

El derecho a la intimidad en Francia en la época de la Sociedad de la Información¹: «Quand je vous ameray? Ma foi, je ne le sais pas... peut-être jamais, peut être demain!»²

Hubert Alcaraz*

(Universidad de Pau et des pays de l'Adour. Institut d'études Ibériques et Ibérico-américaines, Francia)

Resumen

En Francia, el derecho a la intimidad no ha sido consagrado por la Constitución. El ordenamiento jurídico francés maneja sólo el derecho a la vida privada, garantizado, únicamente, por el Código civil. Sin embargo, su artículo 9 se orienta hacia el respeto a la vida privada más que a la intimidad de la vida privada. Hoy por hoy, ante las nuevas tecnologías y frente a la renovación de los peligros que amenazan la vida privada, el derecho a la intimidad aparece, en Francia, como un derecho mal conocido al no haberse distinguido de nociones conexas. Pero, al mismo tiempo, es un derecho muy útil, susceptible de adaptarse mejor a la evolución que la sociedad viene conociendo desde hace varias décadas.

Palabras clave: Vida privada – Intimidad – Derecho – Consejo constitucional francés – Protección – Derechos fundamentales – Nuevas tecnologías – Inviolabilidad del domicilio – Inviolabilidad de las comunicaciones – Vida personal.

¹ Traducción de Patricia Fernández Ostolaza, traductora, y Pepa Fernández Ostolaza, analista de jurisprudencia en el Tribunal constitucional español.

² “¿Cuándo os amaré? Dios mío, ¡no lo sé! Quizá nunca, ¡quizá mañana!”. *Carmen*, Ópera cómica en cuatro actos de Georges Bizet, con libreto de Henri Meilhac y Ludovic Halévy basada en la novela de Prosper Mérimée, creada el 3 de marzo de 1875, Acto I – escena 3.

* Profesor Titular, Universidad de Pau et des pays de l'Adour – Institut d'études ibériques et ibérico-américaines. Droit et politique comparés – CNRS UMR 6201.

Abstract

The “right of Intimacy” does not appear in the French Constitution. French legal order only protects the “Right of Privacy”, which is only protected by the Civil Code. However, the article 9 of the French Civil Code set forth the “*the right to respect for his private life*” before setting forth “*Invasion of personal privacy*”. Nowadays, in front of new technologies and dangers threatening the “Right of Privacy”, “Intimacy” appears, in France, as an unknown right. It’s unknown because it’s hardly distinguished from related concepts. But, it represents a useful right, likely to be better adapted to evolutions that society might encounter, since several decades.

Key words: Privacy – Intimacy – Right – French constitutional council – Constitutional Law – Fundamental rights – New technologies – Personal life.

¿Tendrá que soportar el derecho a la intimidad en Francia estas palabras que Carmen suelta a los soldados y muchachos al inicio de la célebre ópera?

Merece la pena plantearse la cuestión en Francia, en la medida en que los últimos años han hecho más profunda la mutación de los fundamentos del tiempo y del espacio. Siguiendo el impulso de su predecesor, el siglo XX ha sido aquél en el que el tiempo ha cambiado de fundamento, pero también aquél en el que se ha vaciado el espacio. La revolución científica despoja al ser humano de sus coordenadas y de sus referencias: mientras se libera del tiempo y del espacio, el hombre está en condiciones tanto de destruir el planeta que le aloja, como de modificar la esencia misma de la vida. En medio de esta realidad cambiante, el individuo y el lugar que ocupa en el seno de la sociedad, no pueden evitar la impronta de tales transformaciones. Junto a los progresos científicos, o en paralelo a los mismos, la persona, dentro del grupo social en el que se mueve, ha visto reformulados su rol, su lugar, sus pretensiones, pero también sus aspiraciones. Distribución de espacios ylevantamiento del velo, la oposición entre lo público y lo privado, constitutiva de las sociedades contemporáneas, se halla revuelta.

Mientras tanto, el sistema jurídico continúa utilizando ciertas nociones que requerirían, probablemente, un cierto *aggiornamento*³. El concepto de “derecho a la vida privada”⁴, familiar para los juristas franceses, sería uno de ellos, dada la indeterminación de la que adolece. En efecto, si el triunfo de la burguesía, durante la segunda mitad del siglo XIX, permitió, partiendo del

³ N. del T. en italiano en el original.

⁴ R. Badinter, «Le droit au respect de la vie privée», *Dalloz (D)*, 1968, I, 2136 ; F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Paris-Bruxelles, LGDJ-Bruylant, 1990, pág. 7.

derecho a la propiedad, la consagración de un espacio privado, elevándolo a la cualidad misma de ser humano, esto es, a la personalidad, en la sociedad contemporánea se han desdibujado las fronteras, llegando a eliminarse la separación entre dos esferas: la pública y la privada⁵.

El derecho francés, por su parte, permanece ligado a la noción de “derecho a la vida privada”, sin que sea posible saber qué es exactamente lo que esta expresión esconde⁶. En este aspecto, las definiciones varían y la protección que se pretende anudar a este derecho es notablemente fluctuante, sin que la mera reflexión permita siempre explicarlo manteniendo la coherencia del sistema. La confusión surge con frecuencia entre “privacy”⁷, “vida privada” e “intimidad”, y si la investigación científica pone de manifiesto las intersecciones, en el sentido matemático del término, entre los tres conceptos, también evidencia las diferencias entre unos y otros. Empleándolos indistintamente, la jurisprudencia no brilla siempre por su coherencia, en un momento en que los descubrimientos científicos invitan a la protección de nuevos elementos, tales como los datos de carácter personal.

La vida privada implica, entonces, tanto la autodeterminación del individuo como su reserva, tanto la autonomía individual como la discreción, tanto la exteriorización como la interioridad. El sistema jurídico puede decidir protegerlos o, por el contrario, ignorarlos. Si los acoge, el grado de fijeza y protección que ofrece a cada uno de ellos, será variable; en todo caso, no deben confundirse unos con otros, porque la garantía jurídica de cada uno de estos elementos está vinculada a un régimen jurídico diferente. La voluntad de salvaguardia de una esfera personal contra las intromisiones no deseadas de terceros no puede ser garantizada a través de los mismos mecanismos y disposiciones que la proyección del individuo en el espacio público. Ambas hipótesis responderían al ámbito de lo que la doctrina francesa tradicionalmente designa como la vida privada; sin embargo, nos encontramos ante dos voluntades distintas: una dirigida hacia el interior, y la otra hacia el exterior. Así, deben ser derechos distintos los que las encarnen.

Por utilizar nociones más familiares, es fácil comprobar que el respeto a la vida privada encierra dos vertientes: el respeto de la libertad (propiedad) y el respeto de la personalidad; según se quiera proteger uno u otro, es indispensable recurrir a ideas distintas, puesto que el objeto de protección no es el

⁵ G. Sutter, H. Zecler, *Internet : espace public, espace privé ?*, *Revue de recherche juridique*, 1998, pág. 561.

⁶ Según Jacques Velu, «La expresión «derecho a la vida privada» (...) abarca un campo jurídico muy vasto, cuyos límites son difíciles de precisar»: J. Velu, *La Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications*, en *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylants, 1973, pág. 53.

⁷ N. del T. en inglés en el original.

mismo. Ambos aspectos no pueden garantizarse a través de los mismos mecanismos, ya que en un caso se trata, principalmente, de la libertad proyectada sobre la escena jurídica y, en otro, de la preservación de una esfera reservada alrededor del individuo que, en este caso, no interviene voluntariamente en la escena jurídica⁸.

Al mismo tiempo, conviene reconocer que si el ordenamiento jurídico decidió consagrar estos derechos, lo hizo recurriendo a mecanismos distintos y reconociéndoles un contenido material y un campo de aplicación más o menos extensos. Desde luego que la vida privada del individuo merece ser protegida y ha representado, desde hace más de un siglo, un espacio que los sistemas jurídicos de las democracias pretenden salvaguardar. Sin embargo, dentro de esta esfera no se protege del mismo modo ni con la misma fuerza a todas y cada una de las situaciones personales. Por medio del derecho a la vida privada se puede proteger tanto la no divulgación de una patología, como el derecho de un transexual a la modificación de su estado civil. Esta constatación es, hoy por hoy, lo único que permite captar el sentido de una jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, que, carente de conceptos claros, parece, en ocasiones, desprovista de toda coherencia y, sobre todo, incapaz de aprehender los avances tecnológicos⁹.

