

«THE RIGHT TO PRIVACY».
LA GÉNESIS DE LA PROTECCIÓN
DE LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA
CONSTITUCIONAL
NORTEAMERICANO:
EL CENTENARIO LEGADO
DE WARREN Y BRANDEIS

MARÍA NIEVES SALDAÑA

SUMARIO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LA EMERGENCIA DE LA DEFENSA DE LA PRIVACIDAD A FINALES DEL SIGLO XIX: «THE RIGHT TO BE LET ALONE». 3. LA TEORIZACIÓN DE WARREN Y BRANDEIS: «THE RIGHT TO PRIVACY». 4. RECEPCIÓN DEL «RIGHT TO PRIVACY» EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL COMMON LAW. 5. EL CENTENARIO LEGADO DE WARREN Y BRANDEIS: LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO. 6. ÚLTIMAS REFLEXIONES: «THE RIGHT TO PRIVACY» O LA PIEDRA DE TOQUE DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO.

«*THE RIGHT TO PRIVACY*». LA GÉNESIS DE LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO: EL CENTENARIO LEGADO DE WARREN Y BRANDEIS

MARÍA NIEVES SALDAÑA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad de Huelva

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Hace ya 120 años que vio la luz el clásico ensayo que bajo el título «*The Right to Privacy*» publicaron dos jóvenes abogados de Boston, Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, en la *Harvard Law Review* (vol. IV, núm. 5, 15 de diciembre de 1890, págs. 194-220). Desde entonces, ha sido uno de los artículos más citados por la doctrina¹ y jurisprudencia norteamericana², representando el ensayo

¹ Al respecto *vid.* SHAPIRO, F. R. (1985). «The Most-Cited Law Review Articles», *California Law Review*, vol. 73, págs. 1540-1554, especialmente pág. 1545; también de SHAPIRO (1995-1996). «The Most-Cited Law Review Articles Revisited», *Chicago-Kent Law Review*, vol. 71, págs. 751-779, especialmente pág. 767.

² De las numerosas sentencias del Tribunal Supremo norteamericano en las que se cita el artículo fundacional de Warren y Brandeis, *vid.* *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 534 (2001); *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 213 (1973) (Douglas, J., concurring); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Time, Inc v. Hill*, 385 U. S. 374 (1967); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942).

fundacional de la protección de la esfera privada en los Estados Unidos al dar forma a la clásica definición de la privacidad (*privacy*) entendida genéricamente como el derecho a ser dejado solo o a no ser molestado³, «*the right to be let alone*»⁴.

Al otro lado del Atlántico, los estudiosos del Derecho constitucional de nuestro país tienen la oportunidad de leer desde 1995 el célebre artículo en español, que bajo el título *El derecho a la intimidad*, editaron Benigno Pendás —quien se encargó de la introducción— y Pilar Baselga —a quien correspondió la traducción—, con el propósito, como dicen los propios editores, de contribuir «a una polémica apasionante»⁵. Sin embargo, en los más de quince años transcurridos desde la traducción al español no parece que se haya dedicado una especial atención al conocido ensayo de Warren y Brandeis, aunque es difícil no encontrar referencia alguna del artículo norteamericano en la mayoría de la literatura jurídica relativa al derecho a la intimidad de nuestro país⁶.

Con el objetivo de contribuir a un mayor acercamiento al célebre artículo, se han escrito las páginas que siguen, bajo un epígrafe que, a propósito y a diferencia de la traducción señalada, acuña la expresión anglosajona de *privacidad*. Realmente, la opción por el anglicismo, rechazado por los editores de la traduc-

³ En este trabajo se utiliza preferentemente la traducción literal «ser dejado solo», pues parece responder mejor a esa concepción de aislamiento y soledad que subyace en la fundacional concepción de Warren y Brandeis.

⁴ De la extensa literatura estudiosa del célebre artículo, *vid.* BRATMAN, B. E. (2002). «Brandeis and Warren's "The Right to Privacy" and The Birth of The Right to Privacy», *Tennessee Law Review*, vol. 69, págs. 623-651; DREYFUSS, R.C. (1999). «Warren and Brandeis Redux: Finding (More) Privacy Protection in Intellectual Property Lore», *Stanford Technology Law Review*, Paper núm. 8, págs. 1-32; KRAMER, I. R. (1990). «The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis», *Catholic University Law Review*, vol. 39, págs. 703-724; BARRON, J. H. (1979). «Warren and Brandeis, The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation», *Suffolk University Law Review*, vol. 13, págs. 875 y ss., GLANCY, D. J. (1979). «The Invention of the Right to Privacy», *Arizona Law Review*, vol. 21, núm. 1, págs. 1-39.

⁵ *Vid.* WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga, Madrid, Civitas, pág. 17. Para la revisión de la edición, *vid.* los comentarios de ARCE JANARIZ, A. (1996). *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, págs. 367-371; y de GARCÍA ROCA, J. (1996). *Revista de las Cortes Generales*, núm. 37, págs. 473-483.

⁶ Recientemente, algunos autores le han dedicado un mayor estudio, *vid.* CARRILLO SALCEDO, M. (2003). *El derecho a no ser molestado*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, especialmente págs. 36-39; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. (2004). *Una Aproximación crítica a la autodeterminación informativa*, Madrid, Civitas, págs. 66-73; GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (2004). *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, págs. 17 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E. (2005). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, págs. 327 y 328; LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P. (1990). *El derecho a la autodeterminación informativa. La protección de los datos personales ante el uso de la informática*, Madrid, Tecnos, págs. 57-59.

ción española⁷, con la que parecen estar de acuerdo sus comentaristas⁸, viene justificada por varios motivos. En primer lugar, desde un punto de vista estrictamente lingüístico, el título del artículo tiene perfecta traducción literal a nuestra lengua, dado que el término ha sido recepcionado oficialmente en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* con la voz de *privacidad*, definido como el «Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión», que no parece coincidir con el de *intimidad*, definido por una esfera más reducida en su segunda acepción, «Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia»⁹. Falta de coincidencia a la que hacía referencia la Exposición de Motivos de la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD)¹⁰.

⁷ «En todo caso, la intimidad (en general la vida privada; términos ambos preferibles al anglicismo «privacidad», del que prescindimos con gusto», *vid.* PENDÁS, B., Introducción a WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pág. 11.

⁸ *Cfr.* la revisión a la edición de ARCE JANARIZ en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, pág. 368. Por su parte, aunque considera rigurosa la opción por el sustantivo intimidad a la hora de traducir *privacy*, GARCÍA ROCA certeramente señala, sin embargo, que «la mayor amplitud que la jurisprudencia anglosajona otorga a la «privacy» respecto de nuestra «intimidad», me hacen pensar que tampoco hubiera sido desdeñable la expresión «vida privada», la cual denota un objeto de perfiles más extensos y, aunque es de origen francés, no suscita reparos en castellano», *op. cit.*, pág. 477.

⁹ *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, 2 Tomos, vigésima segunda edición, Madrid, Espasa Calpe, Tomo II, págs. 1835 y 1295, respectivamente. Sobre el diferente alcance de ambos términos, entre otros, *vid.* HERRÁN ORTIZ, A. I. (2004). *El derecho a la intimidad en la nueva ley orgánica de protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, especialmente págs. 42-51; CABEZUELO ARENAS, A. L. (1998). *Derecho a la intimidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, págs. 296-297; MARTÍNEZ SOSPEDRA, M. (1996). «Sobre la intimidad. Derecho a la intimidad, vida privada y *privacy*. El artículo 18.1 CE *in principio* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en VALLES COPEIRO DEL VILLAR, A. y AZNAR GÓMEZ, H. (coords.), *Sobre la Intimidad*, Valencia, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., págs. 129-152; RUIZ MIGUEL, C. (1995). *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, Tecnos, págs. 29-30.

¹⁰ «El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto, a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad y no de la intimidad: Aquella es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo—, la privacidad constituye un conjunto, más amplio, más global, de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado. Y si la intimidad, en sentido estricto, está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente

En segundo lugar, esta falta de coincidencia viene a justificar, igualmente, la elección del término *privacidad* cuando se analiza el artículo de Warren y Brandeis y su proyección en el sistema constitucional norteamericano. En efecto, aunque desde sus orígenes la formulación del derecho a la privacidad adquiere una connotación caracterizada por el rechazo de toda intromisión no consentida en la vida privada, especialmente del Estado y los medios de comunicación, haciendo prevalecer las ideas de aislamiento y autonomía, sin embargo, la aproximación al concepto de privacidad en la cultura jurídica norteamericana ha dependido de factores sociológicos, culturales y temporales que han dificultado una definición unánimemente aceptada¹¹, repercutiendo en los diferentes ámbitos constitucionales protegidos. Así, se ha formulado la *privacidad* en términos de anonimato y soledad¹², de secreto¹³, atendiendo a los conceptos de autonomía, individualidad, desarrollo de la persona-

desarrollo», *vid.* Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) (BOE núm. 262, de 31 de octubre de 1992), derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (BOE núm. 298, de 14 de diciembre de 1999), modificada a su vez por Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2003), y por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2011).

¹¹ De la extensa literatura, *vid.* SOLOVE, D. J. (2002). «Conceptualizing Privacy», *California Law Review*, vol. 90, págs. 1087-1155; POST, R. C. (2001). «Three Concepts of Privacy», *Georgetown Law Journal*, vol. 89, págs. 2087-2098; BENZANSON, R. P. (1992). «*The Right to Privacy Revisited: Privacy, News, and Social Change, 1890-1990*», *California Law Review*, vol. 80, págs. 1133-1175; RUBENFELD, J. (1989). «The Right of Privacy», *Harvard Law Review*, vol. 102, págs. 737-807; GERETY, T. (1977). «Redefining Privacy», *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, vol. 12, págs. 233-295.

¹² Entre otros, *vid.* GAVISON, R. (1980). «Privacy and the Limits of Law», *Yale Law Journal*, vol. 89, págs. 421-471; O'BRIEN, D. M. (1979). *Privacy, Law, and Public Policy*, New York, Praeger, especialmente pág. 16; BRECKENRIDGE, A. C. (1970). *The Right to Privacy*, Lincoln, University of Nebraska Press, especialmente pág. 1; GROSS, H. (1967). «The Concept of Privacy», *New York University Law Review*, vol. 42, págs. 34 y ss.

¹³ Siguiendo esta concepción, *vid.* ETZIONI, A. (1999). *The Limits of Privacy*, New York, Basic Books, especialmente pág. 196; DECEW, J. W. (1997). *In Pursuit of Privacy: Law, Ethics, and Rise of Technology*, Ithaca, Cornell University Press, especialmente pág. 48; POSNER, R. A. (1981). *The Economics of Justice*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, especialmente págs. 272-73.

¹⁴ En esta línea, *vid.* REIMAN, J. H. (1984). «Privacy, Intimacy, and Personhood», en *Philosophical Dimensions of Privacy: An Antobology*, SCHOEMAN, F. D. (ed.), Cambridge, New York, Cambridge University Press, págs. 300 y ss., especialmente pág. 314; HENKIN, L. (1974). «Privacy and Autonomy», *Columbia Law Review*, vol. 74, págs. 1410-1433; CRAVEN, B. (1976). «Personhood: *The Right to Be Let Alone*», *Duke Law Journal*, vol. 15, págs. 699-720; FRIED, C. (1968). «Privacy (A Moral Analysis)», *Yale Law Journal*, vol. 77, págs. 482-86; BLOUSTEIN, E. (1964). «Privacy-As an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser», *New York University Law Review*, vol. 39, págs. 962-1007, especialmente págs. 1000-1007.

lidad, y como sustrato esencial de la inviolable dignidad personal¹⁴, y, recientemente, se reivindica como derecho de control sobre el flujo de la información personal¹⁵.

La dificultad para definir con precisión el ámbito de la privacidad ha motivado que la jurisprudencia norteamericana haya adoptado una orientación pragmática, identificando el conjunto de intereses relevantes que progresivamente integran esta noción desde la perspectiva constitucional¹⁶. Así, aunque ni la Constitución norteamericana de 1787 ni sus Enmiendas mencionan expresamente el derecho a la privacidad (*right to privacy*), sin embargo, el Tribunal Supremo, a lo largo de una amplia y fluctuante jurisprudencia, lo ha considerado implícito en la libertad de asociación que ampara la Primera Enmienda, que salvaguarda frente a cualquier obligación legal de revelar la pertenencia a un grupo u organización¹⁷; en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarias (*unreasonable searches and seizures*), que limita la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales, incluyéndose no sólo los supuestos de invasión material (*physical trespass*) sino también de vigilancia electrónica¹⁸; en la Quinta Enmienda, que protege frente a la incrimi-

¹⁵ Vid. especialmente FRIED, C. (1967-1968). «Privacy», *The Yale Law Journal*, vol. 77, págs. 475-493; WESTIN, A. F. (1967). *Privacy and Freedom*, New York, Atheneum, especialmente pág. 7. MILLER, A. R. (1971). *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*, Ann Arbor, University of Michigan Press, especialmente pág. 25; también de MILLER (1969). «Personal Privacy in the Computer Age: The Challenge of a New Technology and Information Oriented Society», *Michigan Law Review*, vol. 67, págs. 1089-1246, especialmente pág. 1109.

¹⁶ He analizado previamente de forma detallada la configuración jurisprudencial del derecho a la privacidad por el Tribunal Supremo norteamericano, vid. SALDAÑA, M. N. (2011). «El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 28, págs. 273-304.

¹⁷ «El Congreso no hará ley alguna con respecto a la adopción de una religión o prohibiendo la libertad de cultos; o que restrinja la libertad de expresión o de prensa, o el derecho del pueblo a reunirse pacíficamente y a solicitar al gobierno la reparación de agravios», I Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791). Esta cuestión se planteó en las décadas de los cincuenta y sesenta del siglo pasado, con la aplicación de las normas reguladoras de la sedición contra el Gobierno federal o sus Estados miembros incluidas en la *Smith Act* de 1940, incluyéndose las asociaciones y organizaciones que persiguieran tales fines, de la extensa jurisprudencia, vid. *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449 (1958); *Shelton v. Tucker*, 364 U.S. 479 (1960); *Bates v. City of Little Rock*, 361 U.S. 516 (1960); *Gibson v. Florida Legislative Investigating Committee*, 372, U.S. 539 (1963); y *NAACP v. Alabama ex rel. Flowers*, 377 U.S. 288 (1964).

¹⁸ «El derecho del pueblo a la seguridad de sus personas, hogares, documentos y pertenencias frente a allanamientos y registros arbitrarios será inviolable, y no se expedirá ningún mandamiento, sino en virtud de causa probable, apoyado en juramento o promesa, que describa el lugar que ha de ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o incautadas», IV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791). De la abundante jurisprudencia, vid. *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942); *Lee v. United States*,

nación contra uno mismo y la obligación de revelar información personal¹⁹; en la reserva de derechos del pueblo que reconoce la Novena Enmienda²⁰; y en el concepto de libertad sustantiva que el Tribunal Supremo ha interpretado ampara la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*) de la Decimocuarta Enmienda²¹, que garantiza el derecho fundamental de la persona a la autonomía en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual sin injerencia estatal alguna, lo que le ha otorgado una «posición preferente» que impone a toda legislación que pretenda su restricción demostrar una extraordinaria justificación, esto es, un interés estatal relevante (*compelling state interest*)²², incluyéndose el derecho a contraer matrimonio, a tener hijos y decidir sobre la educación y crianza de éstos²³, al uso de anticonceptivos²⁴, el derecho al aborto²⁵ y a la libertad sexual en el ámbito privado²⁶, planteándose incluso si la cláusula del debido proceso ampara el derecho a rechazar un tratamiento médico y a una muerte digna²⁷, y, finalmente, en la década de los sesenta emerge una jurisprudencia vacilante que tiende a incluir en la zona de privacidad protegida constitucionalmente por el concepto de libertad de la

343 U.S. 747 (1952); *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954); *Map v. Ohio*, 367 U.S. 643, 656 (1961); *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505 (1961); *Osborn v. United States*, 385 U.S. 323 (1966); *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); y *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

¹⁹ «Ninguna persona [...] será obligada a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o propiedad sin el debido proceso legal», V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791). Vid. especialmente *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886); *Gould v. United States*, 255 U.S. 298 (1921).

