



PRIVACIDAD, INTIMIDAD: UN DEBATE SOBRE LOS ALCANCES DE LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA VISIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ANTE LA NOVELA 1984 DE GEORGE ORWELL

GUSTAVO JACCOTTET FREITAS*

Resumen

Las interceptaciones telefónicas son una clave para la instrucción del Proceso Penal, pero los riesgos a la colectividad son inmensurables ante un gobierno cada vez más policial y el sensacionalismo de los medios de comunicación. El Estado, cuando más grande, empieza a limitar los derechos fundamentales, teniendo como primero menester restringir la libertad personal, así como retrata George Orwell en su novela *1984*.

Palabras clave: libertades individuales, interceptaciones telefónicas, estado policial, periodismo, intimidad, privacidad.

Abstract

Wiretaps, to intercept telephone calls, are a very common key by the Criminal Procedure in the Rule of Law. However, the risks for people are immensurable. Even the interceptions are increasing, the states are getting more invasive by the civil rights and these facts contribute for the sensationalism of the press. The State, once bigger, starts to restrict the access to the civil rights, and the first action is the restrictions to the rights of the free person, like the liberty of circulation, like George Orwell portrays in his novel, "1984".

Keywords: *freedom, wiretaps, law enforcement state, press, right to be alone, privacy.*

* Es brasileño, abogado, especialista en Derechos Humanos y Derecho Constitucional por la Universidad Católica del Uruguay. Alumno de la Maestría en Derecho, con énfasis en Derechos Humanos y Derecho Constitucional, de la Universidad Católica del Uruguay. Investigador del Grupo Hannah Arendt con Beca del Consejo Nacional de Investigación Académica (CAPEs).

Consideraciones preliminares

La libertad de expresión, el derecho de informar (así como su corolario, el derecho de ser informado) y el derecho a la privacidad son derechos casi categóricos en nuestra breve historia democrática¹, ya que la represión hasta el siglo XX era la regla en cuanto a que la libertad era una mera excepción deferida por pequeñas cartas forales de naturaleza estamental.

Los conflictos entre ellos demandan una observación acerca de los valores en juego y de las consecuencias nefastas que son capaces de venir de una colocación jurídicamente errónea, ya que la preferencia por uno u otro derecho es capaz de implicar en una restricción del otro.

Es un hecho que la libertad de expresión, así entendida *lato sensu*², es uno de los pilares de lo que podemos llamar de sociedades democráticas existentes después del fin de la Segunda Guerra Mundial. Los instrumentos internacionales *pro homine* la comprenden, así como la gran mayoría de las constituciones y/o leyes fundamentales.

- 1 Una prensa libre, posibilidades amplias de formación de opinión, regulación casi nula y una legislación interna de acuerdo con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con requisitos esenciales para una sociedad que tiene como uno de sus objetos la propia democracia.
- 2 Sin prejuicio de incluir todos los otros medios, como la *Internet* y sus redes sociales que crecen en progresión geométrica alcanzando una vasta gama de personas, de diferentes clases sociales y profesionales.

Esto pone la libertad de expresión como una de las vigas maestras de los Estados de Derecho de hoy, sin que, tampoco, sean olvidados otros valores fundamentales a la perpetuación de la democracia y de la dignidad de la persona humana. Sin una prensa libre, periodistas con el derecho de mantener sus fuentes en el más absoluto sigilo y el derecho de manifestarse a favor de una idea, no hay democracia. En verdad, habría una forma de gobierno bastante autoritaria y maximalista, con un control total sobre los medios y las personas. Solamente habría una verdad: la verdad del gobierno.

Ángela Martínez realiza un amplio análisis del alcance general de la libertad de expresión:

Precisamente por esta causa, la expresión libre de las ideas, de los juicios de valor, de las críticas y de las valoraciones sobre la realidad está presente como garantía básica de numerosos tratados y pactos internacionales y ha sido recogida desde antiguo en las diversas constituciones, primero en su faz de libertad de imprenta, luego con la libertad de opinión o de información, hoy bajo el signo del libre acceso a la información pública (Martínez, 2007: 11-12).

Lo que agudiza los debates en el campo del derecho son justamente los conflictos y los límites entre ellos (así como el alcance del interés general), ya que los cambios son evidentes y los riesgos de debilidad en la protección de un grupo

específico de derechos, como una clara ampliación del goce del otro, generando divergencias claras en los tribunales y en la doctrina, sin que podamos obtener un punto de partida para trabajar de manera dialéctica³.