El derecho a la intimidad no pretende considerar más que uno de los derechos que cabría ordenar bajo la expresión general de “derecho a la vida privada”. En este aspecto, no es a la voluntad de autodeterminación del individuo, es decir, a la garantía de sus elecciones existenciales y de su libertad, a lo que se está apuntando, sino más bien se dirige hacia un elemento complementario, que designa su poder para controlar las informaciones relativas a su persona. En este sentido, el derecho a la intimidad en Francia no se refiere a la vida privada más que en lo que concierne al control de las informaciones de carácter personal: protege el derecho que toda persona tiene a que no se divulguen aquellos elementos relativos a su vida personal que, por su naturaleza, son ignorados por terceros y cuyo control debe poder asegurarse. En

⁸ «Constituye un salto cualitativo esencial el paso de la protección del secreto y de la intimidad de la vida privada a la idea de que el secreto no es más que uno de los medios de protección de la libertad individual —libertad que, a su vez, es el medio para asegurar la expansión personal del individuo—, franqueando así de un solo salto la brecha que separa el “derecho a ser dejado en paz” y el derecho a la *autodeterminación* (derecho-libertad), para llegar a la *expansión personal*, es decir, a la felicidad (derecho-creencia)». : M. T. Meuldres-Klein, *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, en *Revue internationale de droit comparé*, 1992, pág. 767 y s., especialmente pág. 771.

⁹ «De entre todas las gloriosas ambigüedades que contiene el catálogo de derechos fundamentales, la del respeto a la vida privada parece la más desconcertante »: M.-T. . Meuldres-Klein, *op. cit.*, pág. 770.

este sentido, las acciones ni son ni dejan de ser, en sí mismas, íntimas; no lo son más que en función del significado que cada persona pretenda darles.

Sin confundirlos, pero para utilizar una expresión más conocida por los juristas francófonos, se puede comparar este derecho con la expresión “derecho al secreto de la vida privada” o “secreto de la vida privada” que la doctrina continúa empleando en ciertas ocasiones.

Sin embargo, la referencia al derecho a la intimidad, tal y como lo hemos definido, resulta más exacta y más eficaz. Más exacta porque da cuenta de la jurisprudencia: si examina las decisiones jurisdiccionales, el observador comprueba que las cortes y tribunales franceses no protegen la vida privada en su conjunto, sino tan sólo una parte. ¿Qué parte? La formada por todos aquellos elementos más directamente relacionados con la personalidad del individuo y, en tal medida, los más susceptibles de revelar información sobre su personalidad, aunque el propio interesado no lo haya deseado expresamente. Esto es lo que se desprende de la jurisprudencia del Consejo constitucional, así como de la de la Corte de Casación, aunque ni el juez ordinario ni el juez constitucional se tomen siempre la molestia de utilizar una terminología rigurosa ni hagan los esfuerzos conceptuales necesarios para aclarar sus propias soluciones. El secreto es, entonces, una pura constatación; no explica por qué una información es secreta, por qué debe ser protegida. Es, sencillamente, una garantía, un mecanismo de protección.

Y más eficaz desde un doble punto de vista: por una parte, en la medida en que la evolución, tanto en términos tecnológicos como en términos de comportamientos individuales, obliga al ordenamiento jurídico, si es que pretende ser eficaz, a no verse limitado por la distinción público/privado que, desde el punto de vista espacial, ha ido perdiendo importancia progresivamente; por otra parte, porque el «derecho a la vida privada», tal y como lo maneja hoy en día el juez constitucional francés, no cuenta con un verdadero contenido material y se agota en meras garantías procesales, incapaces de proteger correctamente a los individuos.

El derecho a la intimidad no pretende regular todas y cada una de las cuestiones, pero ofrece una orientación diferente, que permite descartar los problemas conceptuales recurrentes.

Para empezar, nos aclara el criterio espacial: se descarta la distinción inútil entre vida privada y vida pública, porque el derecho a la intimidad no está sujeto a una referencia espacial. La ventaja de la intimidad es que cuando el individuo abandona su domicilio, el derecho le “sigue”, sea cual sea el ámbito en el que se desenvuelva. Además, este derecho descarta la reserva de competencia absoluta del juez judicial [equivalente al juez civil y penal españoles]: el juez administrativo [equivalente al juez contencioso-administrativo en España] puede, de esta manera, asegurarse su competencia sin polémica y

sin que, por ello, se excluya por completo la intervención del juez judicial o ésta resulte problemática¹⁰. Por último, puede ayudar al juez constitucional a aclarar su jurisprudencia, exponiéndose a menos críticas: mientras que en la actualidad duda y no es capaz de manejar un derecho fundamental dotado de cierta sustancia, podría ir más allá de una simple respuesta a las pretensiones planteadas. Aclarando el criterio espacial, se da mayor protagonismo a la idea de una protección inherente a la persona y se dota al juez constitucional de una noción adicional, más dinámica, de la de libertad personal.

El estudio sobre el derecho a la intimidad pone de manifiesto la plusvalía que éste puede generar en un orden jurídico que pretende proteger la personalidad, cuando ésta trata de permanecer volcada hacia el interior. El examen de la situación en Francia, si bien no debe esconder las reservas del orden jurídico francés respecto al derecho a la intimidad (§ I), no por ello deja de demostrar el interés práctico que existe, en particular en la «sociedad tecnológica» de principios del siglo XXI, en primar este derecho en relación con el «derecho a la vida privada» (§ II), más familiar para los juristas franceses.

I. El derecho a la intimidad: un derecho mal conocido

Entre los conceptos tradicionalmente utilizados por el derecho francés, la noción de intimidad ocupa un lugar completamente marginal. Por poner un ejemplo, la ley no alude a la vida privada, *expressis verbis*, más que de forma excepcional. Antes de la ley de 17 de julio de 1970¹¹, sólo el artículo 15, párrafo 2º de la ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa preveía la

¹⁰ Esta cuestión constituye en Francia un elemento que ha gobernado, por su parte, la aparición de la libertad individual en la jurisprudencia constitucional; cf. L. Favoreau et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2005, 13 éd.; todavía hoy este elemento interviene en el razonamiento del juez constitucional cuando tiene que examinar la constitucionalidad de disposiciones legislativas que establecen nuevas posibilidades de investigación a favor de la policía. En efecto, en Francia, se distingue entre policía administrativa y policía judicial siendo cada una competente en un orden jurisdiccional distinto: cf., recientemente, Consejo constitucional, decisión nº 2005-532 DC de 19 de enero de 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, JORF, 24 de enero, pág. 1138. Sobre la cuestión de la competencia «obligada» del juez judicial en materia de protección de la vida privada: A. Pena, *Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse, Aix-en-Provence, 1998 ; del mismo autor, *Liberté d'aller et venir*, en D. Chagnollanud, G. Drago, *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 2006, p. 1 ; *idem*, *Les droits de la personnalité*, en D. Chagnollanud, G. Drago, *op. cit.* pág. 564 ; P. Cambot, *La protection constitutionnelle de la liberté individuelle en France et en Espagne*, París, Económica-PUAM, 1998, Collection Droit public.

¹¹ R. Lindon, *Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relatives à la protection de la vie privée*, en *Semaine juridique* (JCP), I, 2357.

prohibición de probar los hechos difamatorios en tres casos, y especialmente «cuando la imputación afecta a la vida privada de la persona»¹².

En realidad, la investigación evidencia el doble movimiento del que procede el desconocimiento del derecho a la intimidad en Francia: éste es consecuencia, por un lado, de la tradicional preferencia a referirse al derecho a la vida privada (A) y, por otro, de una cierta insuficiencia a la hora de distinguirlo de las nociones conexas (B).