²⁰ «La enumeración en la Constitución de ciertos derechos, no ha de interpretarse para negar o menospreciar otros que retiene el pueblo», IX Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791). Vid. especialmente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 484-485 (1965) (Goldberg, A. J., concurring).

²¹ «[...] Ningún Estado podrá privar a una persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal», XIV Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, Sección 1 (1868).

²² Al respecto vid. GOLDMAN, L. (2006). «The Constitutional Right to Privacy», *Denver University Law Review*, vol. 84, págs. 601-644.

²³ Vid. respectivamente, *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967); *Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*, 316 U.S. 535 (1942); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923).

²⁴ Vid. especialmente *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Carey v. Population Services International*, 431 U.S. 678, 687 (1977).

²⁵ Vid. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992); *Gonzales v. Carhart*, 127 S.Ct. 1610 (2007).

²⁶ Vid. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986); *Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

²⁷ Entre otros, vid. *Cruzan v. Director, Missouri Dep't. of Health*, 497 U.S. 261 (1990); *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702, 720 (1997).

Decimocuarta Enmienda el interés individual en evitar la divulgación de información personal, la llamada «*informational privacy*»²⁸.

Por tanto, la noción de privacidad con la que se designa la protección de la esfera privada de la persona en los Estados Unidos presenta unos contornos más amplios que la concepción de la intimidad imperante en el ámbito europeo y español, de carácter más restringido, de ahí que sea preferible recurrir al término de privacidad, que se aproxima en su acepción al significado y contenido más extenso del homólogo inglés, al identificarse con el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión²⁹.

Y en tercer lugar, la opción por el término *privacidad* se justifica porque lo que se pretende en estas páginas es analizar el artículo de Warren y Brandeis desde la perspectiva del Derecho constitucional de los Estados Unidos³⁰, entendiendo que su análisis ha de hacerse desde el ámbito jurídico en el que nace y alcanza proyección, en otro caso, se correría el riesgo de distorsionar a priori el objeto de estudio, desvirtuándose así la comprensión de su extraordinaria repercusión para la cultura jurídica norteamericana, como muestra la extensa literatura jurídica que ha originado en más de 120 años, que sin duda alguna evidencia, como reflejan las páginas que siguen, la validez de la concepción formulada por Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*» incluso a principios del siglo XXI.

2. LA EMERGENCIA DE LA DEFENSA DE LA PRIVACIDAD A FINALES DEL SIGLO XIX: «*THE RIGHT TO BE LET ALONE*»

La emergencia de la protección de la privacidad en el sistema jurídico norteamericano data de finales del siglo XIX, cuando fue abordado por algunos constitucionalistas y en ciertos pronunciamientos judiciales que sentaron las bases para su formulación a finales de la centuria decimonónica. En efecto, aunque no existía un concepto coherente de la «*privacy*» en el Derecho estadounidense cuando Warren y Brandeis escriben su célebre artículo en 1890, sin em-

²⁸ Vid. *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599-600, 605 (1977); *Nixon v. Administrator of General Services*, 433 U.S. 425, 457 (1977); *United States v. Westinghouse Electric Corporation*, 638 F.2d 570 (3d Cir. 1980); *Nelson v. NASA*, 506 F.3d 713, 715-16 (9th Cir. 2007); *National Aeronautic and Space Administration et al. v. Nelson et al.*, 131 S.Ct. 746 (2011).

²⁹ Para un análisis de la diferente evolución del derecho en el sistema constitucional norteamericano y el europeo, vid. WHITMAN, J. Q. (2004). «The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty», *Yale Law Journal*, vol. 113, págs. 1151-1221.

³⁰ Desde este planteamiento metodológico y atendiendo al objeto de estudio del trabajo, centrado en el ensayo fundacional del derecho a la privacidad de Warren y Brandeis y en su repercusión en el Derecho constitucional norteamericano, se hará referencia exclusivamente a la extensa bibliografía originada en el ámbito jurídico norteamericano.

bargo, es posible identificar algunas aportaciones precursoras de la teorización de los conocidos abogados de Boston³¹. Como han analizado diversos autores³², es posible identificar ya algunas nociones de privacidad en el Derecho colonial, recibidas de la tradición jurídica inglesa, que responden al clásico aforismo inglés «*a man's house as his castle*» (la casa de cada uno es su castillo). Un principio básico heredado del Derecho inglés que confiere al hogar del individuo la máxima protección personal³³. Principio paradigmáticamente formulado por William Pitt en el conocido discurso que pronunciara ante el Parlamento inglés en 1763, invocando la célebre máxima para reivindicar la protección personal del individuo frente al poder del Monarca incluso en la más humilde morada,

«El hombre más pobre, en su cabaña, desafía todas las fuerzas de la Corona. [Su cabaña] puede ser frágil, su techo tal vez es inestable, el viento se cuela por él, la tempestad lo penetra, no impide el paso de la lluvia, pero el Rey de Inglaterra no puede entrar en ella; ni con todo su poder se atreve a cruzar el umbral de esa ruinoso morada»³⁴.

La máxima inglesa sería recepcionada en las colonias norteamericanas. Así, el Código de Rhode Island de 1647 establecía «la casa de un hombre es para sí mismo, su familia y sus bienes como un castillo»³⁵. Y en 1774, el célebre John Adams se dirigía al jurado invocando el clásico aforismo inglés para reivindicar la protección legal del individuo en el hogar personal³⁶. Tradición que en 1791 alcanzaría expreso reconocimiento constitucional en la garantía de la Tercera Enmienda de la Constitución norteamericana, que prohíbe la requisa de domicilios particulares por los sol-

³¹ Sobre la protección de la privacidad en la Norteamérica decimonónica, *vid.* Note: (1981). «The Right to Privacy in Nineteenth Century America», *Harvard Law Review*, vol. 94, págs. 1892-1910.

³² *Vid.* FLAHERTY, D. H. (1972). *Privacy in Colonial New England*, Charlottesville, University Press of Virginia; O'CONNOR, Th. H. (1968). «The Right to Privacy in Historical Perspective», *Massachusetts Law Review*, vol. 53, págs. 101 y ss.

³³ Para un estudio de los orígenes de la máxima inglesa «*home is your castle*», *vid.* FLAHERTY, D. H. (1972). *Privacy in Colonial New England*, *op. cit.*, págs. 85-88.

³⁴ PITT, W. «*Speech on the Excise Bill*», en HANSARD, T. C. (ed.) (1753-1765). *The Parliamentary History of England from the Earliest Period to the Year 1803*, 23 vols., London, vol. 15, 1806-1820, pág. 1307.

³⁵ *Vid.* FLAHERTY, D.H. (1972). *Privacy in Colonial New England*, *op. cit.*, pág. 86.

³⁶ «*An Englishman's dwelling House is his Castle. The law has erected a Fortification round it*», en WROTH, L. K. y ZOBEL, H. B. (eds.) (1965). *Legal Papers of John Adams*, 3 vols., Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, vol. I, págs. 137-38, citado por FLAHERTY, D. H., *Privacy in Colonial New England*, *op. cit.*, pág. 88.

³⁷ «En tiempos de paz, ningún soldado será alojado en vivienda alguna sin el consentimiento del propietario; ni tampoco lo será en tiempos de guerra, salvo en la forma que prescriba la ley», III Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791).

dados sin el consentimiento de su propietario en tiempos de paz³⁷, en la garantía de la Cuarta Enmienda frente a registros y requisas arbitrarios o injustificados (*unreasonable searches and seizures*), limitando la intrusión del gobierno en las personas, domicilios, documentos y efectos personales³⁸, y también, de forma indirecta, en la Quinta Enmienda, que protege frente a la incriminación contra uno mismo e impide que el gobierno le obligue a revelar información personal y reservada³⁹.

Así, uno de los constitucionalistas más influyentes del período posterior a la Guerra Civil norteamericana, el juez Thomas M. Cooley afirmaba en la primera edición de su Tratado de Derecho Constitucional, *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* (1868), que las garantías de la Tercera, Cuarta y Quinta Enmiendas constituyen vehículos de protección de la privacidad individual, señalando que la máxima del *common law* «*a man's house as his castle*» que garantiza la inmunidad del ciudadano en su domicilio frente a la acción del gobierno y la protección en su persona, propiedad y documentación personal incluso frente a un proceso judicial, salvo supuestos muy específicos, formaba parte del Derecho constitucional norteamericano a través de la cláusula de la Cuarta Enmienda que prohíbe registros y requisas injustificadas de personas y domicilios⁴⁰. Incluso, Cooley establecía una suerte de «bisagra de privacidad» que ensambla a la Cuarta y Quinta Enmiendas, afirmando que no es admisible invadir la esfera privada del domicilio con el sólo propósito de obtener evidencias frente a su titular⁴¹.

³⁸ Inicialmente, la Cuarta Enmienda se establece como una garantía de la libertad y seguridad personal frente a los llamados «*Writs of Assistance*», mandatos generales otorgados por el Parlamento a las autoridades coloniales que autorizaban la entrada, registro y requisa de bienes y efectos, así como detenciones de personas, de los numerosos estudios, *vid.* CUDDIHY, W. J. (2009). *The Fourth Amendment: Origins and Original Meaning, 602-1791*, Oxford, New York, Oxford University Press; CLANCY, Th. K. (2008). *The Fourth Amendment: Its History and Interpretation*, Durham, Carolina Academic Press; AMAR, A. R. (1994). «Fourth Amendment First Principles», *Harvard Law Review*, vol. 107, págs. 757-819; DAVIES, Th. Y. (1999). «Recovering the Original Fourth Amendment», *Michigan Law Review*, vol. 98, págs. 547-750; TAYLOR, T. (1969). *Tow Studies in Constitutional Interpretation: Search, Seizure, and Surveillance and Fair and Free Press*, Columbus, Ohio State University Press; LANDYNSKI, J. B. (1966). *Search and Seizure and the Supreme Court: Study in Constitutional Interpretation*, Baltimore, Johns Hopkins University Press; y LASSON, N. B. (1937). *The History and Development of the Fourth Amendment to the United States*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1937.

³⁹ «Ninguna persona [...] será obligada a declarar contra sí misma en ningún proceso penal, ni será privada de su vida, su libertad o sus bienes sin el debido proceso legal», V Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1791).

⁴⁰ COOLEY, Th. M. (1868). *A Treatise on the Constitutional Limitations Which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union*, Boston, Little, Brown, and Co., págs. 299-300.

⁴¹ *Ibidem*, págs. 305 y 578. Cooley analizó detenidamente el significado y la relación entre las garantías de la Cuarta y Quinta Enmiendas, insistiendo en la manifiesta conexión entre ambas previsiones constitucionales, «La Cuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, que se re-

Cinco años más tarde, Sir James Fitzjames Stephen analizó brevemente la protección de la privacidad en el Tratado que, en respuesta a la teorización formulada por John S. Mill en su célebre ensayo *On Liberty*, publicó en 1873 bajo el sugerente título de *Liberty, Equality, Fraternity*⁴².

En 1879, once años antes del célebre artículo de Warren y Brandeis, el mismo Thomas L. Cooley acuñaba la expresión «*the right to be let alone*» en la primera edición de su *Treatise on the Law of Torts*, aunque Cooley utilizaba esta locución para definir el derecho individual a la inmunidad personal frente a agresiones físicas, «el derecho de la persona se dice que es el derecho a la completa inmunidad; a ser dejado solo»⁴³. Y al analizar los supuestos de violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas en los casos de registros y requisas ilegales del domicilio con el objetivo de obtener evidencias suficientes para el procesamiento del acusado, Cooley afirmaba que el derecho de la persona a protegerse frente a invasiones de la privacidad alcanza tanto frente a la intromisión ilegal de los agentes del gobierno como frente a la curiosidad lasciva del público en general⁴⁴.

Tan sólo seis años más tarde, en 1886, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos adoptó expresamente la argumentación de Cooley en el caso *Boyd v.*

coge también en las Constituciones de muchos Estados, claramente impediría la incautación de documentos de alguien con el fin de obtener pruebas en su contra; y el espíritu de la Quinta Enmienda de que ninguna persona podrá ser obligada a declarar contra sí misma en un proceso penal, también prohibiría tal incautación», *ibídem*, pág. 374, nota 4.

⁴² Stephen expone en *Liberty, Equality, Fraternity* la importancia que tiene la privacidad para el individuo en la sociedad, demandado su respeto por la legislación y la opinión pública, «La legislación y la opinión pública deben respetar escrupulosamente la privacidad en todos los casos. Definir el ámbito de la privacidad claramente es imposible, pero puede ser descrito en términos generales. Todas las relaciones más íntimas y delicadas de la vida son de tal naturaleza que someterlas a observación [...] inflige gran dolor, y puede causar un daño moral duradero [...] Tratar de regular los asuntos internos de una familia, las relaciones de amor o amistad, o muchas otras cosas del mismo tipo, por ley o por la coerción de la opinión pública, es como tratar de sacar una pestaña del ojo de un hombre con un par de tenazas. Pueden sacar el ojo, pero nunca podrán asir la pestaña», STEPHEN, J. F. (1873). *Liberty, Equality, Fraternity*, Warner, S. D. (ed.), Indianapolis, Liberty Fund, págs. 106-108.

⁴³ COOLEY, Th. M. (1879). *A Treatise on the Law of Torts or the Wrongs Which Arise Independently of Contract*, Chicago, Callaghan, pág. 29.

⁴⁴ «En su origen, estas previsiones tenían presente los males de tales medidas represivas por parte del gobierno o de sus agentes, como la incautación de documentos para obtener la evidencia de delitos intencionados; pero su protección va mucho más allá de tales casos; justamente supone que un hombre pueda tener secretos de negocios, de amistad o de los sentimientos más tiernos, respecto de los que sus libros, papeles o cartas pueden dar testimonio, pero de los que el público no tiene ningún interés; que incluso pueda tener hasta secretos de vergüenza que son tan exclusivamente de su propia preocupación que los demás no tienen derecho a entrometerse o hablar de ellos», *ibídem*, pág. 294.

United States, considerando que la aprehensión de documentos privados, previo requerimiento, y su utilización como evidencia probatoria era contrario a la Cuarta y Quinta Enmiendas. Así, al expresar la opinión del Tribunal, el juez Bradley retomaba la máxima inglesa «*home is your castle*» para declarar «*the sanctity of a man's home and the privacies life*», conectando por primera vez las garantías de la Cuarta y Quinta Enmiendas frente a la invasión gubernamental de la privacidad individual para obtener información reservada de la persona a través del registro ilegal de su domicilio al objeto de utilizarla como evidencia contra ella,

«La esencia misma de la libertad y seguridad constitucional se ve afectada ante cualquier invasión por parte del gobierno y de sus agentes de la santidad del hogar de la persona y de la privacidad de su vida. No es la rotura de sus puertas, o el registro de sus cajones lo que constituye la esencia del delito, sino la invasión de su inderogable derecho a la libertad y seguridad personal y a la propiedad privada»⁴⁵.