La comunidad jurídica busca el equilibrio y la unidad entre los intereses que están permanentemente en juego (claro que solo en el mundo del derecho, ya que la realidad de los hechos siempre es diversa y compleja). Por supuesto, no es posible que todas las prerrogativas jurídicas sean gozadas en su plenitud y algunas variantes surgen para dificultar aun más el papel de los intérpretes. *In verbis*:

En esa perspectiva, no cabe duda de que la libertad de expresión, y así lo entendió el derecho durante mucho tiempo, solo constituía una realidad material del derecho en la medida en que fuera preservada de las ansias intervencionistas o censuradoras del Estado, de las posibilidades de amenazas o represalias, de los silencios políticos forzados, del secreto, de la manipulación, de la opacidad y de la mentira. En eso consistieron las grandes luchas jurídicas en esa materia, particularmente desde los albores de

3 Acerca de esto, es interesante comprender el alcance de los medios de solución de conflictos en concreto por medio de las palabras de Rizzo: "Con esta aproximación a la noción de interés general, y en un enfoque más amplio, al rol que cumplen las garantías materiales como límite a la potestad del legislador a la hora de la limitación de derechos humanos, debe pensarse a un tema ya mencionado rápidamente: el principio de la proporcionalidad (RISSO, 2008: 110).

la Segunda Guerra Mundial hasta ya entrados los años ochenta, libradas muchas de ellas contra gobiernos totalitarios o autoritarios, o contra modelos democráticos imperfectos que garantizaban derechos y libertades solamente con estructuras jurídicas "de fachada" (Martínez, 2007: 12).

Por ejemplo, interceptaciones telefónicas *contra legem*, la divulgación de sus contenidos y su utilización como herramientas sensacionalistas, son, en cambio, casos de la constante tensión que hay entre la libertad de expresión y la sustentación jurídica de la privacidad de los individuos.

Cuando el tema es la privacidad, las variantes son tantas que no hay matices claros acerca de qué es la privacidad, pero la idea de que el derecho a la privacidad es una reunión de axiomas es un buen argumento para empezar un raciocinio claro y práctico para la comprensión del tema.

En este trabajo hablaremos sobre privacidad, intimidad y sus límites, así como sus cambios, el fortalecimiento del Estado, la libertad de expresión en las conversaciones privadas y los límites a su poder de reconocimiento, utilización como medio de prueba en el derecho procesal y la divulgación de contenidos.

1. Sobre la privacidad y la intimidad

Privacidad e intimidad no son los únicos axiomas en juego en la protección y en la garantía. La línea que divide las

opiniones es sutil y se confunde con los dogmas de la democracia en sentido estricto y su debate implica otra manera de percibir las instituciones del derecho y, por consiguiente, de los derechos fundamentales y de las raíces más arraigadas de los derechos humanos:

El alcance de los derechos a la privacidad e intimidad y su colisión con otros derechos constitucionales y con algunos valores morales son cuestiones filosófico-jurídicas de gran relevancia que interesa debatir y no se pueden soslayar en una sociedad democrática y de la información (Hernández; Castaldo; Mesa, 2008: 314).

Como han expresado los juristas mencionados, el alcance no solo de los derechos, como de sus conflictos, exige que sea creado un debate que coloque a ambos medios de acción como axiomas para que sean sopesados, ya que sus características específicas son claves de la democracia y constituyen elementos para el desarrollo del propio Estado de Derecho. Las adversidades son más aprovechadas para los debates que la verificación de sus límites *in loco*, ya que es interesante determinar en casos concretos la existencia o no de límites entre los derechos fundamentales en juego.

1.1 El Derecho a la Privacidad y la teoría de Warren y Brandeis

El paradigma fundamental de los debates parte de la evolución de las comunicaciones. Hasta el siglo XIX

todo se quedaba por cartas o misivas y la toma de cartas o misivas por parte del gobierno era algo bastante difícil y cuando existía podría ser de pronto eliminada. Cuando los pulsos electrónicos fueron aplicados por Bell en el teléfono o por Edison en el telégrafo, todo cambió. ¡Algo más era necesario!

En 1890, los juristas de EE.UU. Samuel Warren y Louis Brandeis lanzaron la idea de que los nuevos medios de comunicación que estaban siendo desarrollados constituían un riesgo a la privacidad del individuo y que un cambio de paradigma era necesario.

Los cambios presentaban la idea de que el control sobre la vida privada de las esferas más íntimas de los individuos fuese plenamente posible ya que la tecnología era tal que una comunicación entre *New York* y Londres salía en pocos segundos por vía de los impulsos electrónicos del telégrafo. No obstante, la idea de ellos también abarca los constantes cambios de la tecnología cibernética. En 1890 no existía la *World Wide Web*, tampoco los *Smartphones*, pero el problema es el mismo: ¿cómo proteger al individuo para que goce de sus derechos fundamentales en la esfera de vida más lejana del espacio público, la esfera de la intimidad?