A – La referencia tradicional al derecho a la vida privada

En el derecho francés, la ley no se ha tomado la molestia de determinar el contenido de la expresión «vida privada» cuando se refiere a ella manifestando así, de alguna manera, su impotencia para definirla. En la doctrina, en cambio, no han faltado esfuerzos por definirla. En ellos podemos apreciar una doble tendencia. Por un lado, aquella parte de la doctrina francesa que prefiere, con mucho, la noción de vida privada. De este modo, se incluyen dentro del derecho a la vida privada, indistintamente, el derecho a una vida familiar normal, el «derecho a la vida sexual»¹³, el «respeto a los actos» o incluso el «respeto a la apariencia de la personalidad», es decir «el derecho de la persona a ser percibida por terceros con la apariencia que ella haya escogido»¹⁴. Además de estos elementos, habría que citar también el derecho al anonimato, así como la libertad de conciencia y de opinión¹⁵. He aquí,

¹² Esta disposición figura hoy en el artículo 35 de la ley de 29 de julio de 1881 (modificada por la ordenanza de 3 de mayo de 1944): «La veracidad del hecho difamatorio, pero solamente cuando se refiere a las funciones, podrá establecerse por la vía ordinaria en el caso de que se trate de imputación contra los cuerpos constituidos; el ejército de tierra, de mar o de aire; las administraciones públicas o las personas enumeradas en el artículo 31. La veracidad de las imputaciones injuriosas podrá establecerse igualmente contra los directores o administradores de las empresas industriales, comerciales o financieras, que hagan llamada pública al ahorro o al crédito. La veracidad de los hechos difamatorios puede probarse siempre, excepto, a) cuando la imputación concierne a la vida privada de la persona; b) cuando la imputación se refiere a hechos acaecidos en fecha que se remonta más de diez años atrás; c) cuando la imputación se refiere a un hecho que constituye una infracción amnistizada o prescrita, o que dio lugar a una condena anulada por la rehabilitación o la revisión». Entre las leyes que se refieren a la vida privada o a elementos de carácter privado podemos citar también la ley nº 78-753 de 17 de julio de 1978 que contiene diversas medidas de mejora de las relaciones entre la administración y el público y diversas disposiciones de orden administrativo, social y fiscal (*JORF*, de 18 de julio, pág. 2851), o la ley nº 79-18 de 3 de enero de 1979 sobre archivos (*JORF*, de 5 de enero, pág. 43).

¹³ G. Lebreton, *Libertés publiques et droits de l'homme*, Paris, Armand Colin-Dalloz, 2003, 7^éd., pág. 290 y s.

¹⁴ J. Robert y J. Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Paris, LGDJ, 1999, 7^éd., pág. 381.

¹⁵ F. Luchaire, *La protection constitutionnelle des droits et libertés*, París, Económica, 1987, pág. 33 y s.; por Philippe Malaurie la presunción de inocencia pertenece también al derecho a la vida privada; P. Malaurie y L. Aynés, *Cours de droit civil. Les personnes*, París, Cujas, 1999, pág. 139.

pues, una concepción extensa, muy cercana a *privacy*¹⁶, o a la vida privada tal y como ha sido concebida por el Tribunal Europeo Derechos Humanos¹⁷. Por otro, algunos autores prefieren una aproximación más estricta: éstos hablan con frecuencia del «derecho a mantener en secreto la intimidad de la propia existencia, con el propósito de no ser pasto de la curiosidad y maldad públicas»¹⁸ o, simplemente, de «derecho a la intimidad»¹⁹.

En todo caso, la gran mayoría de la doctrina maneja, normalmente, el concepto de derecho a la vida privada, y es pacíficamente admitida la idea de que este derecho ha ido adquiriendo «con el tiempo, una importancia creciente, hasta el punto de englobar más o menos totalmente a otros derechos de la personalidad con vocación más limitada», pudiendo, la protección de la vida privada, «revestir diferentes aspectos»²⁰.

Sin embargo, a la luz de los trabajos preparatorios de la ley de 17 de julio de 1970, que crea, dentro del Código Civil el artículo 9²¹, parece estar claro: «A este respecto, el gobierno estima que no debemos arriesgarnos a concular el principio de la libertad de prensa en un intento de querer proteger demasiado la vida privada. Asimismo, el proyecto de ley se inclina por fijar un límite al ámbito de la vida privada objeto de la protección legal, precisando que sólo los ataques a la intimidad de esa vida privada serán sancionados por vía civil o penal»²². Y entre las disposiciones del artículo 9 del Código civil, el párrafo primero apunta a la «vida privada», mientras que el párrafo segundo sanciona los «ataques a la intimidad de la vida privada», lo cual parece ser una hipótesis distinta, que sólo autoriza al juez a ordenar medidas tan fuertes y claramente contrarias a la libertad de prensa como el embargo o el secuestro²³.

¹⁶ S. D. Warren y L.D. Brandeis, *The right of privacy*, en *Harvard Law Review* 5, 1890, Vol. IV, pág. 193.

¹⁷ F. Sundre, *Les aléas de la notion de "vie privée" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, en *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pág. 687.

¹⁸ H. y L. Mazeaud, J. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons de droit civil. Les personnes*, Paris, Montchrestien, 1997, Tome I, vol. 2, 8^e éd., por F. Laroche-Gisserot, pág. 394.

¹⁹ R. Nerson, *La protection de l'intimité*, *Journal des tribunaux*, 1959, pág. 713; en el mismo sentido, J. Carbonniert, *Droit civil. Les personnes*, PUF, Thémis, 2000, 21^e éd. refundida, pág. 156.

²⁰ D. Tallon, *Droits de la personnalité*, en *Répertoire civil Dalloz*, 1996, n° 22 y s.

²¹ «Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia».

²² Intervención de M. J. Pleven, Garde des Sceaux, *JORF*, Debates de la Asamblea Nacional, Sesión de 28 de mayo de 1970, pág. 2068.

²³ Se puede citar, igualmente, las disposiciones del antiguo artículo 368 del Código penal, convertido en el actual artículo 226-1, o incluso las del nuevo código de procedimiento civil – artículos 435 o 247 – todas las cuales se refieren a la vida privada.

Hay que reconocer que los deseos del gobierno de la época no han tenido un gran seguimiento y no es raro que la Corte de Casación adopte una posición «muy inestable sobre este punto»²⁴. Y esta inclinación a favor del derecho a la vida privada promueve una visión borrosa de la esfera de la vida privada que el sistema jurídico francés protege²⁵.

Esta indeterminación sobre el derecho a la vida privada no es exclusiva de la jurisprudencia ordinaria²⁶. La jurisprudencia del Consejo Constitucional no traza unos perfiles más precisos, visto que el derecho a la vida privada es alternativamente protegido por medio de la referencia a la libertad individual²⁷, y después por la de la libertad personal, hasta separarse por completo de la primera, y volcarse en la segunda²⁸. Utilizada hasta 1993²⁹, la noción de libertad personal desapareció de la jurisprudencia para experimentar, a partir de 1999, una recobrada juventud. No obstante, en 1995 el juez constitucional había comenzado a apuntar de forma inequívoca hacia el derecho a la vida privada, pero sin desconectarlo claramente de la libertad individual³⁰.

Este proceso desembocó, en 1999, en la consagración del «respeto a la vida privada»: el Consejo constitucional, tras recordar lo dispuesto por el artículo 2 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, afirma que «la libertad proclamada por este artículo implica el respeto a la vida privada»³¹. Sin embargo no es seguro que el «derecho a la vida privada», tal y como lo concibe el juez constitucional, haya ganado autonomía en la medida en que, a partir de esta decisión, tal derecho se haya normalmente yuxtapues-

²⁴ B. Beignier, *La protection de la vie privée*, en *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, pág. 186.

²⁵ «La délimitation est devenue d'autant plus délicate que la vie privée a parfois cessé d'être envisagée par rapport à la nécessaire protection d'une sphère d'intimité pour l'être par rapport à un certain droit à la différence», F. Terre y D. Fenouillet, *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, Paris, Dalloz, 6^a ed., pág. 92.

²⁶ Sin duda, la orientación de la jurisprudencia ordinaria y, en especial, la elección preferente hacia una referencia al derecho a la vida privada se explican por la voluntad de perseguir la protección de un derecho general a la vida privada que ella ha elaborado en gran parte; sobre esta cuestión, cf. P. Kayser, *La protection de la vie privée. Le secret de la vie privée*, París, Económica, 1995, 3^a ed., pág. 121.

