

**El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**  
***The fundamental right to Privacy in El Salvador: a doctrinal and jurisprudential approach and its conflict with other rights***

Sandra Elizabeth Santos García<sup>1</sup>  
ssantos@uca.edu.sv  
Código ORCID 0000-0001-9032-1497

<https://doi.org/10.5377/derecho.v1i30.12222>

Fecha de recibido: julio de 2021 / Fecha de aprobación: agosto de 2021

### Resumen

El origen del derecho a la intimidad se ubica en la época en que surgen todos los derechos de libertad, período en el cual los seres humanos se preocupan por su individualidad. Esa inquietud por proteger la interioridad se vio plasmada en las primeras declaraciones de derechos, propias del Constitucionalismo Liberal. Sin embargo, en la actualidad el derecho a la intimidad deja de ser una mera libertad, y ya no solo exige el respeto mediante la abstención de los demás, sino que su titular tiene un papel más activo, buscando tener el control de su información y a la cual no desea que se tenga acceso, ya que eso le permite interactuar en sociedad sin comprometer su vida privada. En ese sentido, es relevante conocer el concepto de la *privacy* norteamericana, su influencia en el Derecho Comparado y en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De igual manera, también es de utilidad conocer cómo la Sala de lo Constitucional y el Instituto de Acceso a la Información Pública de El Salvador habían abordado el tema de las intromisiones en el derecho a la intimidad y el conflicto con otros derechos fundamentales.

### Palabras Clave

Derecho Constitucional/ Derecho a la Intimidad/ Derechos Fundamentales

### Abstract

The origin of the right to privacy is located at the time when all freedom rights arise, a period in which human beings are concerned about their individuality. This concern to protect the interior was reflected in the first declarations of rights, typical of the Liberal Constitutionalism. However, at present the right to privacy ceases to be a mere freedom, and no longer only demands respect through abstention from others, but its owner has a more active role, seeking to have control of the information and that he does not want to be known, since that allows him to interact in society without compromising his private life. In this sense, it is relevant to know the concept of American privacy, its influence on Comparative Law and on the pronouncements of the European Court of Human Rights. Similarly, it is also useful to know how the Constitutional Chamber and the Institute for Access to Public Information of El Salvador had addressed the issue of interference with the right to privacy and the conflict with other fundamental rights.

### Key words

Constitutional Law / Right to Privacy / Fundamental Rights

---

<sup>1</sup> Docente de las cátedras en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Centroamericana José Simeón Cañas (UCA).

## Tabla de contenido

**Introducción. 1. The right to privacy de Warren y Brandeis, 2. Jurisprudencia de las Cortes de Apelación, 2.1. Caso Abigail Roberson vrs. Rochester Folding Box Co. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, 2.2. Caso Pavesich vrs. New England Life Insurance Co. Tribunal Supremo de Georgia (1905), 3. Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos, 3.1. Caso Olmstead vrs United States (1928), 3.2. Caso Griswold v Connecticut (1965), 3.3. Caso Roe vs Wade (1973), 4. Intimidad y sus esferas, 4.1. Autonomía personal, 4.2. Intimidad y Privacidad. 5. Derecho a la intimidad y su conflicto con otros derechos fundamentales, 5.1. Con la libertad de expresión e información, 5.2. Con el Derecho de Acceso a la Información Pública. Conclusiones.**

## Introducción

La Sala de lo Constitucional de El Salvador en la sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 91-2007<sup>2</sup> tuvo la oportunidad de delimitar el contenido del derecho fundamental a la Intimidad previsto por el art. 2 inciso 2<sup>o</sup><sup>3</sup> de la Constitución Salvadoreña y sus posibles conflictos con otros derechos como la libertad de expresión e información.

Pues bien, en dicho pronunciamiento, el Tribunal hizo alusión a una postura “funcionalista”, según la cual el interés protegido por la intimidad es limitar el acceso de extraños a la vida privada, individual y familiar. Desde esta perspectiva, el concepto de intimidad estaría integrado por tres elementos: el secreto, el anonimato y la soledad. La intimidad, entonces, se podría afectar por una alteración de cualquiera de dichos elementos.

Con base en lo anterior, se afirmó que la intimidad cumple las siguientes *funciones*: (i) restringe el acceso físico de otros; (ii) promueve la libertad de actuar, en la medida en que protege al individuo de reacciones hostiles de los demás; (iii) contribuye al aprendizaje, creatividad y autonomía, al evitar que el individuo sea ridiculizado, censurado o recriminado; (iv) promueve la salud mental, ya que otorga a las personas un reducto exento de las presiones sociales; (v) favorece la autonomía moral, que sólo se puede desarrollar plenamente en la esfera íntima del sujeto; (vi) fomenta las relaciones humanas, pues la intimidad es el punto de partida para su establecimiento y

<sup>2</sup> Esta sentencia dictada el 24-IX-2010 tuvo como objeto de control un artículo del Código Penal Salvadoreño (art. 191) que preveía la inexistencia de los delitos contra la intimidad y el honor (calumnia, difamación e injuria) cuando ésta fuera ejercida por personas que ejercieran el periodismo.