El Estado, así, debería garantizar el llamado derecho de estar solo con su propia alma, preconizado en el artículo *The Right to Privacy*, de los doctrinadores de EE.UU.:

That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection. Political, social, and economic changes entail the recognition of new rights, and the common law, in its eternal youth, grows to meet the new demands of society. Thus, in very early times, the law gave a remedy only for physical interference with life and property, for trespasses vi et armis. Then the "right to life" served only to protect the subject from battery in its various forms; liberty meant freedom from actual restraint; and the right to property secured to the individual his lands and his cattle. Later, there came recognition of man's spiritual nature, of his feelings and his intellect. Gradually the scope of these legal rights broadened; and now the right to life has come to mean the right to enjoy life, -- the right to be let alone; the right to liberty secures the exercise of extensive civil privileges; and the term "property" has grown to comprise every form of possession -- intangible, as well as tangible (Warren; Brandeis, 1890).

Los juristas estadounidenses, el pleno goce de la vida solo puede ser obtenido con la debida protección de la esfera más íntima del individuo. En caso de que esto no sea obtenido, el derecho a la privacidad no está siendo protegido por los poderes públicos y el goce de los bienes de vida no es pleno:

Es ese derecho a estar solo, a la soledad, a tener una esfera donde el Estado no esté, donde los otros particulares vean una esfera inviolable en el derecho de otro y en el propio, como es un cimiento insondable donde el hombre se comunica consigo mismo, y así luego se desenvuelve en el todo social (Burke, 2004: 02).

Pero debemos decir que esto no ocurre solo por parte de los poderes públicos, sino que, hoy en día, son los sujetos privados, las empresas, las que están tomando este papel. La sociedad se ha vuelto mucho más compleja, el concepto de privacidad --como se entendió en un principio por Warren y Brandeis-- ha evolucionado, y el sector privado ha cobrado una mayor importancia en este tipo de relación. Así, la "prensa amarilla" o "prensa rosa" (en el caso español) de la que hablaban Warren y Brandeis y que querían evitar, se ha convertido en un elemento esencial de la industria del entretenimiento. Y los ciudadanos somos conscientes de ello y queremos formar parte de ello (Ramiro, 2009: 294).

Sin embargo, el derecho a la vida y el derecho a la privacidad están en una interconexión muy estrecha, sin la cual el ser humano jamás será capaz de comprender todos los medios de vida que están a su disposición.

1.2 ¿Hay diferencias entre privacidad e intimidad?

Otro desafío ha sido identificar cuáles son los límites que dividen la intimidad de la privacidad o, por el contrario, si no hay diferencia entre ellas. La verdad, lo que existe son dos esferas concéntricas. Una esfera es más amplia y, por supuesto, con un grado de protección menor que la esfera de dentro, la cual, para algunos, alberga la intimidad. Tal esfera conocida como esfera íntima, delante de la teoría de los círculos concéntricos, donde la intimidad es la esfera más restringida y especial de la privacidad por ser justamente un reflejo de esta relación del individuo con su esfera más íntima, o sea, su alma.

Si adoptamos la idea de los círculos concéntricos, podemos decir que, al mismo tiempo, hay y no hay diferencias entre privacidad e intimidad, ya que una cabe dentro de la otra, pero que desde el punto de vista de las garantías fundamentales las diferencias existen y son de gran importancia, ya que la esfera más íntima demanda no solo protección en la ley, como medios efectivos de ofrecer una base sintetizada a protección contra hechos que violen tal esfera.

Presupone que el ser humano debe estar protegido contra las injerencias externas, incumbiendo a aquellos de competencia para esto crear garantías que protejan la persona humana y permitan quedarse solo o sola.

Sin embargo, el totalitarismo y las democracias oprimidas caminan en sentido contrario, no solo por la praxis que no privilegia los derechos *pro homine*, como por las tensiones entre la privacidad y un supuesto interés social o colectivo:

Pero aquel entendimiento de las relaciones públicas en un estado democrático y de derecho parece haber llegado muy desvirtuado hasta nosotros. La eficacia coercitiva de cualquier tecnología o procedimiento de observación de los individuos ha ido asociándose cada vez más a la terrible posibilidad de maquinarias totalitarias de dominación y destrucción de la libertad. Los ejemplos históricos de los totalitarismos de todo signo y el preocupante avance de tecnologías verdaderamente panópticas ya convergieron en la denuncia, de gran éxito popular, del inminente advenimiento de sociedades apocalípticas donde el Gran Hermano escrutador reduciría a cenizas cualquier intimidad individual y la propia posibilidad de asociaciones de resistencia entre las personas sometidas (Dader, 2001: 151).

Claro que existen doctrinas que divergen, pero la adopción de tal idea permite que el desarrollo de las ideas sea más sensible con las transformaciones operadas en mundo de los hechos, todavía, los temores de un Estado Policial o totalitario son reales y las esferas más íntimas de los individuos pueden estar en claro riesgo.

2. El derecho de estar solo y la novela 1984 de George Orwell

Para comenzar, es posible considerar como un buen ejemplo de una total restricción al derecho de estar solo lo que se pasó en la novela 1984⁴, de George Orwell, cuando el personaje Winston Smith decide escribir sus ideas en un pequeño librito dado su total desacuerdo con la forma que el Partido controlaba el país ficticio llamado Oceanía⁵.

