacy, lo integran: The Paperwork Reduction Act of 1980; The E-Government Act of 2002; The Homeland Security Act of 2002; The Intelligence Reform and Terrorism Prevention Act of 2004; The Violence Against Women and Department of Justice Reauthorization Act of 2005; The Transportation, Treasury, Independent Agencies and General Government Appropriations Act of 2005; The Implementing Recommendations of the 9/11 Commission Act of 2007; The Confidential Information Protection and Statistical Efficiency Act of 2002 (CIPSEA), etc.

los que se les suman otros parámetros como el *copyright* y la *defamation*. Por primera vez, el derecho a la tutela de la vida privada se formula lógicamente como un derecho autónomo, erigido sobre la base de un conjunto de principios del derecho común que lo hacen idéntico a sí mismo y le dan autonomía óptica frente a los demás derechos. Esto le valió una protección jurídica específica basada en un fundamento distinto de la *property*, y como una facultad de exclusión del individuo respecto de su vida íntima, -esto es como “el derecho a ser dejado en paz”.

Entrado el siglo XX, poco después de la Primera Guerra Mundial (WWI), los rastros de la jurisprudencia se hacen más difusos; los distintos estrados judiciales reconocen y desconocen alternativamente la existencia de la *privacy*, y dan a su contenido los más diversos alcances. Esto se hallan invariablemente unidos a la impronta patrimonialista de la “efectiva intrusión física” (*actual physical invasión*), que configura violación a la Cuarta Enmienda sobre la cual se había levantado este derecho <sup>29</sup>.

El fallo de la Suprema Corte de los EE.UU sobre el caso *Griswold vs. Connecticut* <sup>30</sup> del año 1965, da muestras de una evolución en el desarrollo de la tutela a la *privacy*. En esta sentencia, el Supremo Tribunal resuelve una controversia trabada en derredor de la constitucionalidad de una norma del Estado de Connecticut que preveía como delito, “el uso de cualquier droga, artículo de medicina o instrumento con el propósitos de prevenir la concepción”.

La directora de la institución *Planned Parenthood League of Connecticut*, Estelle Griswold y el Dr. C. Lee Buxton (médico y profesor de *Yale School of Medicine*) abrieron una clínica de control de la natalidad en la ciudad de New Heaven, Conneticut. Poco después de que la clínica fuera abierta, *Griswold* y *Buxton* fueron arrestados, condenados y multados por la suma de cien dólares cada uno. La decisión fue apelada a la División de la Corte de Circuito y luego a la Corte Suprema de Conneticut. Finalmente,

---

<sup>29</sup> Previo a la resolución del caso *Griswold*, sobre la protección de la vida privada, solo ocasionalmente se hallan referencias a intereses privados, en fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos de America. vgr.: *Public Utilities Commision v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952); *Franck v. Maryland*, 359 U.S. 360 (1959); *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

<sup>30</sup> *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). 381 U.S. 479, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=381&invol=479> , 10-3-2014.

*Griswold* apeló a la Corte Suprema de Justicia de los EEUU argumentando que la norma del Estado de Connecticut contra el uso de anticonceptivos, era contraria a la 14va. Enmienda, que prevé que “ningún Estado hace o refuerza una ley que conculque los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ningún Estado privará a una persona de su vida, su libertad o propiedad sin el debido proceso que la ley prevé... ni negará a las personas un trato igualitario ante la ley.”

La Corte resolvió que la norma efectivamente era inconstitucional, más la fundamentación de la decisión en la *privacy*, no fue unánime. Dos integrantes consideraron que la protección de la vida familiar y de la libertad personal eran suficientes para fallar a favor de *Griswold*. El resto de los miembros -cuatro- vieron la necesidad de fundar la decisión sobre el derecho a la vida privada. El juez Douglas sostuvo que “el derecho a la privacidad es más antiguo que la misma Carta de los Derechos... El matrimonio es un encuentro para lo prospero o lo adverso, duradero en lo posible, y de una intimidad con un grado cercano a lo sagrado. Es una asociación que promueve una forma de vida, no una causa; una armonía de vida, no una fe política; una lealtad bilateral, no un proyecto social o comercial”<sup>31</sup>.