Por todo, a finales del siglo XIX el suelo constitucional norteamericano estaba ya sembrado de principios heredados de la tradición jurídica inglesa, que recepcionados en el sistema jurídico de las colonias habían alcanzado plasmación constitucional en las Enmiendas ratificadas en 1791 y en las aportaciones de conocidos constitucionalistas. Sin embargo, el gran desarrollo de la prensa y la proliferación de mecanismos de reproducción de imágenes, especialmente gracias a los avances en la fotografía, generalizó en el último tercio del siglo XIX la publicación por la prensa sensacionalista de aspectos de la vida privada, frente a la que no podía ejercitarse ninguna acción legal en defensa de una supuesta violación de la privacidad. De ahí que se fuera extendiendo la reivindicación de un recurso legal efectivo para su defensa⁴⁶. Así, John Bascom, máximo dirigente de la Universidad de Wisconsin en 1884, exigía el establecimiento de nuevas garantías en amparo del individuo frente a la prensa⁴⁷. Y tan solo seis meses antes de la publicación del artículo de Warren y Brandeis, el periodista Tires Godkin avanzaba ya en el *Scribner's Magazine* el rechazo de la publicación generalizada de aspectos íntimos de la vida privada, reivindicando el derecho del individuo a decidir qué ámbitos de la esfera personal pueden conocerse públicamente como uno de sus

⁴⁵ *Boyd v. United States*, 116 U.S. 616, 630 (1886). *Vid.* Note (1977). «The Life and Times of *Boyd v. United States* (1886-1976)», *Michigan Law Review*, vol. 76, págs. 184-212.

⁴⁶ Al respecto, *vid.* MENSEL, R. E. (1991). «“Kodakers Lying in Wait”: Amateur Photography and the Right of Privacy in New York, 1885-1915», *American Quarterly*, vol. 43, págs. 24-45, especialmente págs. 25 y 32; PEMBER, D. R. (1972). *Privacy and the Press: The Law, the Mass Media, and the First Amendment*, Seattle, University of Washington Press, págs. 10, 13 y 16.

⁴⁷ BASCOM, J. (1884). «Public Press and Personal Rights», *Education*, vol. 4, págs. 604 y ss., especialmente págs. 604-605. *Vid.* también las referencias citadas en Note: «The Right to Privacy in Nineteenth Century America», *op. cit.*, pág. 1909, nota 129.

«*natural rights*»⁴⁸. Sin embargo, en la diversa literatura jurídica no existía un concepto coherente de privacidad que garantizase su protección legal y constitucional frente a su invasión cuando Warren y Brandeis escriben en 1890 su célebre artículo «*The Right to Privacy*».

3. LA TEORIZACIÓN DE WARREN Y BRANDEIS: «THE RIGHT TO PRIVACY»

La doctrina germinada por Cooley sería posteriormente adoptada por Warren y Brandeis, quienes reformularon la expresión «*the right to be let alone*» en un estudio publicado el 15 de diciembre de 1890 en la *Harvard Law Review* —en cuya fundación había participado Brandeis en 1887—⁴⁹ con el título «*The Right to Privacy*»⁵⁰, cuando reaccionaban frente a la divulgación indiscriminada por la prensa de información privada y afirmaban que impedir su publicación es solo un ejemplo del derecho más general del individuo a ser dejado solo (*the more general right of the individual to be let alone*)⁵¹.

Realmente, los dos jóvenes abogados de Boston sólo tenían en común haber cursado conjuntamente en la *Harvard Law School* los estudios de Derecho (1875-1877)⁵².

⁴⁸ «El derecho a decidir qué conocimiento el público en general tiene derecho de este pensamiento personal y sentimiento, que conocimiento, por tanto, de su gusto y hábitos, de sus propias acciones privadas y asuntos, y de los de su familia que viven bajo su techo, es uno de sus derechos naturales», GODKING, T. (1890). «Rights of the Citizen: IV-To His Own Reputation», *Scribner's Magazine*, vol. 8, July-December, pág. 65. Sobre la influencia que ejerciese el artículo de Godking en la teorización de Warren y Brandeis, *vid.* TURKINGTON, R. C. y ALLEN, A. L. (1999). *Privacy Law: Cases and Materials*, St. Paul, Minn., West Group, págs. 40-41; *vid.* también GLANCY, D. J. (1979). «The Invention of the Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 2, nota 12 y págs. 9-10.

⁴⁹ Los jóvenes abogados habían publicado con anterioridad varios artículos en los primeros números de la Revista, *vid.* WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1889). «The Law of The Ponds», *Harvard Law Review*, vol. 3, págs. 1-22; y (1888) «The Watuppa Pond Cases», *Harvard Law Review*, vol. 2, págs. 195-211. Al respecto *vid.* STRUM, P. (1984). *Louis D. Brandeis: Justice for the People*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, pág. 37.

⁵⁰ Realmente, la expresión «*right to privacy*» había sido utilizada anteriormente por Thomas L. Cooley, *vid.* (1880). *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America*, Boston, Little, Brown, pág. 10.

⁵¹ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pág. 44. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 205. Realmente, el volumen 4 de la *Harvard Law Review* no entraría en circulación hasta 1891, *vid.* GORMLEY, K. (1992). «One Hundred Years of Privacy», *Wisconsin Law Review*, págs. 1335-1441, especialmente pág. 1336, nota 1.

⁵² *Vid.* SUTHERLAND, A. E. (1967). *The Law at Harvard: A History of Ideas and Men, 1817-1967*, Cambridge, Mass., Belknap Press of Harvard University Press, págs. 197-198; PAPER, L. J. (1983). *Brandeis*, Englewood Cliffs, N. J., Prentice-Hall, 1983, págs. 32-33.

En efecto, Louis D. Brandeis (1856-1941) pertenecía a una familia inmigrante judía procedente de Praga, venida a menos y asentada en Kentucky⁵³. Samuel D. Warren (1852-1910), por el contrario, a la más poderosa élite comercial y social de Boston, objetivo de la prensa sensacionalista de finales del siglo XIX⁵⁴. En este sentido, algunos comentaristas han afirmando que la aparición del célebre artículo estuvo motivada precisamente por la difusión en la prensa bostoniana, entre otros en *The Saturday Evening Gazette*, de aspectos íntimos de la vida familiar de Warren⁵⁵. Así, William Prosser ha sugerido que la aparición del artículo se debió a la extensa publicación en la prensa sensacionalista de Boston de los aspectos más íntimos del enlace matrimonial de la hija de Warren⁵⁶. Sin embargo, la tesis de Prosser no se sostiene dada la corta edad de la hija de Warren cuando aparece el artículo en 1890⁵⁷. Igualmente, el conocido biógrafo de Brandeis, Alfred Lief, ha señalado que la causa fue la sujeción de la vida privada de Warren a un constante escrutinio periodístico tras su matrimonio con la hija de un Senador del Estado de Delaware en 1883⁵⁸. Sin embargo, el nombre de Warren sólo se menciona en dos ocasiones en *The Saturday Eve-*

⁵³ De la extensa bibliografía sobre la vida y la obra de Brandeis, *vid.* MELVIN, M. I. (2009). *Louis D. Brandeis: A Life*, New York, Pantheon Books; PURCELL, E. A. (2000). *Brandeis and the Progressive Constitution*, New Haven, Yale University Press; DAWSON, N. L. (ed.). (1989). *Brandeis and America*, Lexington, University of Kentucky Press; PAPER, L. J. (1983). *Brandeis*, Englewood Cliffs, Prentice-Hall, Inc.; MASON, A. T. (1946). *Brandeis, a Free Man's Life*, New York, The Viking Press; LIEF, A. (1936). *Brandeis: The Personal History of an American Ideal*, New York, Stackpole Sons.

⁵⁴ Sobre Warren y Brandeis, *vid.* KONEFSKY, S. J. (1956). *The Legacy of Holmes and Brandeis*, The Macmillan Company.

⁵⁵ Para un análisis de las circunstancias que ocasionaron el escrito, *vid.* GLANCY, D. J. (1979). «The Invention of the Right to Privacy», *op. cit.*, págs. 5 y 6; MASON, A. T. (1946). *Brandeis: A Free Man's Life*, *op. cit.*, pág. 70.

⁵⁶ *Cfr.* PROSSER, W. (1960). «Privacy», *California Law Review*, vol. 48, págs. 383-423, especialmente, pág. 383. En este sentido, entre otros, *vid.* GREENE, J. (2006). «Beyond Lawrence: Metaprivacy and Punishment», *Yale Law Journal*, vol. 115, págs. 1862-1928, especialmente pág. 1885; ROSEN, J. (2001). *The Unwanted Gaze: The Destruction of Privacy in America*, New York, Vintage Books, pág. 43.

⁵⁷ Al respecto *vid.* GORMLEY, K. (1992). «One Hundred Years of Privacy», *op. cit.*, págs. 1348-1349; BARRON, J. H. (1979). «Warren and Brandeis, The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation», *op. cit.*, pág. 893; y PEMBER, D. R. (1972). *Privacy and the Press: The Law, The Mass Media, and the First Amendment*, Seattle, University of Washington Press, pág. 24.

⁵⁸ *Cfr.* LIEF, A. (1936). *Brandeis: The Personal History of an American Ideal*, *op. cit.*, pág. 51. En esta línea, aportando un análisis de más de sesenta publicaciones periodísticas de Boston, Nueva York y Washington en las que se refieren diversos aspectos de la vida privada de la familia de Warren desde 1883 hasta 1890, *vid.* GAJDA, A. (2008). «What if Samuel D. Warren Hadn't Married a Senator's Daughter?: Uncovering the Press Coverage that Led to «The Right to Privacy», *Michigan State Law Review*, págs. 35-60.

ning *Gazette* entre 1883 y 1890⁵⁹. Sea como fuere, lo cierto es que el intercambio de correspondencia entre Brandeis y Warren quince años más tarde viene a confirmar que Warren estaba muy enojado por los continuos abusos de la prensa sensacionalista, sugiriéndole a Brandeis la redacción del ensayo⁶⁰.

Sin duda, Warren y Brandeis se sienten amenazados por los riesgos que para la protección de la vida privada suponía la emergencia de la primigenia sociedad tecnológica de finales del siglo XIX. La proliferación de avances tecnológicos como el teléfono y el fotógrafo, así como el desarrollo de la prensa, amenazaban con la difusión indiscriminada de información privada, divulgándose los más íntimos detalles en las columnas de los periódicos para satisfacer la curiosidad lasciva mediante la intromisión en el ámbito privado. Preocupación paradigmáticamente reflejada en uno de los párrafos más citados del ensayo, presente igualmente en los escritos de autores de principios del siglo XX⁶¹,

«Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho «a no ser molestado». Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: «lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos» [...] La intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales»⁶².

⁵⁹ Vid. PAPER, L. J. (1983). *Brandeis, op. cit.*, pág. 35. Vid. también BARRON, J. H. (1979). «Warren and Brandeis, The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): *Demystifying a Landmark Citation*, *op. cit.*, págs. 891-907.

⁶⁰ Vid. Cartas de Brandeis a Warren de 8 de abril de 1905 y de Warren a Brandeis de 10 de abril de 1905, reproducidas en UROFSKY, M. I. y LEVY, D. W. (eds.) (1971-1978). *The Letters of Louis D. Brandeis*, 5 vols., Albany, State University of New York Press, vol. I, págs. 302-303. En este sentido, vid. PEMBER, D. R. (1972). *Privacy and the Press: The Law, the Mass Media, and the First Amendment*, *op. cit.*, págs. 24-25.

⁶¹ Quince años más tarde, en 1905, E. L. ADAMS reflejaba igualmente la preocupación de Warren y Brandeis ante la invasión generalizada de la vida privada del individuo por la pujante prensa norteamericana, vid. (1905). «The Right of Privacy, and Its Relation to the Law of Libel», *American Law Review*, vol. 39, págs. 37 y ss., especialmente, pág. 50; también de ADAMS (1902). «The Law of Privacy», *The North American Review*, vol. 175, págs. 161-169; vid. también, LARREMORE, W. (1912). «The Law of Privacy», *Columbia Law Review*, vol. 12, págs. 693-708.

⁶² WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, págs. 26 y 27. Para la edición original, vid. «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 196.

Frente a las posibilidades invasivas de la tecnología, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir «un principio que pueda ser invocado para amparar la intimidad del individuo frente a la invasión de una prensa demasiado pujante, del fotógrafo, o del poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos»⁶³. Este principio se materializa en el derecho a la privacidad (*right to privacy*), que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida «pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones»⁶⁴.

Realmente, la atribución igualitaria del derecho a la privacidad refleja un indudable carácter democrático en la doctrina de Warren y Brandeis, ajena a los planteamientos elitistas de la época⁶⁵. Elitismo social presente en los argumentos del precursor del célebre ensayo, el periodista Tires Godkin. En efecto, Godkin defendió en un artículo publicado en 1891, precisamente bajo el título «*The Right to Privacy*», que el derecho a la privacidad tenía un significado distinto para las diferentes clases o categorías de personas, argumentado que es un tipo de derecho para quien siempre ha vivido en su propia vivienda y otro distinto para quien habita en régimen de arrendamiento⁶⁶. Rechazando tal elitismo social, Warren y Brandeis afirman que el derecho a la privacidad es un derecho básico de toda persona, cualquiera que sea su *status* económico o social, defendiendo una teoría del derecho a la privacidad que encierra una indudable protección igualitaria de la personalidad individual,

«La finalidad del derecho debe ser garantizar a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad que no se han de ver arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, como proteger a toda persona, sea quien sea por su *status* o por su posición, de ver divulgados,

⁶³ *Ibidem*, pág. 47. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 206.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 31. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 198.

⁶⁵ En este sentido, *vid.* GLANCY, D. J. (1979). «The Invention of the Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 37.

⁶⁶ *Vid.* GODKIN, T. (1891). «The Right to Privacy», *Nation*, núm. 51, pág. 497. Anteriormente, en su ensayo precursor de la teorización de Warren y Brandeis, Godkin había defendido el diferente alcance que la privacidad podía tener para los distintos sujetos, « Por supuesto, la importancia atribuida a esta privacidad varía entre las personas. Su intromisión aflige o enoja a diferentes personas en grados diferentes. Irrita más a las mujeres que a los hombres, y a algunos hombres mucho más que a otros. A algunas personas les causa un dolor superlativo tener su vida privada descubierta ante el público. [Ellas] son el elemento en la sociedad que más contribuye a su crecimiento moral e intelectual y que el Estado está más interesado en estimar y proteger. [La dignidad] no es uno de los incidentes de la vida en un campamento, en una barraca, en un soldado, en una casa de vecindad, o en una caravana», GODKIN, T. (1890). «Rights of the Citizen: IV-To His Own Reputation», *op. cit.*, págs. 65-66.

contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados»⁶⁷.

Y al objeto de configurarlo con autonomía propia, el «*right to privacy*» es diferenciado por Warren y Brandeis tanto del genérico derecho a la libertad como del clásico derecho burgués de propiedad. En efecto, afirman que el derecho a la libertad asegura «*extensive civil privileges*», pero no otorga protección frente a la ofensa de los sentimientos por la invasión de la esfera privada. Igualmente, consideran que el derecho de propiedad solo garantiza cualquier forma de posesión, tangible o intangible, pero no la tranquilidad del espíritu que proporciona poder impedir la publicación de aspectos reservados de la persona⁶⁸. El derecho a la privacidad, sin embargo, otorga protección a los ámbitos más inmateriales, a los intereses espirituales de la persona, configurándose así como un derecho autónomo que adquiere sustantividad propia. Por todo, Warren y Brandeis fundamentan directamente el «*right to privacy*» en el derecho a disfrutar de la vida, rechazando expresamente cualquier conexión o asociación con los derechos de libertad o propiedad, ubicando el derecho a la privacidad en la categoría general del derecho individual «*to be let alone*»⁶⁹, «hoy en día el derecho a la vida significa el derecho a disfrutar de la vida, el derecho a no ser molestado»⁷⁰.

Realmente, el principal argumento que Warren y Brandeis esgrimen en defensa del derecho a la privacidad es la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su esfera privada y su propia información personal, por esto afirman que el principio que fundamenta su protección es el de la personalidad inviolable, «el principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada,

⁶⁷ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, op. cit., págs. 62-63. Para la edición original, vid. «The Right to Privacy», op. cit., págs. 214-215.