²⁷ Es la decisión del Consejo Constitucional nº 76-75 DC de 12 de enero de 1977, *Fouille des véhicules*, *Recueil*, p. 33, la que consagra una concepción extensa de la libertad individual, que engloba «la protección de la vida privada».

²⁸ Esto se produce por primera vez con la decisión nº 88-244 DC de 20 de julio de 1988, *Loi d'amnistie*, *Recueil*, pág. 119.

²⁹ Por última vez en la decisión nº 92-316 DC de 20 de enero de 1993, *Prévention de la corruption*, *Recueil*, pág. 14.

³⁰ Consejo Constitucional, decisión nº 94-352 DC de 18 de enero de 1995, *Vidéosurveillance*, *Recueil*, pág. 170.

³¹ Decisión nº 99-416 DC de 23 de julio de 1999, *Couverture maladie universelle*, *Recueil*, pág. 100.

to a la noción de libertad personal, sin que uno y otra estén claramente articulados. Además, hoy en día es difícil decir si el derecho a la vida privada ha obtenido realmente su independencia respecto de la libertad personal, en la medida en que sus fundamentos son, a menudo, confundidos. El Consejo Constitucional se refiere, indistintamente, a los artículos 2 y 4 de la Declaración de 1789³². De hecho, algunos «observadores» privilegiados de la jurisprudencia del Consejo Constitucional perecen sugerir esta interpretación³³.

No obstante, podríamos profundizar y matizar más este análisis. Para empezar, porque una atenta lectura de la jurisprudencia constitucional no parece confirmar esta interpretación³⁴. Además, este análisis no nos permite captar las dimensiones de esa esfera que el Consejo Constitucional pretende asegurarle al individuo, ni dota al «derecho a la vida privada» de un contenido material preciso y eficaz. En realidad, leyendo las decisiones del Consejo Constitucional, constatamos que cuando el juez se refiere al «derecho a la vida privada», garantiza un ámbito de reserva comparable al propio del derecho a la intimidad, tal y como lo hemos definido. De forma totalmente diferente, la libertad personal, cuando se liga a la vida privada del individuo³⁵, consagra, junto al derecho a la intimidad, la protección de las distintas manifestaciones de la libertad del individuo, exteriorizadas en la escena social, es decir, una esfera de autonomía individual. Desde luego, no es casual que el único componente de esta libertad que la jurisprudencia identifica *expressis verbis* sea la libertad de matrimonio³⁶. En esta medida, de algún modo completa, pero sin incluirlo, la protección que ofrece el derecho a la intimidad.

En nuestro afán por establecer la distinción entre derecho a la vida privada y derecho a la intimidad, el esclarecimiento de las diferencias existentes entre un cierto número de nociones conexas, nos van a permitir acreditarla.

B – El derecho a la intimidad y los derechos «fronterizos»

El escaso interés o la perplejidad que hoy en día suscita el derecho a la intimidad en Francia, es otra de las tendencias que se desprenden de la juris-

³² Es el caso, particularmente, en la decisión nº 2003-484 DC de 20 de noviembre de 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, Recueil, pág. 438.

³³ O. Dutheillet De Lamothe, en H. Roussillon y X. Biøy, *La liberté personnelle : une autre conception de la liberté ?*, Presses de l'Université de sciences sociales de Toulouse, 2006.

³⁴ Cf. I. B.

³⁵ Se comprende, entonces, por qué ésta se apoya en los artículos 2 y 4 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, mientras que eso que el Consejo denomina el «derecho a la vida privada» se fundamenta sobre el artículo 2 del mismo texto.

³⁶ Decisión nº 2003-484 DC de 20 de noviembre de 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration*, precitada.

prudencia francesa: al igual que su colega europea,³⁷ pretende, generalmente, reunir en un solo derecho los diferentes instrumentos jurídicos de protección de la vida privada. En este sentido, la distinción entre derecho a la vida privada y derecho al honor no está siempre claramente establecida. Y otro tanto sucede con el derecho a la imagen y el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

En Francia, el derecho civil es el único que reconoce, como un derecho de la personalidad, el derecho que cada cual tiene a hacer respetar su honor; éste descansa en el sentimiento cada cual tiene de su propia dignidad, y cómo ésta afecta a los demás³⁸. De forma general, las agresiones que pueden alcanzarlo son dos: la difamación³⁹ y la injuria⁴⁰. Sin negar que una gran parte de las agresiones a la reputación de las personas se produce a través de la violación de la esfera íntima del individuo, en particular siempre que la imputación hace referencia a hechos o informaciones desconocidos para terceros y que el interesado no deseaba revelar, es posible identificar las fronteras entre este derecho y el derecho a la intimidad. Éstas aparecen desde un doble punto de vista: por un lado, estos dos derechos no se orientan hacia los mismos fines en el sentido de que el derecho a la intimidad tiene por objetivo establecer el control del individuo sobre la difusión de una serie de elementos relativos a su vida personal, mientras que el objetivo del derecho al honor es el de proteger la reputación de las personas de las agresiones ilegítimas que pueda recibir⁴¹. Por otro lado, el campo de aplicación de ambos derechos es, asimismo, distinto: el derecho al honor contempla tanto las afirmaciones difamatorias que se refieren a la vida privada como las relativas a actividades⁴². El honor se vuelve hacia el exterior, la intimidad, al interior.

En cuanto al derecho a la imagen, si bien es uno de los tradicionalmente incluidos entre los derechos de la personalidad, el derecho privado no parece haber definido claramente su posición⁴³. A diferencia del Código penal, el Código civil no menciona la imagen de la persona. De suerte que la confusión

³⁷ Sobre esta cuestión, F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, especialmente págs. 11-33.

³⁸ J. Carbonier, *op. cit.*, pág. 129.

³⁹ Se trata de una vulneración que procede de la alegación o de la imputación de un hecho, sea éste verdadero o falso.

⁴⁰ La hipótesis es la de expresiones ultrajantes, en términos de desprecio o de injurias que no encierran la imputación de hecho alguno.

⁴¹ P. Kayser, *op. cit.*, pág. 127.

⁴² J. Ravanas, *Protection Jouissance des droits civils. de la vie privée*, en *Jurisclasseur civil*, Artículo 9, Fascículo 10, § 61.

⁴³ Como ocurre con el derecho al honor, ninguna disposición constitucional consagra el derecho a la imagen.

se ha producido por la vía de la consagración del derecho a la imagen sobre la base del artículo 9 del Código civil que, enunciando simplemente que «todos tienen derecho a su vida privada», se ha revelado como la «matriz de los derechos de la personalidad»⁴⁴. Pese a la abundante jurisprudencia civil sobre esta materia, el derecho a la imagen no se ha emancipado del derecho a la vida privada hasta una reciente decisión de la Corte de Casación⁴⁵. Sin querer presagiar la evolución que pueda seguir, se observará que el derecho a la imagen y el derecho a la intimidad pueden distinguirse también, puesto que el primero de ellos enfoca la reproducción y la representación de la forma humana, de forma visible y reconocible⁴⁶. También, son numerosos los ejemplos en que captación no autorizada de momentos íntimos de la persona, publicados sin su autorización, viola tanto el derecho a la imagen como el derecho a la intimidad.

Sin embargo, los campos de aplicación de los dos derechos no deben confundirse por la existencia de injerencias propias del derecho a la imagen: éstas no son más que la captación, en lugar público, incluso durante el desarrollo de la vida cotidiana, de la imagen de una persona al objeto de publicarla sin contar con su consentimiento. En consecuencia, el derecho a la imagen puede ser perfectamente invocado con independencia del derecho a la intimidad para proteger la personalidad de su titular cuando se expresa mediante actividades públicas. Se distingue del derecho a la intimidad porque busca la protección de la persona contra su representación inexacta ante el público. Y la observación según la cual este derecho no se agota con la protección del interés moral de la persona amplía esta distinción cuando el derecho a la imagen intenta también consagrar un interés material, confiriendo al titular el monopolio de la explotación de su imagen: es también un derecho patrimonial⁴⁷.