<sup>3</sup> El artículo 2 de la Constitución salvadoreña establece lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad y posesión, y a ser protegida en la conservación y defensa de los mismos. —Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. —Se establece la indemnización, conforme a la ley, por daños de carácter moral.”

mantenimiento; y (vii) permite a los individuos decidir en qué cantidad y en qué circunstancias exponen sus datos personales.<sup>4</sup>

De manera que la intimidad –afirma el Tribunal– es un derecho fundamental estatuido directamente en el art. 2 inc. 2º Cn., del que son titulares todas las personas, consistente en la preservación de la esfera estrictamente interna y de la privada (que incluye a la familia) frente a intromisiones no consentidas del Estado o de otros particulares. Por lo tanto, la violación por excelencia –no la única–, en la dinámica de las sociedades actuales, al derecho a la intimidad, es la obtención y/o revelación indeseada por parte de terceros, de datos o informaciones comprendidas en dichas esferas.

Ahora bien, es inevitable no abordar el contenido del derecho a la intimidad sin dar una vista al análisis que la jurisprudencia norteamericana ha hecho sobre el concepto de Privacidad (*Privacy*), puesto que su influencia es palpable a la hora de intentar dilucidar cuál es el contenido del derecho a la intimidad y cómo lo ha abordado la jurisprudencia constitucional, aunque aún con marcadas diferencias.<sup>5</sup>

### I. *The right to privacy* de Warren y Brandeis

Según lo acota Basterra (2012), durante el constitucionalismo clásico, la doctrina estableció el primer reconocimiento jurídico del derecho a la intimidad con posterioridad a la publicación del artículo publicado en 1890 en la *Harvard Law Review* por los abogados Warren y Brandeis. Sin perjuicio de que con anterioridad ya se había iniciado el estudio de la libertad de intimidad por parte del juez Cooley en su obra *The Elements of Torts*, en 1873, en la que concluye el Magistrado que la privacidad –*the privacy*–, a su criterio, está configurada por el derecho a ser dejado a solas –*the right to be let alone*–, donde se insertan dos pretensiones o ámbitos de la privacidad: la soledad y la tranquilidad.

Ekmekdjian (2003) expone que la doctrina que marca el comienzo de la elaboración del concepto jurídico de *privacy*, está unida a una particular anécdota: el senador Samuel Warren consideró que la prensa de la ciudad de Boston había divulgado datos reservados sobre ciertas circunstancias producidas durante la ceremonia matrimonial de su propia hija. El padre pidió consejo al conocido jurista Louis Brandeis (que posteriormente llegaría a ser presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos) para verificar si el *Common Law* ofrecía una norma que protegiera la intimidad de los ciudadanos. El análisis de los precedentes permitió a Brandeis afirmar que el *Common*

---

<sup>4</sup> Pareciera que el tribunal sigue en esto a Ruth Gavison, en la medida que, según esta autora, la intimidad es relevante en aquellos contextos, en los cuales, al promocionar sus cualidades humanas, la persona desea disfrutar de: “Freedom from physical Access”, “Promoting liberty from action”, “Freedom from censure and ridicule”, “Promoting Mental Health”, “Promoting Autonomy” y “Promoting Human Relations”. Gavison, R. (1980)

<sup>5</sup> Al respecto, Pison Cavero (1993) apunta que el debate sobre la intimidad está mediatizado por el interés que ha suscitado en los países de habla anglosajona. El desarrollo tecnológico, y en particular, la facilidad para entrometerse en la vida privada se deriva de los avances en la fotografía, en la reproducción de imágenes, en las escuchas telefónicas y en el almacenamiento y registro de datos suelen aducirse como los motivos más sobresalientes para el auge de una sensibilidad favorable a la intimidad.

## El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos

Law reconocía un derecho general a la *privacy*, que podía ser inducido de los precedentes de distintos casos sobre violaciones de la propiedad (*breach of property*), violaciones de la confianza (*breach of confidence*), violaciones del derecho de autor (*breach of copyright*) y también de difamación (*defamation*).

En virtud de estos precedentes Brandeis llegó entonces a la conclusión de que existía un “*general right to privacy*” y que en virtud de él era posible obtener una protección jurídica en el caso de la violación de la vida privada, producida por medio de la prensa.

Los hechos que motivaron la redacción del ensayo, según Pisón Cavero (1993), constituyen una justificación “poco ética”, pues esa defensa de la soledad respondió a motivos bien claros. El acoso fotográfico durante la referida boda explica que en su artículo pongan tanto el acento en los avances y progresos de la civilización y de la técnica, especialmente en materia fotográfica y el aumento de posibilidades de “asaltar el recinto sagrado de la vida privada y la doméstica”.

Además, considera que Warren y Brandeis nunca se preocuparon excesivamente por precisar el sentido del derecho a la intimidad y profundizar un poco más en torno a lo que entendían por “el derecho a estar solo”, con la salvedad hecha de la constatación de avances de la civilización y su relación con el estado de sofisticación cultural de la sociedad occidental. Ciertamente, conectan el significado de esta noción con otros valores predominantes, sobre todo, la aparición de derechos incorpóreos, abstractos e intangibles relacionados con ciertas manifestaciones intelectuales (arte, literatura, patentes, secretos de mercado, etc.). Pero, en el capítulo de justificaciones, lo más destacado de este artículo reside en ubicar este derecho en el contexto teórico de una personalidad inviolable (*inviolable personality*) del individuo. Cabe colegir, por tanto, que el origen de la *privacy* se encuentra en el respeto a la dignidad humana y a la personalidad individual. Warren y Brandeis no pasan en su examen de este punto, ni dan más contenido a sus afirmaciones que algunas referencias más demasiado abstractas. No investigan acerca de esos principios que dicen sustentar todo el edificio sobre la intimidad salvo para indicar su conexión con la autoestima.