⁶⁸ «¿Cuál es la naturaleza, el fundamento de este derecho a impedir la publicación de manuscritos y obras de arte? Se ha dicho que es una aplicación del derecho de propiedad [...] Pero cuando el valor de la obra no reside en el derecho a obtener las ganancias que se derivan de su publicación, sino en la tranquilidad del espíritu y el alivio que proporciona el poder impedir su publicación, resulta difícil considerar este derecho como un derecho de propiedad, en la acepción común del término», *ibidem*, págs. 34 y 35. Para la edición original, vid. «The Right to Privacy», op. cit., pág. 200.

⁶⁹ «Estas consideraciones nos llevan a la conclusión de que la protección otorgada a los pensamientos, sentimientos y emociones manifestados por escrito o en forma artística, en tanto en cuanto consista en impedir la publicación, no es más que un ejemplo de la aplicación del derecho más general del individuo a no ser molestado», *ibidem*, pág. 44. Para la edición original, vid. «The Right to Privacy», op. cit., pág. 205.

⁷⁰ *Ibidem*, pág. 22. Para la edición original, vid. «The Right to Privacy», op. cit., pág. 193.

sino el de la inviolabilidad de la persona»⁷¹. Así, Warren y Brandeis abogaron por un sistema legal que reconociera y protegiera el derecho a la privacidad porque consideraron que cuando la información sobre la vida privada de una persona es conocida por terceros se menoscaba el núcleo de la personalidad individual. Por tanto, la concepción original del derecho a la privacidad refleja una dimensión psicológica, para Warren y Brandeis el derecho a la privacidad es el derecho de toda persona a proteger su integridad psicológica ejerciendo control sobre aquella información que afecta a la personalidad individual por reflejar su propia autoestima, de ahí que el derecho a la privacidad forme parte del derecho más general a la inmunidad de la persona, en definitiva «*the right to one's personality*»⁷².

Aunque Warren y Brandeis afirman que no pretenden *inventar* nada nuevo, antes al contrario, defienden que el derecho a la privacidad es un principio existente en el *common law* que proporciona suficiente base para reconocer a cada persona un mínimo control sobre la publicación por la prensa y otros medios de reproducción de información personal que le afecta⁷³. Incluso, Warren y Brandeis citan diferentes casos ingleses previos para demostrar que el *common law* había venido ofreciendo ya alguna protección frente a la publicación no consentida de diversos aspectos de la vida privada a través de la aplicación inadecuada del Derecho de propiedad intelectual y de la quiebra de confianza o de la buena fe de la teoría de los contratos, de ahí que el llamado «*right to privacy*» no fuese más que una aplicación de una regla ya existente⁷⁴. Sin embargo, realmente, Warren y Brandeis pretendieron introducir en el *common law* una nueva acción legal de indemnización por daños (*privacy tort*), que, a diferencia del libelo difamatorio, se fundamenta en los perjuicios ocasionados frente a la recopilación y publicación de aspectos reservados de la vida personal⁷⁵. Una acción de protección de la privacidad diferenciada de la clásica acción por difamación que sólo garantizaba la reputación frente a la divulgación de hechos falsos, dado que a finales del siglo

⁷¹ *Ibidem*, pág. 45. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 205.

⁷² «[...] y no se vislumbra una base sobre la que poder sustentar el derecho a impedir la publicación y la reproducción de las llamadas obras literarias y artísticas, como no sea sobre el derecho a la intimidad, en cuanto parte de un derecho más general a la inviolabilidad de la persona — del derecho a la propia personalidad», *ibidem*, pág. 48. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 207.

⁷³ «El *common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones», *ibidem*, pág. 31. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 198.

⁷⁴ *Ibidem*, pág. 60. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 213, nota 1.

⁷⁵ *Ibidem*, págs. 70-71. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 219.

XIX se había aceptado la veracidad de lo publicado como defensa en un proceso por libelo difamatorio⁷⁶.

Por tanto, aunque la acción por invasión de la privacidad que Warren y Brandeis formularon presente cierta similitud con la acción por difamación, sin embargo, a diferencia de los supuestos de libelo difamatorio, la prueba de la veracidad de lo difundido no constituye una defensa que justifique la invasión, por cuanto que es precisamente su publicación o difusión el agravio que se pretende reparar⁷⁷. Por esto, insistieron en las diferencias entre la fundamentación externa de la acción por difamación y la dimensión interna de la personalidad que fundamenta el derecho a la privacidad. Así, mientras que el Derecho de difamación descansa sobre los daños ocasionados en la reputación, sobre el perjuicio causado en las relaciones de la persona con la comunidad al deteriorar su consideración frente a los demás, de ahí que los derechos reconocidos en el ámbito de la difamación o el libelo sean de naturaleza más bien material, por el contrario, el derecho a la privacidad se fundamenta en el efecto lesivo que la publicación ejerce sobre su autoestima y sentimientos, de ahí su naturaleza inmaterial o espiritual⁷⁸.

Sin embargo, no se piense en el derecho a la privacidad en sentido absoluto, Warren y Brandeis reconocen que puede haber circunstancias en las que la privacidad de la persona ceda ante las exigencias del bienestar público o de la jus-

⁷⁶ Sobre la evolución del reconocimiento legal y jurisprudencial de la verdad de los hechos publicados como defensa en las acciones por difamación civil y criminal, *vid.* FRANKLIN, M. (1964). «The Origins and Constitutionality of Limitations on Truth as a Defense in Tort Law», *Stanford Law Review*, vol. 16, págs. 789-805; ROSENBERG, N. L. (1975). «The New Law of Political Libel: A Historical Perspective», *Rutgers Law Review*, vol. 28, págs. 1141 y ss., especialmente, págs. 1142-1152.

⁷⁷ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pág. 69. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, págs. 218-219.

⁷⁸ «El principio en el que se basa la ley de difamación abarca un tipo de consecuencias radicalmente diferentes de aquellas que exigen ahora nuestra atención. Esta contempla solamente los perjuicios causados a la reputación, los daños causados al individuo en sus relaciones externas con la comunidad, al hacerle perder la estima de sus conciudadanos. Independientemente de la amplitud alcanzada en la divulgación e independientemente de lo inapropiado de la publicación, para que haya lugar a demanda por difamación lo que se hace público sobre una persona debe tener intención directa de perjudicarle en su relación con otros, y tanto en lo escrito como en lo publicado debe hacerle objeto del odio, del ridículo o del desprecio de sus conciudadanos —el efecto que pueda tener lo publicado en su propia estima y en sus sentimientos no constituye un elemento esencial en el fundamento de la acción—. En resumen, los daños y los correspondientes derechos reconocidos por la ley de difamación y libelo son, por su naturaleza, más bien materiales que espirituales [...] nuestro derecho no reconoce ningún principio bajo el que pueda otorgarse una compensación por mera ofensa a los sentimientos», *ibídem*, págs. 28 y 29. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* pág. 197.

ticia, aunque este es, sin duda, «*a difficult task*»⁷⁹. Para los jóvenes abogados, la efectiva protección de la privacidad requiere que el individuo tenga la posibilidad de reforzar su decisión sobre la información personal que desea mantener privada, de ahí que Warren y Brandeis conciben el derecho a la privacidad como una suerte de presunción a favor del control individual sobre la información personal. Presunción afectada por varios tipos de limitaciones. En primer lugar, el derecho a la privacidad no impide la publicación de aquello que es de interés público o general; en segundo lugar, cuando la revelación de la información privada se realiza en circunstancias que conforme al régimen jurídico del Derecho de libelo y difamación sería calificada de información privilegiada o cuando la revelación se produce en cumplimiento de un deber público, de carácter jurídico o moral; en tercer lugar, cuando la publicación se hace en forma oral y sin causar daños especiales; y, finalmente, la protección del derecho decae cuando es el propio sujeto quien publica los hechos reservados u otorga su expreso consentimiento⁸⁰.

Sin duda, el célebre lamento de Warren y Brandeis frente a la divulgación generalizada de los aspectos más íntimos de la vida privada en la prensa de finales del siglo XIX, refleja una evidente preocupación por la desvirtuación de la funcionalidad de la prensa en la formación de una opinión pública debidamente informada de asuntos de interés general⁸¹. Por esto, Warren y Brandeis consideran que el «*right of privacy*» no impide la publicación de asuntos que son «*of public or general interest*»⁸². Aunque reconocen las dificultades para trazar un límite preciso entre asuntos de interés público y aquellos reservados al ámbito privado, establecen la premisa de que los actos de las personas públicas son de interés general y deben, por tanto, ser publicados. Sin embargo, los asuntos que no pueden ser objeto de publicación son aquellos que hacen referencia a la vida privada, cos-

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 61. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* pág. 214.

⁸⁰ *Ibidem*, págs. 62-68. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* págs. 214-218.

⁸¹ «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. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos, para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales, obtenidos, únicamente, mediante la intromisión en el ámbito privado [...] Cuando el chisme referido a una persona alcanza el rango de letra impresa, ocupando el espacio disponible para los temas de verdadero interés para la comunidad, ¿cómo puede extrañarnos que los ignorantes y los inconscientes confundan su importancia relativa?», *ibidem*, págs. 26 y 27. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* pág. 196.

⁸² *Ibidem*, pág. 62. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* pág. 214.

tumbres, hechos y relaciones de un individuo cuando no tienen una conexión legítima con el ejercicio de un cargo público o cuasi-público⁸³.

Realmente, la distinción de Warren y Brandeis entre el ámbito privado, reservado al individuo, y el público o general, de legítimo conocimiento por el conjunto de la sociedad, forma parte de la tradición jurídica angloamericana y de la propia cultura jurídica continental europea basada en la clásica distinción entre el «*ius publicum*» y el «*ius privatum*». Además, la expresa distinción de Warren y Brandeis entre la esfera privada y la pública refleja la creciente preocupación en la cultura jurídica norteamericana de finales del siglo XIX por una emergente evaporación de la esfera privada ante el avance imparable del ámbito público. Paradójicamente, sin embargo, para Warren y Brandeis la intensidad y complejidad de la vida, consecuencia del progreso de la civilización, exige un cierto distanciamiento del mundo, convirtiéndose la soledad y el recogimiento en algo esencial para la persona, de ahí que la invasión de la esfera privada a través de los nuevos medios tecnológicos le cause una angustia y sufrimiento espiritual mucho mayor que el producido por el daño físico⁸⁴. Para superar esa tendencia a la invasión de la esfera privada por el ámbito público, Warren y Brandeis ofrecen una solución de evidente orientación individualista, dado que lo privado se ha caracterizado por su conexión con el individuo, pertenece al propio individuo decidir qué aspectos que le son relativos deben mantenerse privados y cuáles y en qué medida pueden acceder «*to the public*»,

«El *common law* garantiza a cada persona el derecho a decidir hasta qué punto pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones. Bajo nuestro sistema político, nunca se puede forzar a alguien a expresarlos (salvo cuando se comparece como testigo); e incluso, cuando ha elegido expresarlos, retiene, por regla general, el poder de fijar los límites de la publicidad que se les podrá dar. La existencia de este derecho no depende del medio concreto de expresión utilizado. No importa que sea de palabra o por seña, mediante la pintura, la escultura o la música. La existencia de este derecho no depende tampoco de la naturaleza o valor del pensamiento o de la emoción, ni de la calidad de los medios empleados en su expresión. De igual protección disfrutaban una carta intrascendente o unas declaraciones en un periódico que el más valioso poema o ensayo, una cha-

⁸³ «Por regla general, los asuntos por los que una publicación debería ser prohibida pueden describirse como aquellos que hacen referencia a la vida privada, costumbres, hechos y relaciones de un individuo, cuando no tienen una conexión legítima con su adecuación para un cargo público o cuasi público, que busca o para el que es propuesto, y cuando no tienen legítima relación ni nada que ver con algún hecho que haya tenido lugar mientras ocupaba un empleo público o cuasi público», *ibidem*, pág. 65. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 216.

⁸⁴ *Ibidem*, págs. 26 y 27. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.* pág. 196.

puza o un pintarrajo que una obra maestra. En cada uno de estos casos es el autor quien tiene derecho a decidir si lo que es suyo debe salir a la luz pública»⁸⁵.

Como puede apreciarse, a lo largo de la teorización de Warren y Brandeis se refleja la tradición decimonónica liberal de los derechos individuales, predominando una evidente dimensión individualista de la posición de la persona frente a la colectividad, aceptándose la concepción milliana del individuo como presupuesto básico del progreso y del dinamismo social. En efecto, su ensayo fundacional «*The Right to Privacy*» se abre con una referencia expresa al individuo, «Es un principio tan viejo como el *common law* que el individuo debe gozar de total protección en su persona y en sus bienes», y se cierra, igualmente, con una suerte de conclusión-advertencia sobre la dependencia de la sociedad del efectivo reconocimiento y protección de los derechos individuales, «De todas maneras, la protección de la sociedad debe venir, principalmente, a través del reconocimiento de los derechos de la persona»⁸⁶. Resonando así en la teorización de la privacidad formulada por Warren y Brandeis, en la noción de un derecho individual «*to be let alone*», la máxima milliana sobre la que descansa el célebre ensayo en defensa de la libertad individual *On Liberty*, esto es, el respeto de la autonomía individual, el respeto de esa esfera de libertad de la persona que le permite alcanzar su autorrealización personal, de ahí que el individuo no sea responsable ante la sociedad por sus acciones en la medida en que éstas no le conciernen más que así mismo⁸⁷. Por tanto, para Warren y Bran-

⁸⁵ *Ibidem*, págs. 31 y 32. Para la edición original, *vid.* «*The Right to Privacy*», *op. cit.* págs. 198-199.

⁸⁶ *Ibidem*, págs. 21 y 72, respectivamente. Para la edición original, *vid.* «*The Right to Privacy*», *op. cit.* págs. 193, 219-220. Para un estudio de la influencia de la tradición individualista en la concepción de Warren y Brandeis, *vid.* GLANCY, D. J. (1979). «*The Invention of the Right to Privacy*», *op. cit.* págs. 21-28.

⁸⁷ «Hay una esfera de acción en la cual la sociedad, como distinta del individuo, no tiene, si acaso, más que un interés indirecto, comprensiva de toda aquella parte de la vida y conducta del individuo que no afecta más que a él mismo, o que si afecta también a los demás es sólo por una participación libre, voluntaria y reflexivamente consentido por ellos [...] Esta es, pues, la razón propia de la libertad humana. Comprende, primero, el dominio interno de la conciencia, exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas [...] En segundo lugar, la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queremos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos pueden pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismo límites, de asociación entre individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás; y en el supuesto de que las personas que se asocien sean mayores de edad y no vayan forzadas

deis el derecho a la privacidad asegura la capacidad de la persona para determinar el desarrollo de su personalidad gracias al control de su propia existencia vital, control esencial para garantizar la autodeterminación, la autonomía y, en definitiva, la dignidad de la persona, de ahí que el derecho a la privacidad garantice «*the conduct of a noble life*»⁸⁸.

Por todo, Warren y Brandeis abogaron por un sistema jurídico que reconociera y protegiera el derecho a la privacidad porque consideraron que cuando la información sobre la vida privada de una persona es conocida por terceros se menoscaba el núcleo de la personalidad individual. Avanzando los jóvenes abogados de Boston en las últimas líneas del célebre ensayo la defensa constitucional de la privacidad, al invocar el derecho a no ser molestado en el marco del clásico aforismo inglés «*a man's house as his castle*» tanto frente a la prensa sensacionalista como frente al omnipresente poder estatal, argumentos que —como veremos más adelante— el mismo Brandeis defenderá como magistrado del Tribunal Supremo cuarenta años más tarde en su célebre opinión disidente del caso *Olmstead v. United States*⁸⁹,

«El *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso, para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?»⁹⁰.