El caso carecía en sí mismo de importancia, ya que Connecticut era uno de los últimos estados que conservaban legislaciones como la objetada, más la doctrina transformó a *Griswold* en un paradigma decisional ya que en él se argumentó y elaboró una concepción de la *privacy* que excedía en mucho el alcance político del fallo *per se*: *el derecho a la vida privada es un derecho de libertad y relativo a individuos, no a ámbitos o comunidades*. La sentencia se esgrimió como un bastión jurídico estratégico desde donde se pretendió por entonces, variar las concepciones clásicas del derecho de familia, las buenas costumbres y la moral pública.

Aunque corrido del eje temático, es importante para determinar la expansión del alcance de la tutela de la *privacy*, señalar que en el año 1967 la

---

<sup>31</sup> Justice Douglas: “...We deal with a right of privacy older than the Bill of Rights -- older than our political parties, older than our school system. Marriage is a coming together for better or for worse, hopefully enduring, and intimate to the degree of being sacred. It is an association that promotes a way of life, not causes; a harmony in living, not political faiths; a bilateral loyalty, not commercial or social projects. Yet it is an association for as noble a purpose as any involved in our prior decisions”. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). 381 U.S. 479

Corte Suprema de Justicia de los EEUU falla en el caso *Katz v. United States*<sup>32</sup>, y sienta el criterio por el cual debe interpretarse que la Cuarta Enmienda protege a las personas, más que a los lugares y, por ende, declara ilegítimo el registro de una conversación telefónica consumada por medios electrónicos colocados al exterior de una cabina pública por parte del FBI (en ocasión de una actividad de espionaje).

En 1972, en *Eisenstadt vs. Baird* se aplica la doctrina de *Griswold*, declarando inconstitucional una ley de Massachussets que prohibía la venta de anticonceptivos a personas casadas. La Corte argumentó que la *privacy* no refiere a grupos, sino a personas individualmente consideradas -arribando desde la *privacy* a la *autonomía de la voluntad*:- *el derecho del individuo, casado o soltero, para ser libre de indebidas injerencias gubernamentales en materias tan fundamentales que pueden afectar a una persona, como es la decisión de si un niño debe o no nacer...*<sup>33</sup>.

Marina Ventura apunta oportunamente que la orientación de la Corte en la materia ha sido la de reconocer el concepto de “*privacy-autonomy*” es decir *el derecho del individuo a determinar libremente su propia conducta no sólo en materia de sexo y familia, sino también en otras esferas sentidas como privadas o connaturales a la misma definición de su personalidad. Surge, por tanto, el deber del Estado de abstenerse en la regulación de dichas esferas, a la que se opone el llamado “derecho a la libertad frente a la regulación oficial”*<sup>34</sup>. De todas formas el reconocimiento de la tutela a la intimidad ha sido desperejo -creemos- debido al difuso contorno del contenido de lo tutelado<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967). <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=389&invol=347>, 10-3-2014.

<sup>33</sup> *Eisenstadt V. Baird*, 405 U.S. 438 (1972) 405 U.S. 438. *Eisenstadt, Sheriff v. Baird*. Appeal from the United States Court of Appeals for the First Circuit No. 70-17. Decidido en noviembre 17-18, 1971.

<sup>34</sup> VENTURA, Marina, “Silenzi ed equivoci nella giurisprudenza sulla “privacy” della Corte Suprema Americana”, en “Quaderni Costituzionali”, N° 2, Roma, Il Mulino, 1994, págs. 264 y ss.

<sup>35</sup> Algunas sentencias que evidencian la disparidad de criterios y variedad de las materias resueltas bajo el concepto de *privacy*, por la Suprema Corte de Justicia de los EE.UU., según los ha identificado Ventura: Sentencia *Robertson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538 (1902) y, en sentido opuesto, *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 122 Georgia 190, 50 S.E. 68 (1905), en mérito a la utilización de la imagen para

En 1973, se dicta sentencia en el caso *Roe vs. Wade*<sup>36</sup> sobre la penalización del aborto. Allí se declaró que la tutela de la intimidad no es un derecho absoluto, sino limitado cuando el Estado por un lado, debe proteger la salud, los estándares médicos y la vida prenatal. Mas por el otro, está obligado a proteger la potencialidad de la vida humana con posterioridad al primer trimestre del embarazo. Se resolvió finalmente que el derecho a la privacidad debía prevalecer al interés del Estado en proteger al *nacitvrvvm*: *aunque los resultados son divididos, la mayoría de esta Corte acuerda que el derecho a la privacy es lo suficientemente amplio como para cubrir la decisión de abortar: más, el derecho no es absoluto y se halla sujeto a limitaciones; y que algunos puntos el interés del Estado, como la protección de la salud, los estándares médicos y la protección prenatal, son dominantes*<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, se han resuelto *Doe v. Bollon*, 410 U.S. 179 (1973), *Colautti v Franklin*, 439 U.S. 379 (1979), *Thornburgh v. American College Obstetricians and Gynecologists*, 476 U.S. 747 (1986), *City Akron y, Akron Centerer for Reproductive Health Inc.*, 462 U.S. 416 (1983), *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980); *Maher v. Roe*, 432 U.S. 464 (1977); *Poelker v. Doe*, 432 U.S. 519 (1977) y *Beal v. Doe*, 432 U.S. 438 (1977).