En 1960 en los Estados Unidos, -y tal como lo acota Ekmekdjian (2003)- William Prosser propuso una sistematización del concepto de *privacy*. Lo hizo individualizando cuatro situaciones distintas de violación: 1) Intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados; 2) divulgación de hechos embarazosos que afectan a la persona; 3) publicidad que podría desprestigiar a la persona ante la opinión pública; 4) apropiación (con ventaja de la otra parte) del nombre o del aspecto físico del querellante.

Solove (2006, 482) considera que la mayor contribución de Prosser fue la sistematización de casos <sup>6</sup>que emergen del ensayo escrito por Warren y Brandeis. Sin

---

<sup>6</sup> En su visión, eran entonces cuatro casos de violaciones a la privacidad: 1) “Intrusion upon the plaintiff’s seclusion or solitude or into his private affairs, 2) Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff, 3) Publicity which places the plaintiff in false light in the public eye, 4) Appropriation, for the

embargo, esta investigación jurisprudencial –afirma– se centró solo en el derecho de daños (*Tort Law*) cuando realmente el derecho sobre la Privacidad es más vasto y complejo. Además, él escribió hace más de cuarenta años, y antes que surgiera de forma impresionante la era de la información. Y es que, las nuevas tecnologías –apunta Solove– han dado lugar a diferentes problemas que ha de afrontar la privacidad y que no encajan en las cuatro categorías establecidas por Prosser.

## 2. Jurisprudencia de las Cortes de Apelación

De manera que para entender cómo se va arraigando este concepto en la jurisprudencia de la Suprema Corte norteamericana resulta pertinente reseñar los pronunciamientos más relevantes, aunque también resultara útil aludir a pronunciamientos de los Tribunales de Apelaciones Federales.

### 2.1. Caso Abigail Roberson vrs. Rochester Folding Box Co. Tribunal de Apelaciones de Nueva York

Lo relevante de este caso es que el Tribunal de Apelaciones de Nueva York en 1902 deniega la existencia de un derecho a la privacidad puesto que –según afirmó– no existía tal derecho puesto que no había precedentes que permitieran una acción como tal.

Franklin Mills Co era una empresa encargada de la manufacturación y venta de harinas. Roberson, una menor de edad y representada por Margaret Bell, alegó que esta empresa distribuyó 25,000 imágenes de ella (impresiones, fotografías y en bolsas de harina) sin su conocimiento y consentimiento. Las imágenes fueron publicadas en comercios, y otros lugares públicos.

Se presenta entonces una demanda reclamando daños y perjuicios que ascendían a \$15,000 dólares, puesto que alegaba había sufrido humillaciones por las burlas y abucheos de la gente que la había reconocido en las imágenes, provocándole dolor físico y emocional. Asimismo, pidió una orden judicial para que no se siguiera distribuyendo la imagen.

El Tribunal de Primera Instancia falló a favor de las pretensiones de Roberson y entendió que sí había existido una violación a su privacidad. Sin embargo, la empresa apeló y la Corte de Apelaciones revocó la decisión porque no existía en sus precedentes un reconocimiento a un derecho a la privacidad, y, por lo tanto, no existía en el *Common Law* tal derecho en Nueva York (*Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

Por otro lado, dicha decisión cuenta con un voto disidente del Juez Gray en el cual afirmó, entre otros aspectos que el derecho a la privacidad es un derecho personal que no está exento de reconocimiento judicial, puesto que el *Common Law* ya había

---

defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness.”

## **El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**

establecido que la persona y su propiedad son inviolables y tiene el absoluto derecho a ser dejado solo.

Según acota Prussen Spears (2008), aunque la Corte rechazó el recurso planteado por Roberson, ello provocó una indignación pública que provocó que la Legislatura del Estado promulgara un Estatuto que contemplaba el derecho a la privacidad, y que aún existe (New York Civil Rights Law Arts. 50 y 51).

### **2.2. Caso Pavesich vrs. New England Life Insurance Co. Tribunal Supremo de Georgia (1905)**

Tal como lo reseña Celis Quintal (2006), el derecho a la privacidad fue reconocido en el Caso Pavesich v New England Life Insurance Co decidido en 1905 por la Suprema Corte de Georgia. El asunto trataba de la utilización indebida en un anuncio publicitario, por parte de una compañía de seguros, del nombre, la imagen, el testimonio de una persona sin su consentimiento.

Paolo Pavesich presentó una demanda contra el New England Mutual Life Insurance Company, Thomas B. Lumpkin, su agente general, y J. P. Adams, un fotógrafo, ambos con domicilio en la ciudad de Atlanta porque en un periódico de dicha ciudad apareció una imagen del demandante, fácilmente reconocible por sus amigos y conocidos colocado al lado de la imagen de una persona que se mira enferma y mal vestida. Debajo de su fotografía, una alusión a que él si había contratado un seguro, y que tanto él como su familia se encontraban protegidos, y debajo de la fotografía de la otra persona, una alusión a que se encontraba así por no haber contratado un seguro.

Pavesich afirmó que nunca hizo tal declaración puesto que nunca contrató con la empresa, por lo tanto, la publicación era maliciosa y lo colocaba en ridículo frente a sus amigos y conocidos, así consideró que la publicación era una intromisión a su derecho a la privacidad.

El tribunal rechazó la aplicación realizada en el Caso Roberson en Nueva York y aceptó la doctrina de Warren y Brandeis, por lo que es la primera sentencia relevante que reconoce el derecho a la privacidad, basándolo en el derecho de las personas a buscar la felicidad. Asimismo, apuntó que la publicación de una imagen de una persona, sin su consentimiento, como parte de un anuncio, con el fin de explotarla de forma lucrativa, es una violación de su derecho a la vida privada (Pavesich v. New England Life. Ins. Co., 122 Ga. 190, 213-214, 50 S.E. 68 (1905).