Winston tenía el conocimiento de que cualquier manifestación, aun en la esfera de la intimidad, podría representar años olvidados en el sótano del Ministerio del Amor, así como una gran posibilidad de ser fusilado como un enemigo público, un transgresor de las leyes. Sabía aun que no había más leyes, pero que cualquier ataque al ente ficticio llamado *el Gran Hermano* sería un crimen de proporciones bíblicas.

El estaba convencido de que la realidad que su nación presentaba era inaceptable y era imperioso que los miembros del Partido (en oposición a los miembros del núcleo del Partido) adoptasen una conducta de freno a la

voracidad del partido ficticio que controlaba todo.

En el mundo creado por Orwell, como una lectura del avance del socialismo de Stalin, el derecho de estar solo no existía, porque es justamente en las esferas más íntimas que la persona es de hecho libre, y si no hay libertad no debe haber tampoco la libertad de hablar consigo mismo, con su propia alma.

Si hubiese libertad, los ciudadanos de este mundo totalitario sin duda organizarían una rebelión o una insurrección popular contra el partido y sus prácticas restrictivas a la libertad individual. Lo mismo, pero que de forma más ilustrada, es computado por Orwell en su otra famosa novela *La Rebelión en la Granja*.

En la otra novela, algunos puercos dominan una pequeña Granja y despacito implantan un régimen totalitario, sin libertad individual o cosa parecida, con la famosa máxima: “todos os animais são iguais, mas alguns são mais iguais do que os outros” (Orwell, 2008: 78).

El personaje también tenía conocimiento de que cualquier manifestación de pensamiento era rígidamente controlada por la Policía de las Ideas, que tenía medios de espionaje acerca de la vida de las personas durante todos los días y que cualquier transgresión implicaba duras sanciones aplicadas dentro de los sótanos del Ministerio del Amor:

4 La novela 1984 marcó a todos los adeptos de los derechos fundamentales por idealizar una nación controlada desde las partes más bajas hasta el ápice del Partido, con un lenguaje restrictivo en lugar de una ampliación y apropiación de nuevas palabras y expresiones. Como en *Animal Firme*, la manipulación de resultados y la obtención de metas y más metas es siempre corriente. La alienación de la población es casi total.

5 Nación imaginaria presente en la novela.

Desses, o realmente apavorante era o Ministério do Amor. O edifício não tinha nenhuma janela. Winston nunca entrara no Ministério do Amor, nunca chegara nem a meio quilômetro de distância. Era impossível entrar no prédio sem uma justificativa oficial, e mesmo nesses casos só transpondo um labirinto de novelos de arame farpado, portas de aço e ninhos ocultos de metralhadora. Mesma as ruas que levavam até as barreiras externas eram percorridas por guardas com cara de gorila vestindo fardas negras e armados com cassetetes articulados (Orwell, 2009: 15).

Cuando el personaje empieza a escribir una serie de afirmaciones contra el padre de la nación, el *Big Brother*, su vida privada pasa a ser investigada por la Policía de las Ideas y, en un momento íntimo, viene a ser arrestado por cometer crímenes contra la nación.

El protagonista de la novela jamás podría estar solo con su propia alma ya que el Estado disponía de medios capaces de controlar todo, desde el sueño hasta comer, beber y la vida amorosa de los ciudadanos y ciudadanas.

La propuesta de Warren y Brandeis tiene en la novela de Orwell la prueba de que el desarrollo tecnológico, como ha hecho la prensa amarilla (lo que hoy se comprende por prensa sensacionalista), puede controlar todo.

Las grandes ciudades poseen cámaras colocadas estratégicamente por sus

avenidas y calles, además disponen de sitios que permiten el libre acceso a ellas. Claro que no existe algo como la telepantalla de Orwell, pero la evolución de los medios pone a los ciudadanos de hoy cerca del mundo creado en la novela:

Nunca, con anterioridad a la época en que Orwell ambienta la novela, el desarrollo tecnológico había permitido un grado de control del ciudadano del nivel y de la profundidad que se describen. Con la *telepantalla* es posible el ejercicio de un poder real en la esfera de la conciencia del individuo algo que ni la Inquisición, por ejemplo, ni las formas de tortura más aberrantes practicadas a lo largo de la historia habían conseguido plenamente. Ahora sí puede hablarse, en propiedad, de *poder absoluto*. Y el poder absoluto, encarnado en el Gran Hermano y en el Partido, no puede ni debe presentar fisura alguna; por definición, él es desde ahora la única fuente de la *verdad* (Donada, 2004).