4. RECEPCIÓN DEL «*RIGHT TO PRIVACY*» EN LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL *COMMON LAW*

Sin duda, la influencia ejercida por el artículo publicado por Warren y Brandeis en la *Harvard Law Review* bajo el título «*The Right to Privacy*» en 1890 es incuestionable, originando y fundamentando la preocupación colectiva por el reconocimiento y garantía de la esfera privada en los Estados Unidos a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. En efecto, inmediatamente tras su publi-

ni engañadas», MILL, J. S. (1990). *Sobre la Libertad*, traducción de P. de Azcárate, prólogo de Isaiah Berlin, Madrid, Alianza Editorial, págs. 68 y 69, para la edición inglesa *cfr.* MILL, J. S. (1859). *On Liberty*, RAPAPORT, E. (ed.), Indianapolis, Cambridge, Hackett Publishing Company, Inc., 1978, especialmente págs. 11-12.

⁸⁸ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, págs. 47-48. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 207.

⁸⁹ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478, 479 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

⁹⁰ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, págs. 72 y 73. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 220.

cación el ensayo alcanzó repercusión en la prensa bostoniana, que no aceptó de buen grado el concepto del derecho a la privacidad defendido por los jóvenes abogados. Así, el *Atlantic Monthly* anunciaba con evidentes reticencias la defensa de un mecanismo legal de protección del ámbito privado en una columna periodística titulada «*The right to be let alone*»⁹¹. Igualmente, *The Spectator* daba cuenta de la reivindicación de un nueva vía de protección frente a la invasión de la privacidad bajo el rótulo «*The Defense of Privacy*»⁹². Sin embargo, la doctrina jurídica del momento acogió mayoritariamente la teorización de Warren y Brandeis y reivindicó el reconocimiento de un derecho a la privacidad, citando y analizando extensivamente el artículo y los argumentos esgrimidos por los abogados de Boston en «*The Right to Privacy*»⁹³.

Tan solo un año después de la publicación del célebre artículo, en 1981, Tribunal Supremo norteamericano se basó en el derecho «*to be let alone*» para fundamentar en *Union Pacific Railway Co. v. Botsford* que en un proceso civil un Tribunal no puede obligar a un ciudadano a someterse a un examen quirúrgico, afirmando que ningún derecho es más sagrado ni más cuidadosamente protegido por el *common law* que el relativo a la posesión y control de la propia persona, libre frente a cualquier restricción e interferencia de terceros, salvo por la clara e incuestionable autoridad de la ley, como había dicho el juez Cooley, «el derecho

⁹¹ «Seguramente es imposible que el derecho, que estamos acostumbrados a considerar como una agencia para proteger nuestras vidas y nuestros bolsillos, con un perfecto desprecio hacia los sentimientos, debiera preocuparse de la privacidad de la persona y sin embargo nada menos que esto parece ser la conclusión de un culto e interesante artículo en un número reciente de la *Harvard Law Review*, titulado *El Derecho a la Privacidad*», *vid.* «*The right to be let alone*», *Atlantic Monthly*, núm. 67, 1891, págs. 428-29.

⁹² «Los norteamericanos cultos comienzan tan profundamente a odiar el sistema de publicidad excesiva, que ellos mismos han sido el instrumento principal en producir, que están analizando la manera y los medios de restringirlo por sanciones legales. La *Revista de Derecho de Harvard* se inclina incluso a mantener, aunque no, imaginamos, con gran certeza, que el Derecho vigente de Massachusetts, que es en esencia Derecho inglés, permitiría, justamente interpretado, un medio de castigar las intrusiones en la vida privada», *vid.* «*The Defense of Privacy*», *The Spectator*, núm. 66, 7 de febrero de 1891, pág. 200.

⁹³ Entre otros, *vid.* Note (1891). «*The Right to Privacy*», *Harvard Law Review*, vol. 5, pág. 148; (1894). «*The Right to Privacy*», *Green Bag*, vol. 6, págs. 498 y ss.; MATLACK, S. D. (1895). «*Corliss v. E.W. Walker Co. United States Circuit Court, District of Massachusetts*», *American Law Register and Review*, vol. 43, págs. 134 y ss.; SPEED, J. G. (1896). «*The Right of Privacy*», *North American Review*, vol. 158, págs. 64-74. La postura más crítica fue adoptada por Herbert S. Hadley, argumentando que tal derecho a la privacidad no existía, que Warren y Brandeis habían malinterpretado las fuentes en que se basaban, y que la jurisdicción de *equity* no reconocía un derecho relacionado con los sentimientos, *vid.* HADLEY, H. S. (1894). «*The Right to Privacy*», *Northwestern University Law Review*, vol. 3, págs. 1 y ss., especialmente págs. 3-4.

de la persona puede decirse que es un derecho de completa inmunidad; a ser dejado solo»⁹⁴.

Asimismo, la teorización de Warren y Brandeis recibió especial atención en diversos pronunciamientos de Tribunales de Nueva York, aunque en estos primeros casos es el derecho a la imagen el que está en juego, considerado parte integrante del derecho más general a la privacidad. Así, en 1891 se sustanció el caso *Schuyler v. Curtis*, en el que se impidió el levantamiento de una estatua de una mujer fallecida sin el consentimiento de su familia, citándose y aplicándose por primera vez en sede judicial el artículo y los conceptos formulados por Warren y Brandeis⁹⁵. El caso sería confirmado en las subsiguientes apelaciones en base —como señaló entonces Elbridge L. Adams⁹⁶—, a los argumentos defendidos en «*The Right to Privacy*»⁹⁷. Dos años más tarde, en 1893, en el caso *Marks v. Jaffa*, originado por la publicación de la imagen de un artista sin su expreso consentimiento, el Tribunal Supremo de Nueva York citaba el caso *Schuyler v. Curtis* y el artículo de Warren y Brandeis, afirmando que ningún periódico o institución tiene derecho a usar el nombre o la imagen de una persona sin su consentimiento y reconociendo el derecho del individuo a ser protegido en su persona y propiedad, de ahí que los tribunales deban garantizar el derecho «*to be let alone*»⁹⁸. Sin embargo, 1895 el Tribunal de Apelaciones de Nueva York rechazó la decisión de *Schuyler v. Curtis* por considerar que, en caso de existir, el derecho a la privacidad de la mujer fallecida se había extinguido con ella⁹⁹. Con todo, cuatro años más tarde, en 1899, el Tribunal Supremo de Michigan citó el artículo y examinó los argumentos de Warren y Brandeis en defensa de la privacidad en *Atkinson v. John E. Doherty & Co.*, aunque no los aplicó directamente al estimar que el nombre y la imagen de una persona no podían integrarse en el ámbito de los derechos de propiedad, considerando tal incorporación competencia del legislador estatal¹⁰⁰.

⁹⁴ *Union Pacific Raylway Co. v. Botsford*, 141 U.S. 250, 251 (1891).

⁹⁵ En *Schuyler v. Curtis* el juez O'Brien citaba tres párrafos del artículo, afirmando que el escrito de Warren y Brandeis «bien merece y recibirá la lectura atenta de cada abogado», 15 N.Y.S. 787 (N.Y. Spec. Term 1891). En defensa de la decisión, *vid.* (1891). «The Right to Privacy», *Green Bag*, vol. 3, págs. 524 y ss.

⁹⁶ *Vid.* ADAMS, E. L. (1905). «The Right of Privacy, and Its Relation to the Law of Libel», *op. cit.*, pág. 41.

⁹⁷ *Vid.* *Schuyler v. Curtis*, 19 N.Y.S. 264 (N.Y. Gen. Term 1892) y *Schuyler v. Curtis*, 24 N.Y.S. 509 (N.Y. Spec. Term 1893).

⁹⁸ *Marks v. Jaffa*, 26 N.Y.S. 908, 909 (N.Y. City Super. Ct. 1893).

⁹⁹ *Schuyler v. Curtis*, 42 N.E. 22, 25 (N.Y. 1895). *Vid.* Note (1895). «The Right to Privacy-The Schuyler Injunction», *Harvard Law Review*, vol. 9, págs. 354-356; HAND, A. N. (1897). «Schuyler Against Curtis and the Right to Privacy», *American Law Register and Review*, vol. 45, págs. 745-759.

¹⁰⁰ *Atkinson v. John E. Doherty & Co.*, 80 N.W. 285, 286, 288-289 (Mich. 1899).

Entrado el siglo XX, en 1902, en el caso *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, una joven estudiante demandó a la empresa Rochester por publicar miles de fotografías de su imagen con fines comerciales sin su consentimiento, alegando expresamente la teorización de Warren y Brandeis en su defensa. El Tribunal de Nueva York reconoció la violación del derecho a la privacidad, estimando que la imagen de una persona tiene un valor que pertenece exclusivamente a su titular, salvo que medie su consentimiento expreso. Su decisión sería confirmada por el Tribunal Supremo de Nueva York. Expresando la opinión del Tribunal, el juez Rumsey se acogió al precedente judicial sentado en los casos *Schuyler* y *Marks* y citó gran parte de los casos ingleses que sirvieron a Warren y Brandeis para fundamentar el derecho a la privacidad, concluyendo que la jurisdicción del Tribunal se podía extender más allá de los derechos de propiedad al afirmar que la protección descansaba en el derecho que la demandante tenía sobre su propio cuerpo¹⁰¹. Sin embargo, en una decisión mayoritaria muy ajustada, defendida por el juez Parker, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York revocó la sentencia, declarando que tal «*right to privacy*» no estaba reconocido en el *common law* del Estado y que su eventual incorporación podría generar una notable alteración en el sistema judicial estatal, que llegaría a colapsarse no solamente por la excesiva litigación que provocaría sino también por la tendencia a la progresiva expansión de los ámbitos garantizados por tal derecho¹⁰². Con todo, en la opinión discrepante minoritaria el juez Gray afirmaba que el derecho a la privacidad o el derecho de la persona a estar sola es un derecho individual reconocido por la justicia, un complemento del derecho a la inmunidad personal, reconociendo, por tanto, el derecho de la demandante a la protección de su imagen¹⁰³.

La decisión mayoritaria del Tribunal de Apelaciones fue tan cuestionada por la doctrina y opinión pública neoyorquina¹⁰⁴, que la Asamblea Legislativa de

¹⁰¹ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 32 Misc. 344, 65 N.Y.S. 1109 (Sup. Ct. 1900); *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 64 A.D. 30, 71 N.Y.S. 876 (1901).

¹⁰² *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442, 443 (1902). La decisión mayoritaria del Tribunal de Apelaciones de Nueva York fue bastante cuestionada, obligando a uno de los jueces de la Corte a publicar en su defensa un artículo en una publicación jurídica, *vid.* O'BRIEN, D. (1902). «The Right of Privacy», *Columbia Law Review*, vol. 2, págs. 437-448. Para un estudio detallado del caso, *vid.* SAVELL, L. E. (1983). «Right of Privacy — Appropriation of a Person's Name, Portrait, or Picture for Advertising or Trade Purpose without Prior Written Consent: History and Scope in New York», *Albany Law Review*, vol. 48, núm. 1, págs. 1-47, especialmente págs. 6-14.

¹⁰³ *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442, 450 (1902) (Gray, J., dissenting).

¹⁰⁴ *Vid.* Comment (1902). «An Actionable Right to Privacy? *Roberson v. Rochester Folding Box Co.*», *Yale Law Journal*, vol. 12, págs. 35-38; Note (1902). «Publication of Photograph as an Advertisement», *Columbia Law Review*, vol. 2, págs. 486-487; Note and Comment (1905). «The Right of Privacy», *Michigan Law Review*, vol. 3, núm. 7, págs. 559-563; Note (1906). «Right of Privacy», *The Virginia Law Register*, vol. 12, págs. 91-99.

Nueva York aprobó el año siguiente dos disposiciones legislativas, incorporadas a la *New York Civil Rights Law* en 1903, que prohibían el uso con fines publicitarios o comerciales del nombre, retrato o imagen de una persona sin haber obtenido su previo consentimiento o el de sus padres o tutores legales si fuese menor de edad¹⁰⁵. Cinco años más tarde, la enmienda legislativa sería declarada constitucional por el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en *Rhodes v. Sperry & Hutchinson Co.*¹⁰⁶, y en 1911 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Sperry & Hutchinson Co. v. Rhodes*¹⁰⁷, siendo actualmente recogida en los códigos legislativos del Estado de Nueva York¹⁰⁸. Asimismo, los Estados de Virginia y Utah aprobaron disposiciones legislativas similares a las de Nueva York en 1904 y 1909, respectivamente¹⁰⁹.

Tres años después del caso *Roberson*, en 1905, el Tribunal Supremo de Georgia fue el primer Alto Tribunal estatal en adoptar expresamente la teorización de Warren y Brandeis, reconociendo un «*right of privacy*» amparado por el *common law*. En efecto, en el caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* se demandó a una compañía de seguros por publicar la imagen de un conocido artista sin su consentimiento, además de atribuírsele unas declaraciones sobre las ventajas de contratar el seguro anunciado. En la decisiva opinión, expresada por el juez Cobb, el Tribunal Supremo de Georgia citó el célebre artículo de Warren y Brandeis, nombró expresamente a sus autores y declaró la existencia de un derecho a la privacidad, afirmando que la publicación de la imagen de una persona sin su consentimiento constituía una invasión directa «*of a legal right*», pronosticando incluso el Tribunal que tal derecho a la privacidad llegaría a estar firmemente enraizado en la jurisprudencia norteamericana¹¹⁰.

Y no se equivocaba el juez Cobb, porque la decisión de *Pavesich* constituyó el precedente judicial en el que descansarían futuros pronunciamientos de Tribunales estatales, contribuyendo a la consolidación de la teorización de Warren y Brandeis. Así, en los próximos seis años los Estados de New Jersey, Indiana, Ken-

¹⁰⁵ 1903 N.Y. Laws 132, §§ 1-2.

¹⁰⁶ *Rhodes v. Sperry & Hutchinson Co.*, 193 N.Y. 223, 85 N.E. 1097 (1908).

¹⁰⁷ *Sperry & Hutchinson Co. v. Rhodes*, 220 U.S. 502 (1911).

¹⁰⁸ *New York Civil Rights Law* §§ 50, 51 (2000).

¹⁰⁹ Al respecto, *vid.* GORMLEY, K. (1992). «One Hundred Years of Privacy», *op. cit.*, pág. 1354.

¹¹⁰ «Estamos tan profundamente satisfechos de que la ley reconozca, dentro de límites apropiados, como un derecho legal el derecho a la privacidad, y que la publicación de la imagen de alguien en un anuncio sin su consentimiento, con el mero propósito de aumentar los beneficios y las ganancias del anunciante, es una invasión de este derecho, que nos aventuramos a predecir que llegará el día en que los abogados se extrañarán de que una opinión contraria fuera incluso aceptada por jueces de eminencia y capacidad», *Pavesich v. New England Life Insurance Co.*, 50 S.E. 68, 70-71, 73, 74 (Ga. 1905).

tucky y Missouri reconocieron una limitada protección jurídica a la invasión de la privacidad basándose en la autoridad judicial de *Pavesich* y doctrinal de «*The Right to Privacy*»¹¹¹. Incluso, los tribunales de Rhode Island y Washington, que rechazaron el reconocimiento o la protección del derecho a la privacidad, citaron y analizaron los argumentos de Warren y Brandeis¹¹².

Por tanto, aunque es cierto que tras la publicación del célebre artículo de Warren y Brandeis no se generalizó inmediatamente en el sistema jurídico norteamericano el reconocimiento de un derecho a la privacidad digno de protección frente a la divulgación pública de aspectos reservados de la vida privada, sin embargo, muchas de las primeras decisiones judiciales que se sustanciaron sobre la protección de la privacidad fueron relativas a los abusos de la prensa, de los fotógrafos sin escrúpulos, de la publicidad no autorizada y de la revelación de la misma suerte de información privada que había motivado inicialmente el artículo de Warren y Brandeis. Así, a finales del primer cuarto del siglo XX una buena parte de Tribunales estatales habían tomado en consideración el pronunciamiento fundacional de *Pavesich*¹¹³. Por esto, en 1939 el *American Law Institute* codificó el «*right to privacy*» en el primer *Restatement of Torts*, tipificando en el artículo 867 el supuesto de la publicación de asuntos de la vida privada o la utilización de la imagen personal¹¹⁴. Y veinte años más tarde, a principios de la década de los 60, la gran mayoría de los Tribunales norteamericanos habían reconocido el derecho a la privacidad en sus distintas manifestaciones, solo Rhode Island, Nebraska y Wisconsin le habían negado protección en su sistema jurídico de *common law*, considerando que su reconocimiento debía efectuarse en la legislación estatal¹¹⁵.