El asunto se presenta aún más complejo cuando nos referimos al derecho a la protección de datos personales. En primer lugar, hay que señalar que en Francia este derecho no ha sido explícitamente consagrado por las disposiciones de rango constitucional. Sin embargo, desde la decisión *Prevención de la corrupción*, de 1993, el tratamiento abusivo de los datos de carácter personal se beneficia de una protección indirecta: el Consejo constitucional considera en esta decisión que el dispositivo establecido en la ley de 6 de

⁴⁴ J.-C. Saint-Paul, nota al Cass., Civ., 1º, 16 de julio de 1998, *D*, 1999, Jurisprudence, pág. 541.

⁴⁵ Cass., Civ., 1º, 10 mayo 2005, *D*, 2005, Informations rapides (IR), pág. 1380: la Corte no habla de derecho a la imagen, sino de «respeto debido a la imagen».

⁴⁶ J. Ravanas, *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 1978, pág. 11.

⁴⁷ A. Bertrand, *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Paris, Litec, 1999, pág. 133 y s.

enero de 1978⁴⁸ participa de la protección de la libertad individual⁴⁹. Antes incluso de considerar la jurisprudencia constitucional, emergen elementos distintivos entre el derecho a la intimidad y la protección de datos personales. En el último caso, se trata de proteger una esfera mayor que la del derecho a la intimidad tal y como lo hemos definido nosotros. En efecto, en cuanto al campo de aplicación de la protección de datos personales, la naturaleza de la información en cuestión resulta indiferente; basta con que sea directa o indirectamente nominativa, sin que el interés radique prioritariamente en su carácter íntimo o no íntimo. Es irrelevante que se trate de los resultados del último análisis de sangre de una persona o de la marca de guisantes que compra habitualmente, puesto que ambos, adecuadamente procesados, es decir, combinados con otras informaciones en apariencia anodinas, son susceptibles de constituir un tratamiento abusivo de datos personales. Además, desde el punto de vista del régimen jurídico, la protección de datos personales se analiza esencialmente en primer lugar en un derecho de acceso; después, como una limitación de interconexión; y por último, como un control de la finalidad del tratamiento y un derecho de rectificación y eliminación de los datos. Por el contrario, cuando se trata del respeto a la vida privada, el régimen recae sobre la captación de determinadas informaciones y su difusión, es decir, sobre el solo control de la captación de una información de naturaleza específica; captada la información, la violación se ha producido, y la difusión-revelación no es más que su continuación. Ambas nociones no deben confundirse puesto que su campo de aplicación es distinto, y distinto es su régimen jurídico.

Ahora bien, en Francia, esta distinción no se toma suficientemente en cuenta, lo que impide una protección eficaz. Si nos atenemos a la jurisprudencia constitucional, la evolución no está exenta de ambigüedades a imagen de lo que ocurría con «el derecho a la vida privada». Así, después de haber ligado la protección de datos personales al respeto a la vida privada, el Consejo Constitucional parece unirla a la noción de libertad personal. Y es lamentable. Sin negar —tanto en el caso de la vida privada como en el de los datos personales— los lazos evidentes que pueden existir entre estos conceptos, todos construidos sobre el zócalo de la libertad «general» planteada en los artículos 2 y 4 de la Declaración de 1789, y que emanan de ella, parece indispensable una diferenciación clara.

⁴⁸ Ley nº 78-17, de 6 de enero de 1978 relativa a la informática, los ficheros y las libertades, JORF, 7 de enero, pág. 227 (modificada substancialmente por la ley nº 2004-801, de 6 de agosto de 2004).

⁴⁹ J. Frayssinet, *Le Conseil constitutionnel et la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, en *Revue française de droit constitutionnel*, 1993, pág. 395.

El respeto a la vida privada, más que ser ligado a estas dos nociones debería ser remitido a ellas, ya que concierne a la vez al respeto a la libertad y al respeto a la personalidad. Incluir el respeto a la vida privada y la protección de datos personales en la libertad personal es fruto de una inversión de la perspectiva. El respeto a la vida privada tiene dos caras: por un lado, la exclusión de una esfera reservada; por el otro, la proyección de una esfera de autodeterminación. Las dos caras corresponden a dos objetos distintos que no deben, en consecuencia, depender del mismo régimen. Uno garantiza la exclusión de los demás de una determinada zona; el otro tiene como objetivo asegurar la exteriorización de la libertad del individuo en las relaciones sociales. En un caso el régimen jurídico está marcado por la exclusión, es defensivo; en el otro, por la libertad, es decir, la autodeterminación, y se proyecta sobre la escena jurídica.

Ahora bien, lo que el Consejo constitucional tiene por objetivo cuando intenta proteger el «derecho a la vida privada» es una esfera reservada en torno al individuo; por el contrario, cuando trata la libertad personal, es una parte de la autodeterminación del individuo lo que considera, es decir, una esfera de autonomía del individuo. Por otro lado, no es casualidad que se vincule a la libertad personal la libertad de contraer matrimonio⁵⁰, o que anude la libertad de la mujer a uno de los fundamentos textuales de esta libertad⁵¹. En estos casos, la libertad personal, se mueve en la esfera del estatus de la persona en la escena social, es decir, reposa sobre la preocupación de no imponer al individuo obligaciones sociales que constituirían una violación de su personalidad⁵². Lo mismo ocurre, así, con la libertad del asalariado de renunciar a que un sindicato actúe ante un tribunal en su nombre⁵³, con el derecho del empresario a no verse obligado a frecuentar en su lugar de trabajo a los autores de actos de los que él ha sido víctima⁵⁴, de la autonomía individual en materia de elecciones de carácter profesional⁵⁵, o, como hemos señalado, de la libertad de contraer matrimonio. Todos estos ejemplos se

⁵⁰ Por otra parte, es la única libertad que incluye especialmente en la libertad personal: decisión nº 2003-484 DC, de 20 de noviembre de 2003, *cit.*

⁵¹ Decisión nº 2001-446 DC, de 27 de junio de 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la conception*, *Recueil*, pág. 74: en esta decisión el Consejo constitucional liga la libertad de la mujer al artículo 2 de la Declaración de los derechos del hombre, texto que constituye uno de los fundamentos de la libertad personal según la jurisprudencia constitucional.

⁵² B. Mathieu, *Droit constitutionnel civil*, en *Jurisclasseur administratif*, nº 1149.

⁵³ Decisión nº 89-257 DC, de 25 de julio de 1989, *Prévention des licenciements économiques*, *Recueil*, pág. 59.

⁵⁴ Decisión nº 88-244 DC, de 20 de julio de 1988, *Loi d'annistie*, *precitada*.

⁵⁵ Decisión nº 2003-487 DC, de 18 diciembre de 2003, *Loi de portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion*, *Recueil*, pág. 473.

refieren al individuo en sus relaciones con terceros, es decir, poniendo en práctica su libertad en el marco de esas relaciones.

Todos estos casos participan claramente del dominio del poder de autodeterminación, vinculado a la consagración de una esfera personal propia del individuo y no al de la reserva y el derecho defensivo ligado a ella. Por eso, más allá de la distinción que examinamos entre derecho a la intimidad y derecho a la protección de los datos personales, no resulta absurdo considerar que este último se liga más a este ámbito de autodeterminación en la esfera social⁵⁶ que a un espacio reservado en torno al individuo. Por otra parte, ¿ha sido fruto del azar que la noción de libertad personal haya visto la luz en el campo de la protección de los datos personales? En efecto, la proximidad entre libertad personal y protección de datos personales apareció con la decisión *Prévention de la corruption*: refiriéndose al servicio central de prevención de la corrupción, el Consejo Constitucional nos señala el cúmulo de elementos peligrosos para la persona enumerando, sucesivamente, la comunicación de documentos con posible retención de los mismos, la obligación de comparecer bajo pena de multa, y la imprecisión de las disposiciones relativas a los interrogatorios y la asistencia letrada⁵⁷.

Gracias a tales precisiones, el derecho a la intimidad, mal conocido en Francia, podrá suscitar el interés de la jurisprudencia. De esta manera será posible arrojar luz sobre el camino a recorrer, en el marco de una sociedad en la que la evolución tecnológica renueva los peligros que amenazan la vida privada.