### 3. Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos

#### 3.1 Caso *Olmstead vrs United States (1928)*

Por otro lado, tal como lo acota Saldaña (2007), Brandeis luego de cuarenta años de haber escrito el ensayo en el *Harvard Law Review*, defendería sus argumentos como Magistrado del Tribunal Supremo, en su célebre opinión disidente en el caso *Olmstead vrs United States* de 1928.

Como magistrado (1916-1939) manifestó su preocupación frente a los avances tecnológicos invasivos de la privacidad, reivindicando la interpretación abierta de Cuarta Enmienda<sup>7</sup> que reconociera un derecho a la privacidad frente a cualquier intromisión estatal ilegítima.

En este caso se analizó si el uso de las pruebas en las conversaciones telefónicas privadas interceptadas por medio de un cableado (“*wiretapping*”) violaba la Cuarta Enmienda. El acusado en el caso, Roy Olmstead, era un oficial de policía en la ciudad de Seattle, pero –además– era un contrabandista exitoso en dicha ciudad. Fue capturado después de que investigadores federales escucharon sus conversaciones telefónicas por varios meses.

Olmstead alegó infracción a la Cuarta Enmienda; sin embargo, con fundamento en una serie de casos previos la opinión mayoritaria del Tribunal, expresada por el Juez William Howard Taft, no consideró que las escuchas telefónicas fueran una violación de la prohibición de la Cuarta Enmienda de “irrazonables requisas y registros” (*unreasonable searches and seizures*) de personas y domicilios. Y es que, según se afirmó en la sentencia, la prohibición se refiere a la requisas de cosas materiales –la persona, la casa, la documentación y los efectos personales- y en ese caso no hubo requisas puesto que se obtuvo la evidencia mediante escuchas telefónicas, es decir, no se penetró en las casas ni en las oficinas de los imputados (*Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928)).

Incluso, en dicha resolución se afirmó que la persona que instala en su domicilio una línea telefónica está consciente que su voz se proyectará hacia el exterior, hacia los que están fuera, de manera que ni el cableado ni los mensajes se encuentran protegidos por la Cuarta Enmienda.

Sin embargo, tal como apunta Nieves Saldaña (2007), Louis D. Brandeis se apartó de la interpretación literal de la Cuarta Enmienda en uno de sus votos disidentes más

---

<sup>7</sup> La Cuarta Enmienda establece lo siguiente: “El derecho de los habitantes a la seguridad en sus personas, domicilios, papeles y efectos, contra incautaciones y cateos arbitrarios, será inviolable, y no se expedirán al efecto las órdenes correspondientes a menos que exista una causa probable, corroborada mediante Juramento o declaración solemne, y cuyo contenido describirá con particularidad el lugar a ser registrado y las personas o cosas que serán objeto de detención o embargo.”

célebres, reivindicando una interpretación dinámica de la Constitución que se adaptase a los cambios operados en los ámbitos en los ámbitos tecnológico, político y social.

Ahora bien, cabe mencionar que este precedente de *Olmstead* fue cambiado con el caso *Katz v. United States* (1967), en el cual el Tribunal Supremo estableció que aquel caso había sido decidido de forma errada. En *Katz*, afirmó que las intervenciones telefónicas por parte de investigadores federales necesitaban los mismos requerimientos de una orden de allanamiento.

### **3.2. Caso *Griswold vs Connecticut*. Suprema Corte (1965)**

Por otro lado, constituye además un *leading case* en la jurisprudencia norteamericana la sentencia pronunciada en el caso *Griswold vs. Connecticut* por la Suprema Corte el 7 de junio de 1965 y que declaró inconstitucional la Ley del Estado de Connecticut que tipificaba como delito el uso de anticonceptivos por parte de personas casadas, lo cual vulneraba su derecho a la privacidad.

Tal como acotan Hartman y Mersky (2014), *Griswold* fue el primero de una serie de casos referidos al derecho a la privacidad y al aborto y que sentaron las bases para el debate sobre la jurisprudencia y los derechos fundamentales. Como resultado de esta decisión, la Corte fue criticada por su protección a derechos no consagrados de forma expresa en la Constitución como derechos.

Estelle Griswold era la Directora de la Oficina de Planificación Familiar (*Planned Parenthood League of Connecticut*) y el responsable médico C. Lee Burton daban información, instrucción y asesoramiento médico a las parejas casadas en cuanto al uso de anticonceptivos y, después del correspondiente examen, les prescribían el método que consideraban más adecuado para su utilización.

Ambos fueron detenidos y fueron condenados como cooperadores necesarios por proporcionar a personas casadas información sobre métodos anticonceptivos y prescribírselos; sin embargo, estos alegaron que ciertas disposiciones de la Ley de Connecticut violaban la 14<sup>o</sup> Enmienda puesto que establecían que:

“Cualquier persona que use cualquier droga, artículo medicinal o instrumento con el propósito de prevenir la concepción recibirá una multa no menor de cincuenta dólares o prisión por no menos de sesenta días ni más de un año o ser tanto multado y encarcelado.”

“Cualquier persona que ayude, instigue, aconseje, cause o mande a otro a cometer un delito podrá ser procesado y castigado como si él fuera el autor principal”

La Suprema Corte estableció que los recurrentes tenían legitimación suficiente para defender los derechos de los pacientes a los que les unía una relación profesional y

que la Ley de Connecticut era inconstitucional porque vulneraba el derecho a la privacidad de las personas casadas. Y es que, el voto mayoritario consideró que, si se permitiera que la policía registrara el dormitorio para encontrar indicios del uso de anticonceptivos, sería una idea repulsiva para la noción de privacidad inherente a un matrimonio, puesto que este derecho es más antiguo que la Declaración de Derechos, los partidos políticos y el sistema educativo (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)).