En este mundo ficticio, todo lo que se hace es controlado por el Estado y todas las informaciones, mientras que con cambios significantes como las metas anuales o éxitos en guerras externas, son prontamente manipuladas. Lo que se ha visto en la novela puede ser reconocido en el mundo de los hechos, *in verbis*:

Recordamos llegados a este punto, tal y como recoge *George Orwell* en su obra 1984, cómo los medios de

comunicación filtran las noticias y las manipulan para conseguir la estabilidad social y mantener el orden. [...] La primera operación moderna de propaganda llevada a cabo por un Gobierno ocurrió durante la I Guerra Mundial, bajo el mandato del octavo Presidente de Estados Unidos, Woodrow Wilson, líder además de la plataforma electoral "Paz sin victoria". En este caso, el Gobierno había decidido que el país debería tomar parte en la guerra, pero se encontraba con el problema de que el pueblo era muy pacifista y no veía ninguna razón para involucrarse en una guerra europea. Se creó una Comisión de propaganda gubernamental conocida como la Comisión Creel y en 6 meses se logró convertir a la población pacifista en otra histérica y belicista que quería ir a la guerra. Se trata de crear un eslogan, que nadie sepa lo que significa (porque no significa nada) y que no pueda recibir ninguna oposición, sino que todo el mundo esté a favor. Lo realmente importante es distraer la atención de la gente respecto de preguntas que sí significan algo (Ramiro, 2009: 291).

La manipulación de las informaciones mantenía al pueblo en un total estado de inmersión en la realidad pretendida solo por el Estado, así controlaba el todo, desde las partes más bajas hasta los conspiradores y aquellos que querían que se rebelara contra el *Big Brother*. Igualmente, el Estado creó una neolengua, llamada *nuevafala*, con la finalidad de impedir que palabras como, *v. g.*, libertad o

derechos humanos fuesen diseminadas para la población.

El deseo de control siempre fue total, llegando al punto de restringir el propio lenguaje del pueblo en un nuevo vernáculo llamado neolengua, la cual favorecería al partido al reducir cada vez más las palabras y, si no era posible esto, transformar los significados de las palabras existentes:

Su vocabulario estaba constituido de tal modo que diera la expresión exacta y a menudo de un modo muy sutil a cada significado que un miembro del partido quisiera expresar, excluyendo todos los demás sentidos, así como la posibilidad de llegar a otros sentidos por métodos indirectos. Esto se conseguía inventando nuevas palabras y desvistiendo a las palabras restantes de cualquier significado heterodoxo, y a ser posible de cualquier significado secundario. La finalidad de la neolengua no era aumentar, sino disminuir el área de pensamiento, objetivo que podía conseguirse reduciendo el número de palabras al mínimo posible (Buendía, 2006).

La reducción de las formas de expresión es una de las muchas restricciones a la libertad individual. Impedir que se elija cualquier palabra es un claro atentado al derecho de expresarse, el derecho de desear decir lo que se quiere, Orwell lo entiende de la siguiente manera:

A Novafala era o idioma oficial da Oceania e fora concebido para

atender às necessidades ideológicas do Socing, ou Socialismo Inglês. Em 1984 ainda não havia quem o empregasse como meio exclusivo de comunicação, tanto oralmente como por escrito. Os editoriais do *Times* eram redigidos no novo idioma, mas era um *tour de force* que só especialistas conseguiam executar. Previa-se que a Novafala substituisse completamente a Velhafala (ou o inglês padrão, como o chamamos) por volta de 2050. Enquanto isso, o novo idioma ia aos poucos ganhando terreno, com todos os membros do Partido tendendo, cada vez mais, a usar palavras e construções gramaticais da Novafala em suas interlocuções cotidianas. [...] O objetivo da Novafala não era somente fornecer um meio de expressão compatível com a visão de mundo e os hábitos mentais dos adeptos do Socing, mas também inviabilizar todas as outras formas de pensamento. A idéia era que, uma definitivamente adotada a Novafala e esquecida a Velhafala, um pensamento herege – isto é, um pensamento que divergisse dos princípios do Socing – fosse literalmente impensável, ao menos na medida em que pensamentos dependem de palavras para ser formulados (Orwell, 2009: 347-348).

La neolengua es una manera simple y consistente de mantener el pueblo en las líneas trazadas por el partido. Palabras prohibidas o significados retorcidos son una buena clave para un futuro totalitario y un Estado cada vez más fuerte. Si el Partido controla

la lengua, controla las bases del complejo social:

En la Oceanía de Orwell este objetivo se consigue (o está en vías de consecución, puesto que el horizonte temporal que se ha establecido como límite es el año 2050) mediante un lenguaje artificial, creado “científicamente”, que se denomina *neolengua* [*newspeak*]. El propósito y las características de la *neolengua* son objeto de un desarrollo literario detallado por parte de Orwell, a través de un texto que se incluye como apéndice en algunas ediciones de la novela “con el título de “Los principios de la Neolengua”. Esta circunstancia, añadida al hecho de que hay una significativa inclusión de léxico de *neolengua* a lo largo de toda la novela, justificaría que el lenguaje de la nueva sociedad fuera objeto de un amplio estudio -cuyos resultados, sin duda, tendrían un gran interés-. Dado el carácter conciso de nuestro trabajo, sin embargo, nos limitamos aquí a subrayar algunos aspectos del tema que tienen relación con las cuestiones tratadas (Donada, 2004).