II. El derecho a la intimidad: un derecho útil

Aunque la exhibición televisiva o la evolución del dispositivo de prevención del terrorismo son hoy objeto de mucha atención, la realidad de las revelaciones de la intimidad no se agota con estos fenómenos. Los mecanismos tradicionales que intervienen en los campos históricamente ligados al derecho a la vida privada por los derechos nacionales continúan desarrollándose, sobre todo gracias al impulso de los progresos técnicos. Así, la cuestión de las intercepciones, sea de las telecomunicaciones, la correspondencia o, en general, de las escuchas, es hoy objeto de un renovado interés, dados los avances de tecnologías cada vez más accesibles y de mayor eficacia⁵⁸. ¿Sobrevive el derecho conferido a los individuos de preservar sin revelar

⁵⁶ Los datos de carácter personal se «producen» y captan con ocasión de la intervención del individuo en la escena social.

⁵⁷ Decisión nº 92-316 DC, de 2 de enero de 1993, *cit.*

⁵⁸ G. Clement, *Le secret de la preuve pénale*, en *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2007, pág. 183.

ciertos elementos de su vida personal? ¿Las garantías contra las injerencias de terceros en la esfera íntima del individuo son todavía operativas?

El derecho a la intimidad, tal y como se ha definido, parece más útil en principio, en Francia, que el derecho a la vida privada. En efecto, este último, en la jurisprudencia constitucional no contiene más que garantías procesales —la intervención de la autoridad judicial, el respeto a lo previsto en la ley de 6 de enero de 1978 sobre informática y libertades o incluso las oposiciones médicas— que no siempre bastan para asegurar la protección del individuo. Por ejemplo, en materia de obtención de muestras corporales, la existencia de una autorización judicial para obtenerlas no puede ser considerada, por sí misma y de manera automática, suficiente para garantizar la conformidad del procedimiento con la Constitución. Es necesario conciliar las distintas exigencias constitucionales en juego, cosa que no podrá suceder si no se dota al derecho de un contenido material. Tales prácticas no sólo son susceptibles de atentar contra la integridad física o la dignidad del individuo; pueden también conducirle a revelar informaciones personales que podría desear mantener para sí. Es cierto que este tipo de medidas se ceñían, normalmente, al ámbito del proceso penal, pero hoy en día pueden originarse conflictos así en el ámbito de la empresa o en el marco de un contrato de seguros. En todos estos casos resulta difícil aplicar un «derecho a la vida privada». Por ello, el interés del derecho a la intimidad es doble: dotado, por un lado, de un contenido material revestido de garantías formales (A); desvinculado, además, de la distinción público/privado.

A – Un derecho que reúne contenido material y garantías formales

El derecho a la intimidad está desvinculado de toda visión patrimonial para, en cambio, vincularse al ámbito de la personalidad individual. Como derecho de la personalidad, resulta directamente del principio del respeto a la dignidad de la persona humana. El derecho a la intimidad cubre el derecho de toda persona a que no se desvelen ciertos aspectos de su vida personal ligados a su dignidad y a la construcción de su personalidad; puede estar dotado de contenido, pero puede también gozar de garantías formales.

En cuanto al contenido, la referencia a la personalidad y a la dignidad no debe hacernos temer una indeterminación demasiado grande. En efecto, aunque estas nociones sean difíciles de definir, permiten dejar margen para la voluntad, es decir, la subjetividad del individuo. Asimismo, autorizan la construcción de un contenido mínimo, susceptible, más allá de las subjetividades, de constituir un denominador común para todos los individuos. Bajo este aspecto, es posible acotar una intimidad, en el sentido material, que cubra el mínimo irreductible de la personalidad, sean quienes sean los individuos. Todo

lo demás no es asunto de nadie, y es el margen que se da la voluntad el que hace al individuo libre de consentir reducciones puntuales de ese dominio mínimo.

Es dentro de esta sustancia íntima donde conviene situar el cuerpo del individuo. Sin embargo, dado que la intimidad corporal no se superpone totalmente con la realidad física del cuerpo humano, es necesario tener en cuenta los hábitos propios de cada sociedad a este respecto. En tales circunstancias debe prevalecer la voluntad del individuo: si éste no desea enseñar o proporcionar información sobre partes de su anatomía que no son tradicionalmente visibles, se ve protegido por el derecho a la intimidad. Sin embargo, un individuo no puede ser reducido a la mera realidad física que constituye su cuerpo, en la medida en la que la personalidad, en el sentido jurídico del término, se expresa igualmente a través de otros elementos directamente vinculados a su dignidad: pensemos, en particular, en los datos relativos a la sexualidad. Ésta, sin duda, forma parte del ámbito íntimo, sin que se traten aquí el derecho o la libertad de entablar y mantener relaciones sexuales con la persona o personas de su elección ni el derecho a participar en prácticas sexuales originales. El derecho a la intimidad no implica el derecho a la orientación sexual o a la libertad sexual. Sólo comprende el derecho a no revelar la existencia y desarrollo de relaciones sexuales o amorosas, así como la posibilidad de asegurarse el control de todas las informaciones relativas a las mismas⁵⁹.

Como contenido material que resulta posible reconocer en el derecho a la intimidad, debemos mencionar, por último, la salud, o, más concretamente, las informaciones referidas a la salud del individuo. En Francia, el secreto profesional que obliga a los médicos es, en este aspecto, muy sintomático: el secreto médico es el que mantiene los «relaciones muy estrechas con la protección de la vida privada»⁶⁰. El conjunto de decisiones jurisdiccionales, tanto de orden interno como de orden internacional, relativas al estado de salud del ex Presidente de la República, François Mitterrand, lo confirmán⁶¹. Y es sabido que el Consejo constitucional, en 1999, examinó en qué medida el artículo 36 de la ley por la que se establecía una cobertura médica universal podía quebrantar el derecho a la vida privada⁶². Mientras que hoy por hoy la juris-

⁵⁹ En su decisión de 9 de noviembre de 1999, el Consejo constitucional vincula «preferencias sexuales» y respecto a la vida privada: décision n° 99-419 DC, de 9 de noviembre de 1999, *Pacte civil de solidarité*, RJC, I-842.

⁶⁰ P. Kayser, *op. cit.*, pág. 385.

⁶¹ TGI Paris, 1^{re} ch., 23 octubre 1996, *Mitterrand c/ Gubler et al.*, *JCP*, 1997, II, 22844, nota Deriche ; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 18 de mayo de 2005, *Editions Plon c/ France* ; cf. igualmente, fija el estado del derecho , Cass., Civ., 2^{da} Inst., 12 de julio de 1996, D, 1967, 181, note Mimin.

⁶² Decisión n° 99-416 DC, de 23 de julio de 1999, *cit.*

prudencia constitucional no parece poder manejar un derecho fundamental dotado de sustancia o contenido propio, el derecho a la intimidad, que no adolece de ese problema, le permitiría profundizar su control sin el desdoro de tener que limitarse a una mera respuesta a las pretensiones. De esta forma, el derecho no se limitaría a meras garantías procesales⁶³, sino que gozaría de verdadero contenido, lo que permitiría garantizar una conciliación más exigente con los otros principios constitucionales. Sin embargo, no se trata de negar la importancia de las garantías formales, sino de complementarlas con el reconocimiento de una sustancia material.

Por otro lado, el derecho francés, como sucede en el caso de muchos de sus vecinos europeos, ha elaborado ciertos mecanismos tradicionalmente presentados como diseñados para proteger la vida privada de las personas contra los potenciales atentados del poder público. De esta forma se han consagrado el secreto de las comunicaciones y la inviolabilidad del domicilio. A pesar que no siempre se aproximan al derecho a la vida privada, aparecen como garantías «formales» del derecho a la intimidad. Con estos mecanismos el ordenamiento jurídico intenta salvaguardar uno de los soportes de la intimidad del individuo: una vía por la cual esta intimidad se desarrolla, más que un espacio o un hecho que fuera, por su esencia, íntimo. El fin es proteger las manifestaciones de la intimidad; ciertas formas que puede revestir u ocupar la esfera íntima de la persona, con independencia de los asuntos de que se trate. Es el continente, el medio, más que el contenido, lo que resulta determinante.