Según Beltrán de Felipe (2005), pese a su trascendencia sobre el control de natalidad, *Griswold* resulta aún más relevante en lo que se refiere al derecho a la intimidad. Se trata de un derecho que había aparecido pocos años antes en un voto particular del juez Douglas, ponente de esta resolución, que en 1961 había declarado que la privacidad 'no es extraída del azul del cielo. Emana de la totalidad del esquema constitucional bajo el cual vivimos' (*Poe v. Ullman*, 1961). Cuatro años después pasó a constituir uno de estos derechos penumbra, que sirve para proporcionar efectividad a los restantes derechos reconocidos en la Constitución y que, por consiguiente, goza de similar protección constitucional.

Ahora bien, aclaran que en ese momento el Tribunal Supremo, por boca de Douglas, había enraizado ese derecho, hasta entonces prácticamente inexistente en la jurisprudencia constitucional, en varias enmiendas de la Declaración de Derechos, por ejemplo, la 4° y 5° Enmiendas.

### 3.3 Caso *Roe vs Wade*. Tribunal Supremo (1973)

Acota Beltrán de Felipe (2005) que *Roe* hizo lo que no quiso hacer *Griswold*: declarar que el derecho a la privacidad no está disperso en varias enmiendas de la Declaración de Derechos sino en la garantía de no ser privado de la libertad sin un proceso debido en Derecho (cláusula de la 14° enmienda interpretada en sentido sustantivo).

Nunca hasta 1973 se había planteado con tanta crudeza el problema constitucional del derecho de las mujeres a abortar (y de los médicos a practicar abortos) sin ir a la cárcel por ello. *Roe* marcó entonces el inicio de un debate constitucional y social que aún continúa.

En 1970, en Dallas, Texas, una mujer soltera, embarazada, con el pseudónimo de Jane Roe, interpuso un recurso contra el art. 1196 del Código Penal Tejano que castigaba con pena de cárcel y de multa todo aborto, salvo para salvar la vida de la madre. Perdió el pleito en instancias federales y en diciembre de 1971 el caso llegó al Tribunal Supremo quien lo decidió en 1973.

Ella quería terminar su embarazo a través de un aborto realizado por un médico competente y autorizado, en condiciones clínicas seguras; sin embargo, en Texas no era posible realizarse un aborto legal puesto que su vida no corría peligro, y tampoco podía

## **El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**

viajar a otra jurisdicción para realizarlo en condiciones seguras. Razones por las cuales, alegó que la Ley de Texas era inconstitucionalmente vaga y amenazaba su derecho a la privacidad protegido por las Enmiendas 1°, 4°, 5°, 9° y 14°, asimismo expresó que demandaba no solo en su nombre, sino, además, en el de todas las mujeres en su misma situación.

Tal como acotan Hartman y Mersky (2004) la Corte afirmó que el derecho de una mujer a abortar está comprendido en el derecho a la privacidad protegido por la Enmienda 14°. Esta decisión le da a la mujer total autonomía sobre su embarazo durante el primer trimestre y define diferentes niveles de interés del Estado durante el segundo y tercer trimestres en orden a proteger la salud de la mujer, en el mantenimiento de los estándares médicos apropiados y en la protección de la vida humana potencial. Como resultado, las leyes de cuarenta y seis estados fueron afectados por esta sentencia.

En la resolución se afirma que ninguna norma constitucional menciona expresamente el derecho a la privacidad; sin embargo, se ha reconocido su existencia a partir de las Enmiendas 1°, 4°, 5°, 9° y 14°. Y si bien, se establece que el derecho a abortar forma parte del de privacidad, se está frente a una situación distinta a otros casos de privacidad (conyugal, posesión de material pornográfico...) por lo que el Estado tendrá, en determinado momento, interés en proteger otros intereses como la salud de la madre o el de la vida humana potencial (Roe v. Wade, 410 U.S. 113 (1973)).

A juicio de Tribe (1991) en un nivel muy simplista, los críticos de esta resolución tienen razón, ya que la palabra privacidad no aparece el texto de la Constitución. Pero las garantías constitucionales -acota- no se desglosan como los gastos deducibles. La Constitución contiene amplias disposiciones cuyo significado requiere la interpretación judicial. La interpretación, a su vez, requiere criterio.

Advierte Solove (2006) que el concepto de Privacidad parece ser todo y nada. Citando a MacCarthy (2005), Solove recalca que la palabra Privacidad ha sido tan emotiva como Libertad y tiene tantos significados para tantas personas que ha perdido la precisión jurídica que alguna vez tuvo.

Si bien, existen autores que hablan de ella como un concepto unitario con un valor uniforme e invariable a través de distintas situaciones, Solove afirma –por el contrario– que las violaciones a la Privacidad pueden provenir de diferentes actuaciones problemáticas y que claramente no son iguales, como, por ejemplo:

- Un periódico coloca el nombre de una víctima de violación.
- Reporteros con engaños entran en la casa de una persona y en secreto le toman una foto y la graban.
- Nuevos equipos de rayos x que permiten ver a través de las ropas de las personas.

- El uso, por parte del Gobierno, de sensores térmicos para detectar patrones de calor en las casas de las personas.
- Una empresa comercializa la lista de cinco millones de mujeres de edad avanzada con incontinencia.