Por todo, no sorprende que el «*right to privacy*» formulado por los jóvenes abogados de Boston en 1890 fuese objeto de revisión y sistematización setenta años más tarde por William L. Prosser en su conocido artículo publicado en la *California Law Review* en 1960. Realmente, Prosser revisó y actualizó la doctrina

¹¹¹ Vid. respectivamente, *Edison v. Edison Polyform Mfg. Co.*, 67 A. 392, 395 (N.J. Ch. 1907); *Pritchett v. Bd. Of Comm'rs*, 85 N.E. 32, 33 (Ind. App. 1908); *Foster-Milburn Co. v. Chinn.*, 120 S.W. 364, 366 (Ky. 1909); *Munden v. Harris*, 134 S.W. 1076, 1079 (Mo. Ct. App. 1911). Vid. al respecto, BRATMAN, B. E. (2002). «Brandeis and Warren's "The Right to Privacy" and The Birth of The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 643.

¹¹² Vid. respectivamente, *Henry v. Cherry and Webb*, 73 A. 97, 100 (R.I.1909) y *Hillman v. Star Publishing Co.*, 117 P. 594, 596 (Wash. 1911).

¹¹³ Entre otros, *vid. Peed v. Washington Times Co.*, 55 Wash. L. Rep. 182 (D.C.1927); *Martin v. New Metropolitan Fiction*, 248 N.Y.S. 359 (N.Y.App.Div.1931).

¹¹⁴ «Toda persona que de forma irracional y grave interfiere en el interés de otra en no tener sus asuntos conocidos por otros o su imagen expuesta al público es responsable frente a ésta», *Restatement of Torts* § 867 (1939).

¹¹⁵ Vid. PROSSER, W. (1960). «Privacy», *op. cit.*, págs. 386-388.

de Warren y Brandeis de finales del siglo XIX, distinguiendo cuatro ámbitos de la vida privada susceptibles de ser vulnerados, que a su vez categorizaban sendas acciones civiles para su protección en el llamado «*privacy tort law*», a saber: la intrusión en la reclusión o soledad o en los asuntos privados de la persona (*intrusion on an individual's privacy*), cuya acción civil protege el daño emocional ocasionado por la intromisión no consentida en el domicilio y efectos personales a través de cualquier medio y con cualquier tipo de finalidad; la divulgación al público de hechos concretos de la vida privada (*public disclosure of private facts*), cuya finalidad es proteger el perjuicio originado en la reputación personal; la desacreditación de la imagen de una persona ante el público (*putting an individual in a false light in the public eye*), que garantiza la imagen pública de la persona frente a la atribución de obras o hechos que no se corresponden con la realidad; y la apropiación de ciertos elementos de la personalidad, como el nombre, la imagen o la voz, con fines de lucro (*appropriation of some elements of an individual's personality*), protegiéndose a través de la correspondiente *privacy tort* el daño ocasionado al utilizarse por terceros los atributos de la personalidad sin previo consentimiento¹¹⁶. Y la clasificación de Prosser sería utilizada por el *American Law Institute* en el *Restatement (Second) of Torts* de 1977¹¹⁷. De ahí que el célebre artículo de Warren y Brandeis sea considerado por la mayor parte de la doctrina el origen de la vigente protección jurídica de las invasiones de la privacidad amparadas en el *common law* de la práctica totalidad de los Estados norteamericanos, alcanzando así realidad la teorización de Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*»¹¹⁸.

Y lo que es más importante, el «*right to privacy*» formulado por Warren y Brandeis en 1890 no sólo contribuiría a la consolidación de la protección de las invasiones de la privacidad en el *common law* de la práctica totalidad de los Estados norteamericanos¹¹⁹, sino también a su protección constitucional, al avanzar los jóvenes abogados de Boston en las últimas líneas del célebre ensayo la defensa de la privacidad frente a la injerencia estatal, invocando el derecho a no ser molestado tanto frente a la prensa sensacionalista como frente al omnipresente

¹¹⁶ *Ibidem*, pág. 389. Vid. también, LEEBRON, D. W. (1991). «The Right to Privacy's Place in the Intellectual History of Tort Law», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, págs. 769-809.

¹¹⁷ «(1) Intrusión injustificada en la quietud de otro. (2) Apropiación del nombre de otro o de su imagen. (3) Publicidad injustificada de la vida privada de otro. (4) Publicidad que injustificadamente coloca al otro en una falsa imagen ante la opinión pública», *vid. Restatement (Second) of Torts* § 652A (1977).

¹¹⁸ En este sentido, *vid.* BARRON, J. H. (1979). «Warren and Brandeis, The Right to Privacy», 4 *Harvard Law Review*, 193 (1890): Demystifying a Landmark Citation», *op. cit.*, pág. 877; y también, KRAMER, I. R. (1990). «The Birth of Privacy Law: A Century since Warren and Brandeis», *op. cit.*, págs. 718-719.

¹¹⁹ *Vid.* KEETON, W. P. (gen. ed.) (1984). *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, 5th ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn., págs. 851-866.

poder estatal¹²⁰, traspasando así el derecho a la privacidad formulado por Warren y Brandeis las fronteras del *common law* para adentrarse plenamente, como se analiza a continuación, en el ámbito del Derecho constitucional, hundiendo sus raíces en el diacrónico proceso de inducción del derecho a la privacidad en el sistema constitucional de los Estados Unidos¹²¹.

5. EL CENTENARIO LEGADO DE WARREN Y BRANDEIS: LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL NORTEAMERICANO

Sin duda, la concepción formulada por Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*» ha fundamentado la emergencia y protección del derecho a la privacidad en el sistema constitucional norteamericano, especialmente como garantía frente a intrusiones arbitrarias e injustificadas (*unreasonable searches and seizures*) en el ámbito de la Cuarta Enmienda. En efecto, en 1967 la protección de la privacidad en los Estados Unidos alcanza rango constitucional en la decisión mayoritaria del Tribunal Supremo en *Katz v. United States*¹²², gracias, en buena medida, a la decisiva reivindicación que de los principios formulados en 1890 Brandeis había abandonado como magistrado del Tribunal Supremo norteamericano al defender en su conocida opinión disidente del caso *Olmstead v. United States* que las garantías de la Cuarta Enmienda amparan constitucionalmente el derecho a la privacidad que el mismo Brandeis había invocado en su célebre artículo casi cuarenta años antes.

En 1928, el Tribunal Supremo norteamericano resolvió por violación de la Cuarta y Quinta Enmiendas el caso *Olmstead v. United States* sobre escuchas y registro de conversaciones telefónicas practicadas durante cinco meses por oficiales del gobierno de las actividades de comerciantes sospechosos de violar la *National Prohibition Act* de 1920, mediante la importación, el almacenamiento y la venta de bebidas alcohólicas¹²³. Basándose en la dominante concepción propietaria de

¹²⁰ «El *common law* ha reconocido siempre que la casa de cada cual es su castillo, inexpugnable, a veces, incluso, para los propios funcionarios encargados de ejecutar sus órdenes. Cabe, pues, preguntarse: ¿Cerrarán los tribunales la entrada principal a la autoridad legítimamente constituida, y abrirán de par en par la puerta trasera a la curiosidad ociosa y lasciva?», WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, págs. 72 y 73. Para la edición original, *vid.* «The Right to Privacy», *op. cit.*, pág. 220.

¹²¹ En este sentido, *vid.* SYMPOSIUM (1991). «The Right to Privacy One Hundred Years Later», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, pág. 643.

¹²² *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967).

¹²³ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928). Para un estudio detallado del caso, *vid.* BEANEY, W. M. (1962). «The Constitutional Right to Privacy in the Supreme Court», *Supreme Court Review*, págs. 212-251, especialmente págs. 218-228.

los derechos consignados en la Cuarta Enmienda vigente durante la primera mitad del siglo XX¹²⁴, que exigía una efectiva intrusión física (*physical trespass*) en los domicilios, documentos y efectos personales, la opinión mayoritaria del Tribunal, expresada por el juez W. H. Taft, no consideró las escuchas telefónicas una violación de la prohibición de la Cuarta Enmienda de practicar registros y requisas injustificadas o arbitrarias (*unreasonable searches and seizures*). Apoyándose en una serie de casos previos¹²⁵, la mayoría del Tribunal defendió una interpretación estricta de la Cuarta Enmienda, afirmando que la prohibición se refiere al registro de elementos materiales —la persona, la casa, la documentación y los efectos personales— y en el caso no hubo registro, se obtuvo la evidencia mediante escuchas telefónicas, no se penetró en la casas ni en las oficinas de los imputados. Es más, Taft afirma que quienes instalan en su domicilio un instrumento telefónico con cables que lo conectan al exterior se proponen proyectar su voz hacia quienes están fuera y que tal cableado y los mensajes que conducen no están protegidos por la Cuarta Enmienda, de ahí que el Tribunal concluya que la presentación como prueba de las grabaciones telefónicas practicadas no constituye una violación de la garantía de no incriminación contra uno mismo que salvaguarda la Quinta Enmienda¹²⁶.

Sin embargo, Louis D. Brandeis se apartó de la interpretación literal de la Cuarta Enmienda en uno de sus votos discrepantes más célebres. Al igual que hiciera treinta y siete años antes en «*The Right to Privacy*», Brandeis manifestó una gran preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad, especialmente aquellos que podían interceptar las comunicaciones por cable, afir-

¹²⁴ Vid. CLANCY, Th. K. (1998). «What Does the Fourth Amendment Protect: Property, Privacy, or Security?», *Wake Forest Law Review*, vol. 33, págs. 307-370, especialmente págs. 309-327; CLOUD, M. (1996). «The Fourth Amendment During the Lochner Era: Privacy, Property and Liberty in Constitutional Theory», *Stanford Law Review*, vol. 48, págs. 555-631; BARRET, E. L. (1960). «Personal Rights, Property Rights, and the Fourth Amendment», *Supreme Court Review*, págs. 46-74.

¹²⁵ De la extensa jurisprudencia, vid. *Gouled v. United States*, 255 U.S. 298 (1921); *Silverthorne Lumber Co., v. United States*, 251 U.S. 385 (1920); *Agnello v. United States*, 269 U.S. 57 (1924); y *Weeks v. United States*, 232 U.S. 383 (1914).

¹²⁶ «La enmienda no prohíbe lo que aquí se hizo. No hubo registro. No hubo incautación. La prueba fue obtenida por el uso del sentido del oído y sólo eso. No hubo entrada en las casas u oficinas de los acusados [...] Las palabras de la Enmienda no pueden extenderse y ampliarse para incluir cables telefónicos [...] Los cables intervenidos no son parte de su casa y oficina, no más de lo que lo son las carreteras por las que son tendidos [...] La opinión razonable es que quien instala en su casa un instrumento telefónico conectado con cables pretende proyectar su voz por ellos hacia afuera, y que los cables fuera de su casa y los mensajes mientras que pasan por ellos no están dentro de la protección de la Cuarta Enmienda [...] Creemos, por tanto, que la interceptación telefónica aquí revelada no equivale a un registro o incautación en el sentido de la Cuarta Enmienda», *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 465, 466 (1928).

mando que la invasión de la privacidad de la comunicación telefónica es mucho peor que la de la correspondencia, por cuanto que cuando se intercepta una línea de teléfono se invade la privacidad en ambos extremos de la línea. En su argumentación Brandeis afirma que frente al poder coactivo del gobierno los autores de la Constitución otorgaron al pueblo norteamericano el «derecho a ser dejado solo», el más amplio de los derechos y el más valioso para el hombre civilizado, de ahí que toda intromisión injustificada del gobierno en la privacidad de la persona, cualesquiera que fuesen los medios utilizados, constituya una violación de la Cuarta Enmienda y, en consecuencia, el uso como prueba de hechos revelados por esa intromisión constituya, igualmente, una violación de la Quinta Enmienda. En definitiva, Brandeis vincula el «*right to be let alone*» que había teorizado a finales del siglo XIX en «*The Right to Privacy*» con un concepto de privacidad amparable por la Cuarta Enmienda en el siglo XX,

«Los autores de nuestra Constitución se propusieron garantizar las condiciones propicias para la búsqueda de la felicidad. Reconocieron la importancia del carácter espiritual del hombre, sus sentimientos y su intelecto [...] Trataron de proteger a los estadounidenses en sus creencias, ideas, emociones y sensaciones. Otorgaron frente al gobierno el derecho a ser dejado solo— el más completo de los derechos, y el más apreciado por el hombre civilizado. Para proteger ese derecho, toda intrusión no justificada del gobierno en la privacidad del individuo, cualquiera que sean los medios empleados, debe considerarse una violación de la Cuarta Enmienda. Y la utilización como prueba en un proceso penal de hechos averiguados por esa intrusión debe considerarse una violación de la Quinta Enmienda»¹²⁷.

Asimismo, Brandeis denuncia la potencial invasión estatal de la esfera privada por avanzados dispositivos de reproducción o grabación, argumentando que el descubrimiento y la invención de mecanismos más sutiles y de mayor capacidad de invasión de la privacidad estaban permitiendo al gobierno asaltar la esfera personal individual, revelándose en los tribunales lo que es susurrado en la intimidad. Para reforzar su argumentación, Brandeis insiste en los peligros que las futuras tecnologías a disposición del Estado podrían suponer para una efectiva protección de la privacidad. Por esto no sorprende que el borrador original de su opinión discrepante incluyese un pasaje que avisaba de los peligros que una nueva invención tecnológica llamada televisión podría acarrear para garantizar la

¹²⁷ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 478-479 (1928) (Brandeis, J., dissenting). Para un análisis detallado del caso y de la opinión de Brandeis, *vid.* CLOUD, M. (1996). «The Fourth Amendment During the Lochner Era: Privacy, Property and Liberty in Constitutional Theory», *op. cit.*, especialmente, págs. 609-616.

privacidad¹²⁸. Así, en su opinión disidente en *Olmstead v. United States* Brandeis sentencia la perpetua dependencia de la protección de la privacidad de los emergentes avances tecnológicos¹²⁹,

«El tiempo provoca cambios, originando la existencia de nuevas condiciones y propósitos. Un principio para estar vivo debe ser objeto de una aplicación más amplia que el mal que ha originado su nacimiento. Esto es particularmente cierto en las Constituciones. Por tanto, en la aplicación de la Constitución nuestra consideración no puede atender sólo a lo que ha sido, sino a lo que pueda ser [...] Mecanismos más sutiles y extensivos de invadir la privacidad están disponibles por el Gobierno. El descubrimiento y la invención han hecho posible para el Gobierno la revelación en los tribunales de lo que es susurrado en la oscuridad. El progreso de la ciencia en proporcionar al Gobierno mecanismos de espionaje no es probable que finalice con la interceptación telefónica. Algún día podrán ser desarrollados métodos a través de los que el Gobierno, sin remover papeles en cajones secretos, podrá reproducir en los tribunales y exponer ante un jurado los acontecimientos más íntimos del hogar. Avances en la física y ciencias afines generarán medios para examinar creencias, pensamientos y emociones no expresados»¹³⁰.

Por tanto, Brandeis defiende una interpretación abierta y dinámica de la Cuarta Enmienda, considerando que las previsiones constitucionales encarnan principios generales y que constituye obligación de cada generación decidir la mejor manera de realizar esos principios a luz de sus circunstancias vigentes. Concepción verdaderamente adelantada a su tiempo, que sólo alcanzaría proyección en la jurisprudencia constitucional norteamericana cuando los temores de Brandeis se confirmaron con total realidad en los años cincuenta y sesenta, con el perfeccionamiento y la proliferación de mecanismos electrónicos de vigilancia e interceptación de las comunicaciones privadas que generaban una intolerable

¹²⁸ El borrador de la opinión disidente de Brandeis señalaba, «A través de la televisión, la radio y la fotografía, pronto podrán ser desarrollados medios mediante los que el Gobierno pueda, sin remover papeles de cajones secretos, reproducirlos en los tribunales y exponer ante el jurado los acontecimientos más íntimos del hogar», en PAPER, L. J. (1983). *Brandeis, op. cit.*, pág. 312.