El derecho a reunión, protesta, a la libertad de escribir lo que se piensa y todo lo demás son hechos que deben ser repelidos. El Estado quiere una población automatizada, que solo acepte lo que el *Big Brother* hace y nada más, veamos un extracto de la obra de Orwell:

Por trás de Winston, a voz da telenovela continuava sua lenga-lenga infinita sobre ferro-gusa e o total

cumprimento – com folga – das metas do Nono Plano Trienal. A teletela recebia e transmitia simultaneamente. Todo som produzido por Winston que ultrapassasse o nível de um sussurro muito discreto seria captado por ela; mais: enquanto Winston permanecesse no campo de visão enquadrado pela placa de metal, além de ouvido também poderia ser visto. Claro, não havia como saber se você estava sendo observado num momento específico. Tentar adivinhar o sistema utilizado pela Polícia das Ideias para conectar-se a cada aparelho individual ou a frequência com que o fazia não passava de especulação. Era possível inclusive que ela controlasse todo mundo o tempo todo. Fosse como fosse, uma coisa era certa: tinha meios de conectar-se a seu aparelho sempre que quisesse. Você era obrigado a viver – e vivia, em decorrência do hábito transformado em instinto – acreditando que todo som que fizesse seria ouvido e, se a escuridão não fosse completa, todo movimento examinado meticulosamente (Orwell, 2009: 13).

Así, es un hecho que el derecho de estar solo tiene como manifestación máxima el derecho de estar solo con su alma. Claro que estamos delante de una metáfora, pero esta representa la necesidad permanente de que se tracen límites para que la protección a los derechos sea suficiente para que el derecho de estar solo sea garantizado, se cita *in verbis*:

This development of the law was inevitable. The intense intellectual

and emotional life, and the heightening of sensations which came with the advance of civilization, made it clear to men that only a part of the pain, pleasure, and profit of life lay in physical things. Thoughts, emotions, and sensations demanded legal recognition and the beautiful capacity for growth, which characterizes the common law, enabled the judges to afford the requisite protection, without the interposition of the legislature (Warren; Brandeis, 1890).

Por supuesto, las informaciones personales deben recibir la debida protección, pero la realidad es bastante diversa. El Estado debe velar por la esfera íntima de los individuos. Sin embargo, no solo el Estado, sino, en especial los medios, los cuales cada vez más publican materiales ofensivos a los derechos personales de algunos ciudadanos, sean de notoriedad pública o no.

Acá surge nuestro primer problema: el periodismo en contraposición al derecho a estar solo. Los periódicos más comunes siempre publican conversaciones privadas obtenidas por medios ilícitos, exponiendo la vida privada de muchos ciudadanos de notoriedad pública, y, casi siempre, la finalidad no es informativa, sino sensacionalista.

Por tanto, tenemos nuestro segundo problema para el desarrollo de nuestras ideas: los límites del Estado, y también extensible a los periodistas, acerca de la interceptación y divulgación de las conversaciones privadas.

3. La libertad de expresión y las conversaciones privadas

Estamos delante de una crisis en la libertad de expresión en las conversaciones privadas, las cuales pasan por polémicas que van desde los riesgos a la colectividad hasta la exploración de la privacidad y/o intimidación por parte de los periodistas. Es un hecho que la población tiene el derecho fundamental de ser informada, pero el derecho de informar, para los periodistas, jamás puede ser absoluto.

No importa el origen que se adopta acerca de las comunicaciones privadas, en especial las comunicaciones telefónicas, encuentran óbices claros cuando son capaces de privilegiar la práctica de crímenes como, por ejemplo, el tráfico internacional de narcóticos y la corrupción en los órganos del gobierno.

El estudio de *Owen Fiss* acerca de tal tema es de un interés relevante, ya que resalta que existen límites tenues, pero existen y deben ser respetados en una relación cíclica entre Estado, prensa y personas. En esto podemos comprender cuáles son los límites que existen entre una intervención estatal común, meramente fiscalizadora y la censura, *in verbis*:

A primeira emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria primeira emenda [...]. Os cidadãos dependem de várias instituições para

informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo. [...] Na sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de independência em relação ao Estado (Fiss, 2005: 51-99).

Hasta ahora hablamos de hechos, y no de derechos en sí, o sea, consolidados y codificados en documentos escritos y que sirven como garantías fundamentales a todos los seres humanos, es decir, lo que debía solo existir era una clara armonía entre privacidad y/o intimidación y el derecho de informar y de ser informado.