#### 4. Intimidad y sus esferas

Según Basterra (2012) del derecho a la intimidad surgen cuatro esferas de protección: 1) el principio de autonomía personal, 2) el derecho a la intimidad, 4) el derecho a la privacidad, y 5) el derecho a la autodeterminación informática.

##### 4.1 Autonomía personal

En cuanto al principio de autonomía, afirma que implica que cada persona adulta, mayor de edad –excluye a menores– con consentimiento, que posea discernimiento, intención y libertad –no se aplica a incapaces que no pueden comprender sus actos–, puede escoger el que considere “mejor” plan de vida para sí misma, aunque el mismo implique un daño personal. Solo el daño a terceras personas opera como límite a la elección del propio plan elegido.

En cuanto a esta faceta, el Tribunal Supremo en Estados Unidos en el Caso *Lawrence vs. Texas* expuso que la libertad presupone una autonomía personal que incluye las libertades de pensamiento, creencia, expresión, así como ciertas conductas íntimas. De manera que estas materias, que afectan las decisiones más íntimas y personales que un individuo puede tomar a lo largo de su vida, capitales para la dignidad humana y para la autonomía personal, son esenciales para la libertad protegida por la Enmienda 14<sup>o</sup>.

Este caso tenía como objeto analizar la constitucionalidad del Código Penal de Texas puesto que castigaba como delito la sodomía. John Geddes Lawrence y Tyron Garner, dos hombres adultos, fueron sorprendidos en su apartamento teniendo relaciones sexuales. La policía forzó la entrada porque habían recibido una denuncia sobre un intercambio de disparos. Fueron arrestados, juzgados y condenados a una multa.

Así, en dicho pronunciamiento se afirma que el derecho a la libertad conforme a la cláusula del debido proceso, les garantiza el pleno derecho a tomar decisiones sobre su comportamiento sin la intromisión del Gobierno y llegó a la conclusión que el Código Penal de Texas no contenía ni promovía ningún valor o interés estatal que pudiera justificar semejante intromisión en la vida personal y privada del individuo (*LAWRENCE V. TEXAS* (02-102) 539 U.S. 558 (2003)).

Con este pronunciamiento el Tribunal Supremo dio un giro de tuerca respecto de lo que había establecido en el caso *Bowers v Hardwick*<sup>8</sup>. Pues en esa ocasión, había afirmado que:

---

<sup>8</sup> Michael Hardwick era camarero y homosexual. Vivía en Atlanta (Georgia) y un día la policía se presentó en su casa para notificarle una multa. Una persona que vivía en la misma casa, y que no sabía que Harwick estaba ahí, le abrió la puerta. Cuando el agente entró en el dormitorio de Hardwick para localizarle, lo encontró practicando sexo oral con otro hombre. Fue detenido por vulnerar el Código Penal de Georgia,

## El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos

“Nos parece evidente que ninguno de los derechos a los que se ha venido refiriendo nuestra jurisprudencia anterior sobre el derecho a la intimidad se asemeja al derecho al sexo entre hombres que se nos pide ahora que reconozcamos. Ni el Tribunal de Apelación ni el señor Hardwick han acreditado que exista alguna relación entre, por un lado, la homosexualidad y, por otro, la familia, el matrimonio o la procreación. Es más, no cabe de ninguna manera afirmar que conforme a esta jurisprudencia cualquier práctica sexual entre adultos, en privado y con consentimiento, esté incondicionalmente amparada por la Constitución.”

En aquella ocasión, el voto particular discrepante estuvo a cargo del Juez Blackmun, al que se adhirieron los Jueces Marshall, Brennan y Stevens y en este se expusieron argumentos que luego se retomarán en Lawrence:

“Este caso en realidad no se refiere ‘al derecho a practicar la sodomía homosexual’ como el Tribunal afirma (...) Este caso se refiere al derecho más amplio y más valorado por las personas civilizadas, el derecho a que le dejan a uno solo y en paz (...) En su voluntad de anular la sentencia del Tribunal de Apelación y de afirmar que ‘la Constitución no otorga a los homosexuales el derecho fundamental a la sodomía’, mis colegas minimizan el precepto legal cuestionado y no tienen en cuenta lo actuado y alegado en instancia. Una correcta lectura de la ley y de la alegación del señor Hardwick pone de manifiesto que la mayoría ha distorsionado la cuestión (...) Solo me queda esperar que en un futuro próximo el Tribunal reconsidere su doctrina y llegue a la conclusión de que privar a las personas de la libertad de elegir por sí mismas qué tipo de relaciones íntimas desean tener es una amenaza mucho mayor para los valores más profundamente enraizados en la historia de nuestra nación que el riesgo que para ellos podrían representar la tolerancia y el respeto hacia los que se sienten diferentes. La convicción de que hoy el Tribunal traiciona esos valores me lleva a discrepar de esta sentencia”

La Sala de lo Constitucional salvadoreña tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la autonomía del individuo, específicamente, sobre las *conductas autorreferentes* en dos sentencias, la emitida en el Amparo 18-2004 y la dictada en el proceso de Inconstitucionalidad 70-2006.

El amparo 18-2004 fue promovido por el Presidente de una Asociación que velaba por los derechos humanos de las personas homosexuales (Asociación Para la Libertad Sexual El Nombre de la Rosa) contra el Director General del Registro de

---

que tipificaba como delito la sodomía (cualquier acto sexual que implique contacto entre los órganos sexuales de una persona y la boca o el ano de otra persona”) y la castigaba con penas que podían llegar, según las circunstancias hasta veinte años de cárcel. Sin embargo, el Fiscal no presentó cargos.