¹²⁹ Como ha señalado Gellman, en muchos sentidos la batalla por la protección de la esfera privada en el siglo XX ha sido una lucha por adaptar los principios de la privacidad a los constantes avances tecnológicos, *vid.* GELLMAN, R. (1997). «Does Privacy Law Work?», en AGRE, Ph. E. y ROTENBERG, M. (eds.), *Technology and Privacy: The New Landscape*, Cambridge, The MIT Press, pág. 203.

¹³⁰ *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438, 473 (1928) (Brandeis, J., dissenting).

amenaza a la privacidad, en definitiva, una nueva violación del centenario «*right to be let alone*»¹³¹.

En efecto, aunque la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo en *Olmstead v. United States* sería confirmada en su jurisprudencia de las próximas cuatro décadas, reforzándose la noción de que la violación de la Cuarta Enmienda sólo tiene lugar cuando se produce una invasión física de la propiedad individual o una requisita material de efectos personales, habilitándose así a los agentes del gobierno a utilizar mecanismos de vigilancia electrónica que como los dictáfonos y micrófonos no exigían la irrupción física en las propiedades o efectos personales de los ciudadanos¹³². Sin embargo, en 1961 la orientación del Tribunal Supremo en el caso *Silverman v. United States* parece iniciar un progresivo cambio hacia una concepción más favorable a la protección de la privacidad bajo la Cuarta Enmienda. Aunque la mayoría del Tribunal descansó en el clásico supuesto de invasión material (*physical trespass*), no admitiendo la instalación de un micro en la pared de una vivienda que controlaba todas las conversaciones habidas en su interior por considerar que constituía una invasión material de la misma, sin embargo, en su opinión concurrente el juez Douglas rogaba al Tribunal que superase ya la noción de invasión material de la Cuarta Enmienda y analizara si la privacidad del hogar había sido invadida¹³³.

¹³¹ Para un estudio de los distintos supuestos de vigilancia electrónica del gobierno norteamericano en este período, *vid.* WESTIN, A. F. (1967). *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, págs. 173 y ss. Igualmente, sobre algunos de los abusos más relevantes de escuchas telefónicas, *vid.* DIFFIE, W. y LANDAU, S. (1998). *Privacy on the Line: The Politics of Wiretapping and Encryption*, Cambridge, Mass., MIT Press, págs. 109-223. Uno de los casos más célebres de escuchas telefónicas fueron las practicadas por el FBI norteamericano sobre Martin Luther King, *vid.* GARROW, D. J. (1980). *The FBI and Martin Luther King, Jr.*, New York, Penguin Books.

¹³² *Vid.* especialmente *Goldman v. United States*, 316 U.S. 129 (1942); *Lee v. United States*, 343 U.S. 747, 753-754 (1952); e *Irvine v. California*, 347 U.S. 128 (1954).

¹³³ *Silverman v. United States*, 365 U.S. 505, 513 (1961) (Douglas, J., dissenting). En los casos posteriores a *Silverman* se reivindicó la superación de la noción de invasión material, aunque no llegó a admitirse un derecho a la privacidad constitucionalmente protegido bajo la Cuarta Enmienda, *vid.* especialmente *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966), y *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966). En *Osborn v. United States*, el mismo juez Douglas manifiesta en su voto particular el carácter fundamental que tienen las distintas zonas de privacidad para garantizar la existencia de una sociedad libre «Estamos entrando rápidamente en una época en que no existe privacidad, donde todo el mundo está expuesto a vigilancia todo el tiempo; donde no hay secretos para el Gobierno. Se incrementan en proporciones geométricas las infracciones violentas de la privacidad por el Gobierno. Escuchas telefónicas y grabaciones ocultas (*bugging*) se pasean rampantes, sin tutela judicial efectiva o control legislativo. Es usual encontrar cabinas secretas de observación en las oficinas del Gobierno, y televisión de circuito cerrado en la industria, y hasta en los baños [...] Estos y otros muchos ejemplos demuestran una alarmante tendencia a aniquilar gradualmente la privacidad y dignidad de nuestros ciudadanos mediante pasos casi imperceptibles. Cada una de estas ac-

Fue entonces cuando la Cuarta Enmienda empezó a asumir una emergente concepción garante de la privacidad. Así, relevante doctrina norteamericana se preocupó de analizar la seria amenaza que la vigilancia electrónica desplegada por el FBI, el Departamento del Tesoro y otras Agencias del gobierno suponía para la efectiva protección de la privacidad¹³⁴. De ahí que no sorprenda que la teorización de la privacidad de Brandeis resonase en el cuarto discurso que sobre el «Estado de la Unión» pronunciase ante el Congreso de los Estados Unidos el Presidente Lyndon B. Johnson el 10 de enero de 1967, defendiendo la protección constitucional del derecho a la privacidad, un derecho al que Brandeis había llamado «*most valued of civilized men*»¹³⁵. Y fue entonces, a finales de 1967, cuando el Tribunal Supremo admitió definitivamente la opinión disidente de Brandeis en *Olmstead v. United States*. Charles Katz fue detenido por las autoridades federales en Los Ángeles tras el registro de las conversaciones de sus actividades ilegales por un mecanismo de escucha electrónico acoplado al exterior de una cabina telefónica. Abandonando su enfoque de la invasión material, el Tribunal afirmó en *Katz v. United States* que el espionaje electrónico constituye *registro* en el sentido de la Cuarta Enmienda, cuyo propósito es proteger a las personas y no simplemente los lugares, adoptando un concepto de privacidad amparado constitucionalmente por la Cuarta Enmienda que invoca expresamente la formulación de la privacidad como «*the right to be let alone*» defendida a finales del siglo XIX por Warren y Brandeis,

«La protección del derecho general de una persona a la privacidad —su derecho a ser dejado solo por otras personas— es, al igual que la protección de su propiedad y de su vida misma, dejado principalmente a la legislación de los Estados. Porque la Cuarta Enmienda protege a las personas, no los lugares. Lo que una persona conscientemente expone al público, incluso en su propia casa y oficina, no es un asunto de protección de la Cuarta Enmienda. Pero lo que trata de

ciones tomadas individualmente puede que no tengan ninguna importancia, pero cuando se toman en su totalidad, vemos cómo está empezando a surgir una sociedad muy distinta a cualquiera que hayamos visto —una sociedad en la que el gobierno podrá inmiscuirse en las regiones más secretas de la vida de la persona a voluntad», 385 U.S. 323, 341-343 (1966) (Douglas, J., dissenting).

¹³⁴ *Vid.*, entre otros, WESTIN, A. F. (1967). *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, *passim*; MILLER, A. R. (1971). *The Assault on Privacy: Computers, Data Banks and Dossiers*, University of Michigan Press, Ann Arbor, *passim* y bibliografía citada especialmente en págs. 261-269.

¹³⁵ «Deberíamos proteger lo que el juez Brandeis llamó el «derecho más valorado por los hombres civilizados» —el derecho a la privacidad. Deberíamos prohibir todas las escuchas telefónicas —tanto públicas como privadas— donde quiera y cuando quiera que se produzca, salvo cuando la seguridad de la nación esté en juego, y sólo entonces con las garantías gubernamentales más estrictas. Y deberíamos ejercer el pleno alcance de nuestros poderes constitucionales para proscribir las escuchas y el espionaje electrónico», Presidente Lyndon B. Johnson, *Discurso sobre el Estado de la Unión*, 10 de enero de 1967, en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=28338#axzz1bvZAItdJ>.

preservar como privado, incluso en una zona accesible al público, puede ser protegido constitucionalmente»¹³⁶.

Desde entonces, en la extensa jurisprudencia relacionada con la protección del derecho a la privacidad el Tribunal Supremo norteamericano ha invocado frecuentemente la formulación de la privacidad de Brandeis como «*the right to be let alone*». Así, en el mismo año de 1967, en el caso *Time, Inc v. Hill*, en el que se reivindica el derecho a la privacidad familiar frente a la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda, el juez J. Fortas apelaba en su voto particular discrepante al «*right to be let alone*», «[El derecho a la privacidad] es, simplemente, el derecho a ser dejado solo, a vivir la vida que uno elige, libre de agresión, intrusión o invasión, a excepción de las que puedan estar justificadas por las necesidades claras de la vida en comunidad bajo un gobierno de leyes»¹³⁷. Dos años más tarde, en 1969, en *Stanley v. Georgia*, tanto el Tribunal como algunos de sus magistrados residenciaron la fundamentación del derecho a la privacidad en la Primera Enmienda, reproduciéndose literalmente la formulación del derecho a la privacidad como el derecho a ser dejado solo que formulara Brandeis en *Olmstead v. United States*¹³⁸.

Igualmente, el 22 de enero 1973, tan sólo seis años más tarde de la recepción de la doctrina de la privacidad de Brandeis en la Cuarta Enmienda, vuelve a resonar la concepción de la privacidad como «*the right to be let alone*» en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aunque ahora se apela a la centenaria formulación de Warren y Brandeis para reconocer un derecho fundamental a la privacidad (*fundamental right to privacy*) en la toma de decisiones de especial relevancia para el desenvolvimiento de la personalidad individual, implícito en el «concepto de libertad sustantiva» que desde finales del siglo XIX el Tribunal Supremo ha interpretado ampara la cláusula del debido proceso legal (*due process of law*) de la Decimocuarta Enmienda, que prohíbe que una ley estatal prive a una

¹³⁶ *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 351 (1967). Como señala Sundbuy, al declarar que la Cuarta Enmienda protege a las personas y no los lugares, el Tribunal Supremo vincula de forma efectiva el sentido principal de la Enmienda a una expectativa razonable de privacidad, *cfr.* SUND-BUY, S. E. (1994). «“Everyman's Fourth Amendment: Privacy or Mutual Trust Between Government and Citizen?», *Columbia Law Review*, vol. 94, págs. 1751-1812, especialmente pág. 1756; *vid.* también, SERR, B. J. (1988-1989). «Great Expectations of Privacy: A New Model for Fourth Amendment Protection», *Minnesota Law Review*, vol. 73, págs. 583-600. Para una visión crítica de la concepción de la privacidad formulada en *Katz v. United States*, *vid.* MITCHELL, J. B. (1992). «What Went Wrong with the Warren Court's Conception of the Fourth Amendment?», *New England Law Review*, vol 27, págs. 35 y ss., especialmente, págs. 47-53.

¹³⁷ *Time, Inc v. Hill*, 385 U. S. 374, 413 (1967) (Fortas, J., dissenting).

¹³⁸ *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 564 (1969); *vid.* también, *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438, 454 n.10 (1972).

persona de su vida, libertad o propiedad arbitrariamente¹³⁹. Así, en el célebre caso de *Roe v. Wade*, el Tribunal Supremo incluyó en el ámbito del derecho fundamental a la privacidad la decisión personal de la mujer de practicarse un aborto en las doce primeras semanas de gestación, invocando el voto discrepante de Brandeis en *Olmstead v. United States*¹⁴⁰. Y el mismo 22 de enero de 1973, en el caso *Doe v. Bolton*, en el que se invalidan las restricciones abortivas de la legislación estatal de Georgia, el juez Douglas apela también en su opinión concurrente a la formulación original del derecho a la privacidad de Warren y Brandeis para reconocer un derecho fundamental a la privacidad en la toma de decisiones personales amparado por la libertad sustantiva que garantiza la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, «El derecho a la privacidad fue llamado por el juez Brandeis, el derecho “a ser dejado solo”. Este derecho incluye el privilegio del individuo de planificar sus propios asuntos, porque “fuera de las áreas de la conducta claramente perjudiciales, a cada norteamericano se le deja conformar su propia vida como mejor le parezca, hacer lo que quiera, ir a donde le plazca”»¹⁴¹.

Trece años más tarde, en 1986, la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo niega protección a la conducta sexual privada en el caso *Bowers v. Hardwick*, admitiendo la constitucionalidad de las previsiones legislativas del Estado de Georgia que criminalizaban la práctica de la sodomía en el propio domicilio al no

¹³⁹ A lo largo de una extensa y vacilante jurisprudencia, el Tribunal Supremo norteamericano ha ido estableciendo que la libertad consagrada por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda incluye el derecho a casarse (*Loving v. Virginia*), a tener hijos (*Skinner v. Oklahoma ex rel. Williamson*) y decidir sobre la educación y la crianza de éstos (*Meyer v. Nebraska*; *Pierce v. Society of Sisters*), el derecho a la privacidad marital (*Griswold v. Connecticut*), al uso de anticonceptivos (*Eisenstadt v. Baird*), el derecho al aborto (*Roe v. Wade*; *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*), y el derecho a la orientación sexual y a las prácticas homosexuales consentidas entre adultos en el ámbito privado (*Lawrence v. Texas*), habiéndose planteado, incluso, si el derecho fundamental a la privacidad garantizado por la cláusula del debido proceso de la Decimocuarta Enmienda puede amparar el derecho a no recibir un tratamiento médico que no se desea para salvar la vida (*Cruzan v. Director, Missouri Dep't. of Health*), para un análisis detallado de todos los casos, *vid.* SALDAÑA, M. N. (2011). «El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego», *op. cit.*, págs. 283-295.

¹⁴⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 152 (1973). De los diversos estudios sobre este caso, *vid.* NONAN, J. (1984). «The Root and Branch of *Roe v. Wade*», *Nebraska Law Review*, vol. 63, págs. 668-679; REGAN, D. (1979). «Rewriting *Roe v. Wade*», *Michigan Law Review*, vol. 77, págs. 1569-1646; ELY, J. (1973). «The Wages of Crying Wolf: A Comment on *Roe v. Wade*», *Yale Law Journal*, vol. 82, págs. 920-949; HEYMANN, P. y BARZELAY, D. (1973). «The Forest and the Trees: *Roe v. Wade* and Its Critics», *Boston University Law Review*, vol. 53, págs. 765 y ss.; EPSTEIN, R. (1973). «Substantive Due Process by Any Other Name: The Abortion Cases», *Supreme Court Review*, págs. 159-185.

¹⁴¹ *Doe v. Bolton*, 410 U.S. 179, 213 (1973) (Douglas, J., concurring).

estar protegida por el sustantivo proceso legal de la Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, oponiéndose a la decisión mayoritaria, el juez Blackmun considera en su voto particular discrepante que el asunto esencial del caso es «el derecho a la privacidad individual a ser dejado solo», afirmando que la intimidad sexual en el domicilio privado constituye el núcleo «*of the Constitution's protection of privacy*»¹⁴². Concepción definitivamente admitida por la mayoría del Tribunal Supremo doce años más tarde, el 26 de junio de 2003, en el célebre caso *Lawrence et al. v. Texas*¹⁴³.

Y con renovada actualidad, la centenaria formulación de la privacidad de Warren y Brandeis bajo la clásica concepción del «*right to be let alone*» sigue emergiendo en el discurso de la privacidad como aproximación útil a la hora de delimitar los ámbitos protegidos constitucionalmente en la sociedad tecnológica avanzada de finales del siglo XX y principios del siglo XXI. En efecto, desde sus orígenes, el derecho a la privacidad surge como una reacción ante las posibilidades invasivas de la tecnología. Desde los primeros párrafos del célebre artículo, Warren y Brandeis manifiestan la necesidad de definir un principio que pueda ser invocado para proteger la vida privada del individuo frente a su invasión por cualquier aparato de reproducción o grabación, principio que le otorga a toda persona completa disponibilidad para decidir en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones «*shall be communicated to others*»¹⁴⁴. Así, la noción de la privacidad formulada por Warren y Brandeis está estrechamente alineada a la reciente doctrina que centra especialmente la atención en el aspecto informacional de la privacidad (*informational privacy*)¹⁴⁵, esto es, el derecho a decidir cuándo,

¹⁴² *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 199, 208 (1986) (Blackmun, H., dissenting).