6. En la actualidad es notable el estrechamiento de la protección de la intimidad frente a los medios de comunicación. La Corte Suprema norteamericana ha dado apoyo a la libertad de información de los *mass-media* por sobre la tutela de la vida privada, sólo salvaguardándola en casos extremos

finés comerciales; *Rhodes v. Graham*, 238 Kentucky 225, 37 S.W. 2nd 46 (1931) y *Mc Daniels v. Atlantic Coca-Cola Botling Co.*, 60 Georgia App. 92, 2 S.E. 2nd 810 (1939), en materia de interceptaciones y, por último, *Melvin v. Reid*, 112 California App. 285, 297 Pac. 91 (1931) y *Cason v. Baskin*, 159 Florida 31, 30 So. 2nd 635 (1947). VENTURA, Marina, “Silenzi ed equivoci nella giurisprudenza sulla “privacy” della Corte Suprema Americana”, op. cit. págs. 266 y ss.

<sup>36</sup> *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973) 314 F.Supp. 1217, affirmed in part and reversed in part. [http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC\\_CR\\_0410\\_0113\\_ZS.html](http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZS.html), 10-3-2014.

<sup>37</sup> *Idem*. Justice Blackmun: “...Although the results are divided, most of these courts have agreed that the right of privacy, however based, is broad enough to cover the abortion decision; that the right, nonetheless, is not absolute and is subject to some limitations; and that at some point the state interests as to protection of health, medical standards, and prenatal life, become dominant”.



cuando a la prensa se contraponen la difamación o *el derecho de identidad*, en cuyos casos *recurrir no a la privacy, sino a la autonomía de aquellas dos últimas figuras*<sup>38</sup>. Así lo evidencian sendos fallos de la Corte del Estado de California: *Melvin v. Reid*<sup>39</sup>, *Briscoe vs. Reader's Digest Association*<sup>40</sup>; y el de la Suprema Corte de los EE.UU: *Cox Broadcasting Corp. Vs. Cohn*<sup>41</sup>, entre otros. Esto no sorprende, cuando pensamos en nuestra posmodernidad ambivalente, signada por la *fase transnacional de consumo* del capitalismo.

Esta nueva era de la Historia se ve atravesada por el monopolio de la Economía que celebra los criterios del Mercado, más allá del *Stock Exchange*. Los Derechos Humanos, más que nunca, dependen de la realidad de las influencias humanas difusas de la economía y la cultura. Aún así, creemos posible construir un fundamento para la protección jurídica de la intimidad que comprenda a la vida -humana y no humana- como una empresa colectiva<sup>42</sup>. Quizá en ese sentido, sea valioso proteger al hombre en todas sus dimensiones, especialmente en la dimensión sutil de la privacidad, como supuesto de existencia de las sociedades.

---

<sup>38</sup> SUAREZ CROTHERS, Christian, op. cit., pág. 108.

<sup>39</sup> *Melvin v. Reid* (1931) 112 Cal. App. 285, 289 [297 P. 91].

<sup>40</sup> *Briscoe v. Reader's Digest Association, Inc.*, 4 Cal.3d 529. [L.A. No. 29813. In Bank. Apr. 2, 1971].

<sup>41</sup> *Cox Broadcasting Corp. v. Cohn*, 420 U.S. 469 (1975).

<sup>42</sup> *Quien desee ampliar v. CIURO CALDANI*, Miguel Ángel, "Un bioderecho cosmológico. El hombre como protagonista jurídico de la vida en el Cosmos", en "Jurisprudencia Argentina", 2011-IV, XIII Número Especial de Bioética, HOOFT, Pedro (Coord), Buenos Aires, Thompson Reuters, 2011, págs. 4 y ss; *CIURO CALDANI*, Miguel Ángel, "Distribuciones y repartos en el mundo jurídico", Rosario, UNR Editora, 2012.