Pese a ello Hardwick quiso continuar el pleito e impugnó la ley de Georgia ante el Tribunal Federal de Distrito afirmando su inconstitucionalidad por vulnerar su derecho a la privacidad. El Tribunal rechazó el recurso por falta de lesión efectiva, pero el Tribunal de Apelación del 11° Distrito anuló la sentencia y declaró la ley inconstitucional. Georgia apeló al Tribunal Supremo por medio de su Secretario de Justicia, Bowers, y el Tribunal Supremo, tras debatirlo largamente, revocó la sentencia por cinco votos contra cuatro, diciendo que el Estado está habilitado para castigar penalmente las relaciones homosexuales, por no estar amparadas en ningún derecho fundamental. *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986)

Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro puesto que se negó a inscribirla alegando que se violentaban normas de derecho natural, los fines que persigue la familia, la constitución del matrimonio, las buenas costumbres, la moral y el orden público y por ir en contra de lo previsto en la Ley de Asociaciones y Fundaciones Sin Fines de Lucro<sup>9</sup>, el cual establecía que los fines de las asociaciones y/o fundaciones no deben contrariar "el orden público, la moral, la ley y las buenas costumbres".

En esta sentencia, la Sala expuso que el derecho general de libertad consagrado en los arts. 2 y 8 Cn. protege en: (i) primer lugar, el fuero interno, es decir, los pensamientos, ideas, emociones, deseos etc... exentos a la intervención del Estado y el Derecho, pues éstos sólo puede incidir en las conductas externas de las personas; y (ii) en segundo lugar, las conductas que, aunque externas, producen efectos que se revierten sobre el mismo individuo —**conductas autorreferentes**, v. gr., el consumo de alcohol o drogas, promiscuidad sexual— o tienen una incidencia en los derechos de terceros tan mínima que no se justifique la intervención estatal —*conductas inocuas*, entre las cuales se incluye, v. gr, las formas de vestir—.

Por tanto, excluyendo el fuero interno, las conductas autorreferentes y las conductas inocuas, la regulación estatal sólo es constitucionalmente legítima —en cuanto respetuosa de la libertad inherente al ser humano— cuando se refiere a las *conductas intersubjetivas*, aquellas que producen efectos de una mínima trascendencia en los derechos de terceros o en bienes colectivos.”

Asimismo, afirmó que: “ningún funcionario tiene potestades para impedir el ejercicio de derechos fundamentales a partir de su peculiar visión de la ‘moralidad’. En todo caso, la concepción expuesta resultaría reduccionista, pues la función de reproducción de la especie humana es una entre varias de las que se reconocen a la familia, no la única: junto a ella, coexisten otras de diferente naturaleza —v. gr., económica, afectiva— lo cual da lugar a diferentes modelos de familia cuya concreción corresponde en cada momento histórico al Órgano Legislativo, no a este tribunal.”

En la Inconstitucionalidad 70-2006, el Tribunal analizó la constitucionalidad del artículo 34 inciso 1º y 2º de Ley Reguladora de las Actividades Relativas a las Drogas (LERARD)<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> En la sentencia emitida en el proceso de Inconstitucionalidad 8-97 se declaró inconstitucional el art. 65 inc. 2º de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, en cuanto autorizaba a la Dirección General del Registro de Asociaciones y Fundaciones para la no aprobación de los estatutos de una asociación si encontraba contravenciones a la moral, al orden público o a las buenas costumbres; pues el uso de conceptos jurídicos indeterminados en tal disposición legal no garantizaba la certeza que la autoridad administrativa no negaría la aprobación e inscripción de la asociación —acto jurídico con carácter constitutivo— con base en criterios subjetivos, reduciendo así y, por tanto, alterando, el ámbito de protección que la Constitución garantiza al derecho a la libre asociación, con lo cual incurre en una violación a los arts. 7 inc. 1º y 246 inc. 1º de la Constitución.

<sup>10</sup> “Art. 34.- El que sin autorización legal posea o tenga semillas, hojas, florecencias, plantas o parte de ellas o drogas ilícitas en cantidades menores de dos gramos, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de uno a tres años y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. --- Si la posesión o tenencia fuere en cantidades de dos gramos o mayores a esa cantidad, a las que se refiere esta ley, será sancionado con prisión de tres a seis años; y multa de cinco a mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. --- Cualesquiera que fuese la cantidad, si la posesión o tenencia es con el objeto de realizar cualesquiera de las actividades señaladas en el artículo anterior, la sanción será de seis a diez años

## El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos

Se afirmó en dicho precedente que la *autodeterminación moral* implica que cada individuo es libre de establecer su propio proyecto de vida, y reconoce un espacio sustancial inmune a la coerción externa proveniente de otras voluntades. Así, considerar a la persona como autónoma lleva hacia el Estado la exigencia de su neutralidad frente a las perspectivas morales de cada individuo, mientras esa forma de vida, en concreto no se traduzca en daño para otro.

Se expuso además que:

“...el derecho de libertad configura una faceta íntima que integra un ámbito irrestricto, ilimitado e incoercible, no estando sujeto el fuero interno del individuo a injerencia exterior alguna al hallarse sustraído al control de los poderes públicos. (...)