¹⁴³ Hasta el 26 de junio de 2003 la mayoría del Tribunal Supremo, expresada por el Juez Kennedy, no admitió la opinión discrepante del juez Blackmun en *Bowers*, afirmando en el caso *Lawrence et al. v. Texas* que la Constitución reconoce la libertad de elegir la opción sexual y de ejercerla en la intimidad de los hogares sin la intromisión del Estado, de ahí que las relaciones sexuales consentidas entre personas adultas del mismo sexo en el ámbito privado estén amparadas por la libertad sustantiva que garantiza la cláusula del debido proceso legal de la Decimocuarta Enmienda, *vid. Lawrence et al. v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). De la abundante doctrina sobre la conocida sentencia, *vid. RICHARDS, D. A. J. (2009). The Sodomy Cases: Bowers v. Hardwick and Lawrence v. Texas*, Lawrence, University of Kansas; TRIBE, L. H. (2004). «*Lawrence v. Texas: The "Fundamental Right" that Dare Not Speak Its Name*», *Harvard Law Review*, vol. 117, núm. 6, págs. 1893-1955; SUNSTEIN, C. R. (2003). «*What Did Lawrence Hold? Of Autonomy, Desuetude, Sexuality, and Marriage*», *Supreme Court Review*, págs. 27-74.

¹⁴⁴ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D. (1995). *El derecho a la intimidad*, *op. cit.*, pág. 31. Para la edición original, *vid. «The Right to Privacy»*, *op. cit.*, pág. 198.

¹⁴⁵ En este sentido, *vid. GORMLEY, K. (1992). «One Hundred Years of Privacy»*, *op. cit.*, pág. 1346, nota 51.

cómo y en qué medida la información personal es comunicada a otros, en definitiva, el derecho al control sobre la información personal¹⁴⁶.

Por esto, no extraña que la centenaria formulación de la privacidad de Warren y Brandeis fuese invocada de nuevo en 1977 cuando el Tribunal Supremo norteamericano intentó ampliar el ámbito constitucional de protección de la privacidad al esbozar el llamado «*constitucional right to informational privacy*»¹⁴⁷ en el caso *Whalen v. Roe*, en el que se cuestionaba la constitucionalidad de la legislación de Nueva York que requería se remitiesen a las autoridades estatales competentes para su inclusión en una base de datos estatal centralizada los datos personales de los pacientes que recibían ciertas clases de drogas bajo prescripción médica, afirmando que la «zona de privacidad» protegida constitucionalmente por la Decimocuarta Enmienda no sólo ampara la autonomía individual en la toma de decisiones importantes sino también el interés individual en evitar la revelación de asuntos personales. Así, al expresar la opinión mayoritaria del Tribunal en *Whalen*, el juez Stevens rememora la opinión discrepante del juez Brandeis en *Olmstead v. United States*, quien había caracterizado el «*right to be let alone*» como «el derecho más valorado por los hombres civilizados»¹⁴⁸.

Y, finalmente, tampoco sorprende que treinta y cuatro años más tarde, en 2011, aunque el Tribunal Supremo no llega a pronunciarse expresamente sobre el derecho constitucional a la *informational privacy* en el caso *Nasa v. Nelson*, sin embargo, en la opinión mayoritaria del Tribunal se retoma la argumentación ofrecida en *Whalen v. Roe*, recordándose de nuevo la opinión discrepante de

¹⁴⁶ Defendiendo esta concepción de la privacidad como control del flujo de la información personal, entre otros, *vid.* SCHWARTZ, P. M. (2000). «Internet, Privacy and the State», *Connecticut Law Review*, vol. 32, págs. 815-859, y también de SCHWARTZ (1999). «Privacy and Democracy in Cyberspace», *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, págs. 1609-1701; KANG, J. (1998). «Information Privacy in Cyberspace Transactions», *Stanford Law Review*, vol. 50, págs. 1193-1294; CATE, F. H. (1997). *Privacy in the Information Age*, Washington, Brookings Institution Press, especialmente pág. 22.

¹⁴⁷ Diversa doctrina norteamericana viene defendiendo el reconocimiento expreso por el Tribunal Supremo de un «*constitucional right to informational privacy*», *vid.* especialmente FLAHERTY, D. H. (1991). «On the Utility of Constitutional Rights to Privacy and Data Protection», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, págs. 831-855; CHLAPOWSKI, F. S. (1991). «The Constitutional Protection of Informational Privacy», *Boston University Law Review*, vol. 71, págs. 133-160; TURKINGTON, R. C. (1989-1990). «Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy», *Northern Illinois University Law Review*, vol. 10, págs. 479-520, especialmente págs. 496-502.

¹⁴⁸ *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589, 599, N. 25 (1977). *Vid.* también *Nixon v. Administrator of General Service*, 433 U.S. 425, 457 (1977); *United States v. Westinghouse Electric Corporation*, 638 F.2d 570 (3d Cir. 1980).

Brandeis en *Olmstead v. United States*, al describir el derecho a ser dejado solo como el derecho «*most valued by civilized man*»¹⁴⁹.

Por todo, el principio defendido por Warren y Brandeis en 1890 no solo ha enraizado en la tradición legal y constitucional norteamericana a lo largo del siglo XX, sino que continúa teniendo validez en la sociedad tecnológica avanzada de principios del siglo XXI¹⁵⁰. En efecto, el siempre emergente desarrollo de lo que Warren y Brandeis llamaron «*modern enterprise and invention*» exigirá la continua expansión de los derechos de privacidad, pues la era digital amenaza la esfera privada en niveles y modos que los célebres abogados de Boston no podrían haber imaginado, alienando a la persona frente a la continua captación y utilización de sus datos personales por avanzadas tecnologías electrónicas que registran su actividad diaria. Y en la medida en que la sociedad telemática alcanza un vertiginoso desarrollo, aparecen incesantemente nuevas situaciones de riesgo para la privacidad individual a las que la legislación de los Estados no parece responder en tiempo real, generándose un desfase estructural en la protección jurídica de la privacidad difícilmente superable¹⁵¹. Por esto no sorprende que cuando se argumenta a favor del establecimiento de nuevos mecanismos jurídicos de protección de la privacidad frente a los avances tecnológicos de principios del siglo XXI resuene la centenaria concepción formulada por Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*».

6. ÚLTIMAS REFLEXIONES: «THE RIGHT TO PRIVACY» O LA PIEDRA DE TOQUE DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Sin duda, el artículo publicado por Warren y Brandeis en la *Harvard Law Review* en 1890 es considerado por la doctrina y jurisprudencia norteamericanas el ensayo fundacional del derecho a la privacidad en los Estados Unidos. Así, Roscoe Pound, uno de los juristas más relevantes de principios del siglo XX, Decano de la *Harvard Law School* durante dos décadas, afirmaba ya en 1916 que el ar-

¹⁴⁹ *National Aeronautic and Space Administration et al. v. Nelson et al.*, 131 S.Ct. 746 n. 6 (2011). Sobre este caso, *vid.* O'BRIEN, C. M. (2010). «Homeland Security Presidential Directive-12, Background Investigations, and Informational Privacy Rights», *Mississippi Law Journal*, vol. 80, págs. 299-353; GORKIN, R. T. (2010). «The Constitutional Right to Informational Privacy: *Nasa v. Nelson*», *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Sidebar*, vol. 6, págs. 1-20.

¹⁵⁰ *Vid.* el interesante estudio de BEZANSON, R. P. (1992). «The Right to Privacy Revisited: Privacy, News and Social Change, 1890-1990», *California Law Review*, vol. 80, núm. 5, págs. 1133-1175.

¹⁵¹ Al respecto *vid.* el interesante estudio de FROMKIN, M. A. (2000). «The Death of Privacy?», *Stanford Law Review*, vol. 52, págs. 1461-1543.

título de Warren y Brandeis había añadido nada menos que un capítulo al Derecho norteamericano¹⁵². Incluso, los autores más críticos lo han considerado el artículo doctrinal más influyente de la literatura jurídica norteamericana¹⁵³. Efectivamente, como se ha analizado en este estudio, su influencia ha sido incuestionable, ha originado la preocupación colectiva por el reconocimiento y garantía de la esfera privada, ha generado al menos cuatro acciones civiles para su protección y ha encuadrado y fundamentado el discurso constitucional del derecho a la privacidad en los Estados Unidos durante todo el siglo XX¹⁵⁴.

Sin embargo, en la concepción formulada por Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*» no cabe reconocer exclusivamente una dimensión individual o subjetiva, antes al contrario, como también han defendido diversos autores, su defensa de la privacidad presenta igualmente una dimensión colectiva y social que coadyuva al avance del sistema democrático¹⁵⁵. En efecto, en la medida en que como sostuvieron Warren y Brandeis la intensidad y complejidad de la participación ciudadana en la vida pública exige momentos de soledad y retraimiento personal, un espacio «*to be let alone*» no sólo garantiza el desarrollo espiritual, emocional e intelectual de la persona sino que también asegura su participación activa en el sistema político y social. Si una vida privada al amparo de injerencias no deseables permite el libre desarrollo de la personalidad, si la protección de la privacidad fomenta el desarrollo de la autonomía individual y la autodeterminación personal, aspectos todos que en última instancia promueven una ciudadanía más activa y participativa, su protección es igualmente un criterio determinante del carácter democrático de toda sociedad. Una sociedad vigilada se

¹⁵² Recogido por MASON, A. T. (1946). *Brandeis: A Free Man's Life*, *op. cit.*, pág. 70.

¹⁵³ En este sentido, *vid.* KALVEN, H. (1966). «Privacy in Tort Law—Were Warren and Brandeis Wrong?», *Law & Contemporary Problems*, vol. 31, págs. 326-341, especialmente, pág. 327. Para una respuesta a la visión crítica de Kalven, *vid.* BLOUSTEIN, E. (1968). «Privacy, Tort Law and the Constitution: Is Warren and Brandeis' Tort Petty and Unconstitutional as Well?», *Texas Law Review*, vol. 46, págs. 611 y ss.

¹⁵⁴ *Vid.* TURKINGTON, R. C. (1990). «Legacy of the Warren and Brandeis Article: The Emerging Unencumbered Constitutional Right to Informational Privacy», *op. cit.*, especialmente págs. 481-82. *Vid.* también KRAMER, I. R. (1990). «The Birth of Privacy Law: A Century Since Warren and Brandeis», *op. cit.*, pág. 704.

¹⁵⁵ Sobre la dimensión social de la privacidad presente en la teorización de Warren y Brandeis, *vid.* especialmente POST, R. C. (1991). «Rereading Warren and Brandeis: Privacy, Property, and Appropriation», *Case Western Reserve Law Review*, vol. 41, págs. 647-680, especialmente pág. 651; también de POST (1989). «The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law Tort», *California Law Review*, vol. 77, págs. 957-1010. Incidiendo en esta dimensión social de la privacidad, *vid.* también SCHWARTZ, P. M. (1999). «Privacy and Democracy in Cyberspace», *op. cit.*, págs. 1609-1701; GAVISON, R. (1980). «Privacy and the Limits of Law», *op. cit.*, págs. 455-456.

transforma en una sociedad conformista y pasiva que aliena al mismo sistema democrático. Así, la protección de la privacidad individual contribuirá a la vitalidad de la esfera pública y por tanto al dinamismo político y social. De ahí que la protección de las zonas de privacidad que aseguran nuestra autonomía individual sea, a la vez, condición y garantía del sistema democrático¹⁵⁶.

Por todo, la teorización que Warren y Brandeis magistralmente defendieron presenta una dimensión colectiva y social de la privacidad que contribuye al mantenimiento y avance del sistema democrático, pues en última instancia, la privacidad coadyuva a establecer los límites del control estatal sobre los individuos y a definir el atributo esencial de la ciudadanía¹⁵⁷. Y es esta integración de la plural dimensión individual y colectiva, social y democrática de la privacidad, la mayor virtualidad que, sin duda, cabe reconocer al ensayo fundacional de Warren y Brandeis. Por esto, cada vez que los avances tecnológicos ponen en peligro la privacidad individual emerge con toda su fuerza la teorización de Warren y Brandeis, dotada ahora del legado de la protección constitucional que la trayectoria centenaria ha otorgado al universalmente proclamado «*right to privacy*».

Title:

«THE RIGHT TO PRIVACY». THE GENESIS OF THE PROTECTION OF PRIVACY IN THE AMERICAN CONSTITUTIONAL SYSTEM: THE CENTENARY LEGACY OF WARREN AND BRANDEIS

Summary:

1. Preliminary considerations. 2. Emergency of the defense of privacy in the late nineteenth century: «*The right to be let alone*». 3. Warren and Brandeis's theory: «*The Right to Privacy*». 4. Reception of the «*Right to*

¹⁵⁶ Sobre la relación existente entre la privacidad y el sistema democrático, *vid.* SCHAWRTZ, M. (1995). «Privacy and Participation: Personal Information and Public Sector Regulation in the United States», *Iowa Law Review*, vol. 80, págs. 553-618, especialmente págs. 558-563; BAZELON, D. L. (1977). «Probing Privacy», *Gonzaga Law Review*, vol. 12, págs. 587 y ss., especialmente págs. 591-594; WESTIN, A. F. (1967). *Privacy and Freedom*, *op. cit.*, págs. 23-51.

¹⁵⁷ En este sentido, *vid.* REIDENBERG, J. R. (2000). «Resolving Conflicting International Data Privacy Rules in Cyberspace», *Stanford Law Review*, vol. 52, núm. 5, págs. 1315-1371, especialmente págs. 1340-1342.

Privacy» in the common law legal tradition. 5. The centenary legacy of Warren and Brandeis: The protection of privacy in the American constitutional system. 6. Last thoughts: «*The Right to Privacy*» or the touchstone of a democratic system.

Resumen:

El artículo publicado en 1890 por Warren y Brandeis en la *Harvard Law Review* bajo el título «*The Right to Privacy*», es considerado el ensayo fundacional de la protección de la privacidad en los Estados Unidos y el artículo doctrinal más influyente de la literatura jurídica norteamericana. Sin duda su influencia ha sido incuestionable, ha originado la preocupación colectiva por el reconocimiento y garantía de la esfera privada, ha generado al menos cuatro acciones civiles para su protección y ha encuadrado y fundamentado el discurso constitucional del derecho a la privacidad en los Estados Unidos durante todo el siglo XX. Sin embargo, en la concepción formulada por Warren y Brandeis en «*The Right to Privacy*» no cabe reconocer exclusivamente una dimensión individual o subjetiva, antes al contrario, su defensa de la privacidad presenta igualmente una dimensión colectiva y social que coadyuva al mantenimiento y avance del sistema democrático, pues, en última instancia, la privacidad contribuye a establecer los límites del control estatal sobre los individuos y a definir el atributo esencial de la ciudadanía.

Abstract:

The article published in 1890 by Warren and Brandeis in the *Harvard Law Review* entitled «*The Right to Privacy*», is considered the foundational essay of the protection of privacy in the United States and the most influential law review article of the American legal literature. Indeed, its influence has been unquestionable, has led to the collective concern for the recognition and guarantee of privacy, has generated at least four civil actions for their protection and has framed and substantiated the constitutional discourse of the right to privacy in the United States throughout the twentieth century. However, in the design made by Warren and Brandeis in «*The Right to Privacy*» can be recognized not only an individual or subjective dimension, but also a collective and social that contributes to the maintenance and advancement of the democratic system, since, ultimately, privacy helps set the limits of state control over individuals and to define the essential attribute of citizenship.

Palabras clave:

Derecho constitucional norteamericano. «*The Right to Privacy*» de Warren y Brandeis. Influencia y legado.

Key words:

American Constitutional Law. Warren and Brandeis's «*The Right to Privacy*». Influence and legacy.