Bidart Campos sostiene una concepción interesante acerca del tema que ahora introducimos. En "(...) las sociedades actuales y en los sistemas democráticos los medios de comunicación masiva están desplegando un protagonismo relevante" (Bidart Campos, 1999: 159). El protagonismo a que este autor hace referencia es el sensacionalismo de algunos periodistas. La exposición de algunos temas, a decir, "colectivamente" atrayentes es mucho más rentable comercialmente que asuntos que no sean escandalosos y ultrajantes:

Esta presencia fuerte exhibe un primer aspecto sumamente valioso, porque significa que la expresión, la información y

la comunicación— cuando se movilizan en un clima de libertad— inoculan en los intersticios de la sociedad un activismo propenso a sacudir la indiferencia, la apatía y el conformismo, y a dinamizar las opiniones públicas (Bidart Campos, 1999: 159).

Es un hecho que la formación de opinión tiene en el periodismo su piedra angular. Históricamente, la sociedad hace referencia a hechos que son “creados” por la visión de aquellos que escriben los hechos de una forma particular. Lo que ocurre día a día puede recibir connotaciones diversas de acuerdo con la finalidad de los periodistas. No es dudable que vivimos en una sociedad llamada por algunos juristas brasileños de la sociedad del espectáculo. *In verbis* las ideas de Mónica Ramiro:

No solo está en juego nuestra dignidad sino nuestro desarrollo personal, fundamento último del derecho a la protección de datos personales y de la privacidad. Esto implica el reconocimiento de una cláusula general de libertad, conforme a la cual, todo lo que no esté prohibido u ordenado, pertenece al área de libertad y merece protección jurídica, y consecuentemente, si el legislador impone límites, lo debe hacer dentro de las exigencias del principio de proporcionalidad. [...] En conclusión podemos decir que la “sociedad del espectáculo” que nos ha tocado vivir pone en peligro nuestra dignidad personal, nuestro desarrollo personal, y que solo cumpliéndose con las exigencias

anteriormente citadas, y siendo nosotros mismos los principales garantes de nuestra vida privada —por lo que ello significa— podremos conseguir una sociedad más democrática. (Ramiro, 2009: 289-296).

Claro que los medios tampoco adoptan en su totalidad un discurso sensacionalista y violador de los derechos fundamentales en juego, así como también la estimación del grado de violación siempre se queda en la dependencia de los mecanismos puestos a disposición de los aplicadores del derecho:

Señalar este papel negativo de los medios no se ha de interpretar jamás con la proclividad de proponer la censura previa para impedir los desbordes. La corrección ha de encarrilarse por otras vías, que en nada se asemejan ni aproximan a las modalidades de los controles preventivos, sean estatales o de otra índole. Acá la libertad de expresión en todas sus dimensiones hace de barrera inexpugnable, lo que tampoco se traduce en la noción de que es una libertad absoluta, porque no lo es. Se traduce en las responsabilidades ulteriores, con las sanciones penales y no penales consiguientes, y en la necesaria articulación de la libertad de expresión con otros derechos personales que pueden sufrir afectación —dignidad, honor, intimidad, reputación, etc.—, sin descuido de la protección a la minoridad (Campos, 1999: 160).

Los medios poseen una capacidad de movilización clara, la divulgación de

conversaciones telefónicas, como ya se dijo, es una fuente de lucro para muchas empresas de la rama de las comunicaciones. Hoy, más que en el pasado, las informaciones no tienen fronteras y el público puede recibirlas en cualquier lugar, sea en su teléfono o en su computadora en la red inalámbrica. El señalamiento de Bidart Campos es relevante y merece referencia:

Quando se hacen sinónimos “medios de comunicación” y “periodismo”, la libertad que está en el medio exige, aunque sea difícil, que no la absoluticemos y, a la vez, que no la transgredamos. Nuevamente, la más simple postulación doctrinaria nos dice: censura previa, no; responsabilidades ulteriores sí; coordinación con los derechos personales de terceros y con la tutela de la minoridad, también (Bidart Campos, 1999: 161).

La propuesta de Campos no es diferente a lo que la doctrina de los derechos fundamentales propone hace años: un buen Estado de Derecho empieza con un buen sistema de frenos y contrapesos.

Conclusiones

La libertad de expresión es una piedra clave de la democracia, sin embargo, no es la única. Una sociedad democrática no acepta derechos y prerrogativas casi absolutas, ya que la armonización de los derechos en el campo es una necesidad para la preservación de la dignidad de la persona humana.

La libertad encuentra una gran limitación: la privacidad para el goce de los bienes de vida de forma plena, de acuerdo con las nociones de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y de las constituciones modernas. Es un derecho fundamental estar solo, en un momento de intimidad consigo, sin la interferencia de agentes externos.

El texto *The Right to Privacy* de Warren y Brandeis (1890) agudiza la necesidad de proseguir en las críticas hechas a la legislación Infra constitucional⁶ que aún no es capaz de acompañar las transformaciones tecnológicas, como la captación ambiental de señales inalámbricas de radio, lo que permite la interceptación de comunicaciones en teléfonos móviles, *Internet* (en especial *e-mails* y conversaciones por *Skype*).