A este respecto, el derecho a la inviolabilidad del domicilio protege el desarrollo de la personalidad en el espacio y mantiene a terceros alejados de un lugar que ahora sí es completamente físico y considerado de manera geográfica, como aire o territorio. El término «domicilio» debe entenderse en su sentido etimológico, como término que designa la «morada»⁶⁴, es decir, el espacio en el que la persona desarrolla su vida privada al margen de las convenciones sociales. En Francia, la inviolabilidad del domicilio está reconocida como un principio de valor constitucional y fue consagrada por el Consejo constitucional en su decisión *Perquisitions fiscales* de 1983⁶⁵. El estudio de la jurisprudencia constitucional pone de manifiesto la voluntad de proteger un espacio en sentido amplio: se trata tanto del lugar principal de residencia, como también de todos los lugares de residencia ocasionales (residencia secundaria, tienda de campaña, caravana o incluso habitación de hotel). Los

⁶³ B. Mathieu y M. Verpeaux, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, pág. 546 et s.

⁶⁴ P. Kayser, *op. cit.*, pág. 281.

⁶⁵ Decisión nº 84-164 DC, de 29 de diciembre de 1984, *Perquisitions fiscales*, Recueil, pág. 94.

locales profesionales, con razón, no parecen beneficiarse de las disposiciones constitucionales que protegen la inviolabilidad del domicilio⁶⁶.

La consagración de la inviolabilidad de las comunicaciones parece responder a la misma lógica. Una vez más esta inviolabilidad puede ligarse a la libertad, pero es sobre todo el vínculo entre este principio y el derecho a la vida privada el que se pone de manifiesto. Se trata de garantizar la plenitud de la persona sobre el fundamento de su libertad, consagrando un principio que es «una prolongación del derecho a la vida privada»⁶⁷. De este modo, mientras que la intimidad es un concepto de carácter material, la inviolabilidad de las comunicaciones, por el contrario, se constituye como un concepto rigurosamente formal. El derecho establece una presunción, de carácter preventivo, según la cual todo lo transmitido a través del proceso de comunicación⁶⁸ debe permanecer sin revelar y sólo las personas que intervienen en el proceso pueden levantar esa presunción. Con independencia del contenido material de la comunicación, el simple hecho de revelar, interceptar o conservar los elementos comunicados atenta contra el derecho. Son este carácter formal y la voluntad de reforzar la protección de la intimidad los que explican que no se tenga en cuenta el contenido material de la comunicación⁶⁹. En consecuencia, lo mismo que en el caso de la inviolabilidad del domicilio, es la injerencia de personas ajenas a la comunicación (o al domicilio), y la falta de consentimiento de los interesados, el criterio que guía la materia.

La correspondencia, y las comunicaciones en general, lo mismo que el domicilio, se ven protegidas por la vía de una garantía formal que para conservar su carácter operativo debe ser desvinculada de la calificación del contenido material del mensaje transmitido, o de las actividades desarrolladas en el marco del domicilio. Completando un contenido material, ambas garantías componen el dispositivo propio del derecho a la intimidad para hacer de ese derecho un instrumento eficaz de protección de la personalidad, en un momento en el que este último debe enfrentarse, además de las violaciones tra-

⁶⁶ Cf. decisión nº 84-181 DC, de 10 y 11 de octubre de 1984, *Entreprises de presse, Recueil*, pág. 78, considerandos nº 87 y s., decisión nº 90-281 DC, de 27 de diciembre de 1990, *Visites domiciliaires des Télécommunications, Recueil*, pág. 91, considerandos nº 8 y 11.

⁶⁷ M.-P. Fenoll-Trousseau y G. Haas, *Internet et protection des données personnelles*, París, Litec, 2000, pág. 62.

⁶⁸ Se trata de cualquier proceso de transmisión de mensajes entre personas determinadas mediante un medio técnico cualquiera.

⁶⁹ Por otro lado, el artículo 226-15 del Código penal francés, que castiga «la violación del secreto de la correspondencia», no hace mención alguna a la cualidad sustancial del contenido de la correspondencia. De la misma forma, en materia de protección del domicilio, el artículo 226-4 del Código penal admite una suerte de comisión pasiva del delito de violación del domicilio, ya que sanciona también el hecho de mantenerse en el domicilio de una persona (en el caso de que no exista daño para esa persona).

dicionales, a injerencias no tan conocidas. Gracias a la desaparición de toda referencia a un criterio espacial y a un reenfoque sobre la personalidad, es susceptible de aplicación en numerosos contenciosos.

B – Un derecho libre de obligaciones

Resulta inútil insistir en las numerosas y rápidas transformaciones de las tecnologías que permiten violar la vida privada. Gracias a un material cada vez más eficaz, es decir, más invasivo porque cada vez es más pequeño y de manejo más simple, los mecanismos de vigilancia e intrusión son, a su vez, más eficaces. Sin embargo, aunque el desarrollo de estas tecnologías, como la «exhibición católica»⁷⁰, atrae mucha atención, el perfeccionamiento de procedimientos más «tradicionales» no requiere una vigilancia menor. En efecto, los procedimientos tradicionales también se benefician del progreso tecnológico y el reino de la sociedad de las comunicaciones electrónicas no queda al margen de sus efectos: «Todo ha ocurrido como si los progresos técnicos obtenidos durante los últimos años nos hubieran facilitado la vida a cambio de habernos transformado en pequeños Pulgarcitos, de tal suerte que la tradicional oposición entre Estado liberal y Estados autoritarios se basa menos que nunca en las técnicas utilizadas (...) y más en los procedimientos que permiten o prohíben su movilización en un caso concreto»⁷¹.

A este respecto, en Francia, lo mismo que se produce en muchos Estados, los ataques al derecho a la intimidad pueden resultar de la acción de los poderes públicos⁷² o de personas particulares. Este fenómeno es un elemento completamente nuevo en la medida en que los derechos y libertades establecidos en el siglo XIX lo fueron sobre todo frente al Estado; lo que es particularmente cierto para los derechos «defensivos», como el derecho a la intimidad. No obstante, sean cuales fueran los orígenes de las posibles ofensas, se constata que no dejan de multiplicarse. La importancia de la referencia al derecho a la intimidad consiste en dotar al individuo de un medio jurídico eficaz⁷³, a fin de limitar las injerencias que podría sufrir. Hoy en día su fuerza procede, paradójicamente, de una creciente disolución de los espacios.

⁷⁰ D. Mehl, *Médias et for intérieur*, en *Le for intérieur*, París, PUF, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie (C.U.R.A.P.P.), 1995, pág. 365 ; B. Le Grignou y E. Neveu, *Intimités publiques – Les dynamiques de la politique à la télévision*, en *Revue française de science politique*, 1993, n° 6, pág. 940.

⁷¹ P. Wachsmann, *Le droit au secret de la vie privée*, en F. Sudre (sous la dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pág. 126.

⁷² C. Ambroise-Castérot, *Les empreintes génétiques en procédure pénale*, en *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Boulloc*, op. cit., pág. 31.

⁷³ Más allá del hecho de que el mismo le remita, su vez, a un contenido material y a unas garantías formales.

En efecto, la distinción esfera pública–esfera privada, que siempre ha resultado difícil de establecer, sufre con el desarrollo tecnológico de los últimos decenios una profunda relativización. Subordinar la aplicación de un derecho a la identificación de un espacio denominado «privado» representa a partir de ahora un elemento muy perjudicial: ¿cómo invocar válidamente un derecho vinculado a un espacio cada vez más difícil de identificar? ¿Es posible ampararse en el derecho a la vida privada cuando las fronteras de esa «vida privada» se difuminan para ceder el sitio a espacios de vocación indeterminada? La preocupación de garantizar la eficacia del derecho invita a liberarlo de toda referencia al espacio. El derecho a la intimidad hace estallar el criterio espacial devolviéndole sitio a la subjetividad, a la voluntad del individuo. Se construye sobre la personalidad más que sobre la localización geográfica. Más allá de un núcleo duro, compuesto por la sustancia que hemos evocado, el resto es el sentido que el individuo ha querido imprimir a tal o cual acto, a tal o cual proceder y sobre todo lo que tal o cual información vaya a revelar sobre su personalidad los que serán determinantes. Esta orientación parece esencial a partir del momento en el que se persigue la aplicabilidad de este derecho en dominios en los que resulta difícil hablar de «vida privada».