Es un hecho que el *common law* presenta una mayor gama de posibilidades de adaptación con celeridad y sin el riesgo de que la tecnología avance mucho, o bien, esté adelante de la protección de los derechos en juego, como se ya ha dicho, la privacidad, el honor, el derecho de informar y el derecho de ser informado. Así, algunos sistemas jurídicos presentan algunas debilidades muy fuertes: no son capaces de acompañar las transformaciones

6 Claro que lo que planteamos aquí con respecto a las leyes derivadas del sistema continental europeo, en contrario a lo que pasa con los países del *common law* y aun de los países que adoptan las ideas realistas del derecho, en especial aquellos que adoptan la teoría de la Escuela de Upsala.

en la misma velocidad de los países que adoptan el *common law*.

Como retrata Orwell, en su novela 1984, los riesgos de la ampliación del Estado conjugados con el control de los medios y la evolución desenfrenada de la tecnología impone el deber de que la libertad personal sea preservada siempre. Las ideas no pueden ser objeto de represión.

Lo que pertenece al natural del individuo es suyo y no puede ser objeto de transgresiones, limitaciones o interpretaciones a favor de un ente del gobierno. Conspirar contra una nación no es hablar solo, tampoco escribir pequeñas memorias en un librito. Si así fuese la realidad, todos seríamos culpables por crímenes contra la nación. No se pueden generalizar las restricciones ante el principio fundamental de la *ultima ratio legis*.

La idea de Warren y Brandeis (1890) demanda un sistema jurídico eficiente que, sin embargo, dificulte el alcance a los derechos fundamentales en juego. La realidad en Sudamérica es un tanto compleja, no tenemos la misma capacidad de responder positivamente a las demandas como los países del *common law*.

La divulgación de datos obtenidos ilícitamente solamente puede ser objeto de divulgación por medio de una autorización judicial y en casos de relevante interés nacional, ya que el gran punto en juego es el derecho de estar

solo con su alma, sin que exista cualquier forma de turbación.

Los periodistas tienen el total derecho de informar, hay, todavía, un límite, el derecho de estar solo, es casi un sacramento de los derechos fundamentales. Es un medio de protección que antecede la formación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, y su existencia no fue generada, sino revelada y reconocida, bajo las imbricaciones del derecho natural y sus implicaciones en la praxis de los tribunales.

Bibliografía

- Bidart Campos, G.; Sandler, H (coord.) (1999). Los medios de comunicación en la Democracia: Libertad de Expresión; Empresa; Poder Social; Proyección Institucional. *El Cuarto Poder*. Buenos Aires: UBA/EDIAR. pp. 159-205.
- Buendía, S. (2006). La neolengua de Orwell en la prensa actual. La literatura profetiza la manipulación mediática del lenguaje. *Revista Latina de Comunicación Social*. N.º 62. Enero hasta Diciembre del año 2006. Tenerife: ULL.
- Burke, S. (2004). *Derecho a la intimidad y Derecho informático*. Buenos Aires: El Derecho.
- Canotilho, J. J. (2000). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Dader, J. (2001). La democracia débil ante el populismo de la privacidad: terror pánico y secreto administrativo frente al periodismo de rastreo informático en España. *Análisi*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. pp. 145-168.

- Donada, J. (2004). ¡Abajo el Gran Hermano! Unas reflexiones sobre poder, tecnología y libertad a propósito de 1984, de George Orwell. *Scripta Nova – Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*. Vol. VIII. N.º 170 (48). Barcelona: Universidad de Barcelona, 2004.
- Fiss, O. (2005). *A ironia da liberdade de expressão – Estado, regulação e diversidade da esfera pública*. Rio de Janeiro: Renovar.
- Hernández, F.; Castaldo, K.; Meza, A. (2008). Los Derechos a la intimidad y a la privacidad y en el Derecho Comparado. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. Bogotá: RTFD. pp. 313-333.
- Martínez, A. (2007). Concentración de Medios en las sociedades democráticas: ¿peligro para la libertad de expresión o condición de subsistencia? *Diálogo Político*. Año XXIV. No 3. Santiago: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Orwell, G. (2009). 1984. Trad. Heloisa Jahn; Alexandre Hubner. São Paulo: Cia. das Letras.
- _____. (2009). *A Revolução dos Bichos*. Trad. Heloisa Jahn; Alexandre Hubner. São Paulo: Cia. das Letras.
- _____. Os Princípios da Novafala (posfácio). 1984. Trad. Heloisa Jahn; Alexandre Hubner. São Paulo: Cia. das Letras. pp. 347-362.
- Ramiro, M. (2009). El valor de la información personal: Protección de datos personales. *Anuario Facultad de Derecho*. Alcalá: Universidad de Alcalá. pp. 275-300.
- Risso, M. (2008). *Algunas garantías básicas de los Derechos Humanos*. 1.º Ed. Montevideo: FCU.
- Warren, S.; Brandeis, L. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*. V. IV. N.º 5. Boston: Harvard Press (Digital Archived).

Recibido: 9/9/2012 • Aceptado: 20/11/2013