Tal observación se impone respecto al contencioso relativo al marco profesional, o al uso de Internet o incluso en la aplicación de procedimientos biométricos. Así, en el derecho social, el «derecho a la vida privada» o, más comúnmente, el «respeto a la vida privada» resulta difícil de invocar cuando se trata de examinar el estatus del correo electrónico del empleado o la posibilidad de examinar el contenido del disco duro de un ordenador que pertenece a la empresa y es utilizado por el empleado en su lugar de trabajo durante su horario laboral. La Corte de Casación, tomando nota de estas dificultades, reconoció desde 2001 que «el empleado tiene derecho, incluso en el lugar de trabajo y durante su jornada laboral, a la intimidad de su vida privada»⁷⁴, recurriendo a la noción «vida personal»⁷⁵ del empleado⁷⁶. Igualmente, cuando

⁷⁴ Cass., Soc., 2 de octubre de 2001, *Société Nikon France SA c/M. Onof*, *Bulletin civil*, V, nº 291; sobre el mismo tema, recientemente: Cour d'appel de Pau, 24 de noviembre de 2005, *M. Duran Campana c/M. Mirgon*, *Les petites affiches*, 11 de octubre de 2006, nº 203, pág. 16. Se considera también violación de la intimidad la colocación por parte del empresario de cámaras ocultas para vigilar el comportamiento de las cajeras: Cass., Soc., 20 de noviembre de 1991.

⁷⁵ Cass., Soc., 17 avril 1991; cf. P. Waquet, *Les libertés dans l'entreprise*, en *Revue de jurisprudence sociale*, 2000, nº 5, pág. 335.

⁷⁶ P.-Y. Gautier, *La preuve hors la loi ou comment, grâce aux nouvelles technologies, progresse la "vie privée" des salariés – Note sous Cass., Soc., 2 octobre 2001, D, 2001, Jurisprudence, nº 39*, pág. 3148 ; J.-M. Bruguiere, *Filer ne peut prouver ! La Chambre sociale condamne les employeurs Nestor Burma et montre la voie de la preuve loyale – Note sous Cass., Soc., 2- novembre 2002, D, 2003, Jurisprudence, nº 28*, pág. 1858; B. Boudias, *La vie personnelle du salarié à nouveau sous l'emprise de sa vie professionnelle*, D, 2004, Jurisprudence, nº 34, pág. 2462.

el empresario intenta imponer análisis de sangre a los trabajadores para determinar su posible consumo de alcohol o estupefacientes, la única salvaguarda radica en la negativa del empleado y, en último caso, en la intervención del médico del trabajo. La situación es comparable en materia de derecho de seguros donde es el médico asesor quien desempeña el papel de único garante, pero no puede eliminar las pruebas practicadas más allá de su intervención⁷⁷. En todos estos casos, si la referencia al derecho a la vida privada es delicada, la invocación del derecho a la intimidad no parece tropezar con ninguna dificultad.

No obstante, no hay que pensar que estas soluciones sólo resultan oportunas sólo en estos casos. En realidad, son también muy útiles en los numerosos casos «reactivados» gracias al progreso tecnológico. Pensemos, por ejemplo, en los conflictos que pueden surgir entre el derecho a la intimidad y la libertad de información y de prensa. No es infrecuente que la solución jurisdiccional se incline en beneficio de la última. Sin embargo, se está dibujando una tendencia jurisprudencial que, para resolver este tipo de conflictos, utiliza, bajo la expresión «derecho a la vida privada», un concepto que se corresponde completamente con el derecho a la intimidad tal y como nosotros lo hemos definido: el juez se deja guiar en sus apreciaciones por aquello que la información difundida revele sobre la persona, la ofensa que, sin su consentimiento, vaya a sufrir su dignidad y su personalidad, y en la circunstancia de que el proceder del interesado constituya la manifestación de una voluntad implícita de reserva⁷⁸. En un terreno de conflicto completamente tradicional, el de la conciliación entre la salvaguarda del orden público y los derechos de los individuos⁷⁹, pensemos en la posibilidad de que el proyecto

⁷⁷ M. Cauchy y A. Dionisi-Peyrusse, *Le droit au secret médical et son application en matière d'assurance*, D, 2005, Chronique, nº 5, pág. 1313 ; D. Duval-Arnould, *Le juge civil face au secret médical – Note sous Cass.* ; Civ. 1^{re}, 15 juin 2004, D, 2004, Jurisprudence, nº 37, pág. 2682.

⁷⁸ El juez toma en cuenta cada vez más la personalidad de la víctima, lo que emana de su personalidad en la información revelada, para resolver el conflicto.; cf. Cass., Civ., 1^{re}, 23 de abril de 2003, *Société Cogedipresse c/ Mme Grimaldi*, *Gazette du Palais*, 31 de julio de 2003, nº 212, pág. 2: «Teniendo en cuenta que, para reprimir los ataques a la vida privada, la Corte de Apelación ha señalado que si bien las extravagancias del marido constituyeron un hecho de actualidad del cual podía legítimamente rendir cuenta el semanario, los titulares «Estefanía humillada... ruptura o perdón, la princesa herida todavía duda» y, en páginas interiores, «Estefanía, tras la afrenta, la explicación» constituyeron una extrapolación innecesaria para la información de los lectores (...); que ha justificado el equilibrio que declara haber buscado, a través de las sanciones impuestas, entre la libertad de información y el derecho de cada cual al respeto a su vida privada y familiar; que, por otro lado, el ataque a este último principio es independiente del modo compasivo, benévol o descortés con el que se opere».

⁷⁹ E. Verny, *Des surveillances nouvelles en droit pénal*, en *Les droits et le Droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, op. cit., pág. 1141.

de ley de lucha contra el terrorismo pretenda autorizar a los particulares a dotar de cámaras «los accesos» a sus edificios cuando la seguridad lo exija⁸⁰.

Hoy en día, detrás del sujeto del derecho, aparece la personalidad: asistimos a la entrada en la escena jurídica de la persona de carne y hueso. En consecuencia, conviene dejar al margen aquello que emana de la personalidad del individuo en ciertas informaciones en principio no desveladas, reservadas «por naturaleza». Por eso se intenta tener en cuenta lo que las informaciones revelan sobre el individuo. A este respecto, conviene señalar que el Consejo Constitucional, en 2004, en su decisión *Adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, respecto a la sonorización y la fijación de imágenes en ciertos lugares o vehículos, se cuida de pedir a la autoridad judicial que distinga, entre las imágenes captadas, aquellas que tienen interés para la persecución del delito de las demás⁸¹.

Ante estas evoluciones y ante la renovación de las técnicas que están a disposición de los poderes públicos y de los particulares no se puede negar el interés científico del concepto de vida privada, al contrario. Pero la investigación demuestra que si hoy en día es justo hablar de «respeto a la vida privada», esta noción, en el terreno jurídico, cubre realidades muy diversas protegidas por modalidades forzosamente distintas. Asimismo, la noción de vida privada conserva un sentido sobre todo sociológico: designa una realidad en el lenguaje común. Sin embargo, su indeterminación, apropiada en el terreno de lo social, suscita su descalificación en el terreno jurídico. Así, sin negarla o despreciarla, es preferible la noción de derecho a la intimidad, puesto que lo que se pretende es proteger una esfera reservada en torno al individuo.

Retomando la respuesta de Carmen a los soldados, incluso si «hoy» el derecho a la intimidad no goza de la suficiente consideración, hagamos votos para que goce de una mayor consideración «mañana».

⁸⁰ La ley 64-2006, de 23 de enero, relativa a la lucha contra el terrorismo y contiene diversas disposiciones relativas a la seguridad y controles fronterizos *JORF*, de 24 de enero, pág. 1129, que permite dotar de dispositivos de videovigilancia a los “lugares y establecimientos abiertos al público (...) en tanto en cuanto estos lugares y establecimientos están especialmente expuestos a riesgos de agresión o de robo o son susceptibles de padecer actos de terrorismo” Hoy en día, menos del 25 % de los sistemas instalados, cuyo número se estima en un millón, han sido declarados. Parece que, de hecho, la explicación hay que buscarla entre las complejidades del sistema administrativo y judicial francés y en la voluntad de la administración de desanimar a los enemigos de las cámaras. En el marco de la ley habrá, simplemente, la remisión de un informe anual a la Comisión Nacional de Informática y Libertades.

⁸¹ Décision n° 2004-492 DC de 2 de marzo de 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*. Recueil, pág. 66 : cf. considerando n° 65.