Ahora bien, la irrelevancia jurídica de las actitudes, conductas, posiciones morales o –incluso– el pensamiento lo es tan sólo a los efectos de poder integrar una circunstancia a la que el ordenamiento jurídico anude consecuencias desfavorables, pero no implica que la visión del mundo y la libertad general sean bienes desprovistos de protección jurídica sino que, al contrario, constitucionalmente se encuentra garantizado el no poder ser condenado o sancionado, sino por acción u omisión, esto es, por un hecho visible y concreto, no por pensamientos, deseos o tendencias; en el mundo interior de la persona existe, por tanto, un ámbito irrelevante para el ordenamiento jurídico si no va acompañado de una acción u omisión lesiva, externa y objetivamente verificable.

Sólo cabe, pues, hablar de limitaciones a la libertad a partir del momento en que el ejercicio de la misma trasciende la esfera personal de su titular mediante alguna de sus manifestaciones externas, es decir, cuando se utilizan medios violentos lesivos o que pongan en peligro a otros.”

Así, luego de afirmarse en dicho pronunciamiento que la conminación penal *debe limitarse a las conductas que tienen efectos en la órbita de acción de otra u otras personas y que una conducta autorreferente –es decir sin posibilidad remota de poner en peligro a otros– y de alguien a quien en su mayoría de edad y conforme a una decisión personal decide afectar su propio ámbito de salud con relación al consumo de sustancias estupefacientes, no puede considerarse un hecho relevante a efectos penales:*

“De ahí que, la posesión o tenencia para el auto-consumo, en la medida que forma parte de ese espacio incoercible del libre desarrollo de la personalidad, está fuera del ámbito del Derecho Penal, y en este sentido deben ser entendidos los incisos 1° y

---

de prisión; y multa de diez a dos mil salarios mínimos mensuales urbanos vigentes. --- Este precepto no será aplicable cuando la conducta realizada encaje en otro tipo penal más grave.”

2° del art. 34 LERARD, más allá de la referencia cuantitativa que se efectúa de la cantidad en gramos. *A contrario sensu*, si es factible apreciar –con independencia de la cantidad– que la sustancia incautada está preordenada para alguna de las actividades como la siembra o cultivo, procesamiento químico, tráfico u otra actividad relativa a la promoción del uso de drogas, es correcto en este caso –previas la etapas procesales pertinentes y conforme los elementos de prueba examinados en juicio– aplicar el castigo penal de conformidad con los parámetros legales establecidos en el estatuto punitivo.”

## 4.2. Intimidad y Privacidad

Según Garzón Valdez (2007) lo íntimo es, el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será, no sólo porque no se desea expresarlo, sino porque es inexpresable.

Dentro del ámbito de la intimidad caen también aquellas acciones cuya realización no requiere la intervención de terceros y tampoco los afecta: acciones autocentradas o de tipo fisiológico en las que la presencia de terceros no sólo es innecesaria sino desagradable.

En el ámbito de la intimidad, según la interpretación por él propuesta, es donde el individuo ejerce plenamente su autonomía personal; es el reducto último de la personalidad, es allí "donde soy lo que soy".

Mientras que la privacidad –acota Garzón– es el ámbito donde pueden imperar exclusivamente los deseos y preferencias individuales. Es condición necesaria del ejercicio de la libertad individual. Podría decirse que la privacidad es la esfera personal reconocida y lo público está caracterizado por la libre accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad. Más aún: cuando ellas desempeñan algún cargo dotado de autoridad político jurídica, la publicidad de sus actos se convierte en un elemento esencial de todo Estado de derecho.

De manera que, si lo íntimo está caracterizado por su total opacidad, lo que caracteriza a lo público es la transparencia. Entre estos dos extremos cabría ubicar el ámbito de lo privado como aquél en donde impera una transparencia relativa. La privacidad requiere necesariamente la presencia de, por lo menos, dos actores. Es la interacción entre ellos lo que impide la adopción de una total opacidad ya que ella volvería imposible toda comunicación. Es en la intimidad donde se forja la identidad y las ideas o planes de acción que luego manifestamos en privado o en público si lo consideramos oportuno.

En la misma línea, Basterra (2012), considera que existe entre ambos conceptos una relación de género –privacidad– a especie –intimidad– ya que lo íntimo es lo más íntimo que lo privado, y si bien se pueden utilizar como sinónimos en muchos casos son conceptos diferentes.

Al definir la privacidad –apunta esta autora– incide de manera fundamental el lugar o ámbito donde se realizan los actos privados y el grado de expectativa de privacidad que una persona puede tener en determinadas circunstancias. Todo individuo

## **El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**

tiene la misma protección con relación al derecho a la intimidad. En la intimidad personal, nadie, por ningún motivo o circunstancia, puede tener acceso sin autorización del titular del derecho. Sin embargo, no todos los sujetos tienen la misma protección respecto de su privacidad, dado que un personaje público tendrá una expectativa menor de privacidad que alguien anónimo o desconocido. Asimismo, es lógico, que un individuo desconocido tenga más reducido el ámbito de privacidad en un lugar público –playa pública, plazas, autopistas, calles, etc– que en su propia casa. Expectativa que se verá severamente disminuida cuando se cumpla con la doble condición de “personaje público” y “lugar público”.

Sin embargo, tal como lo acota Basterra, lo que no parece proporcional es sostener que los personajes famosos o funcionarios públicos tengan el derecho a la intimidad cercenado o alterado respecto de alguien desconocido o anónimo. Solo tendrá limitada su expectativa de privacidad.

Esta distinción se hace más clara cuando se alude a situaciones concretas, así resultan muy ilustrativos los casos de la Jueza colombiana Consuelo Sánchez Durán por un lado, y Ponzetti de Balbín por otro. Aunque ambos tuvieron lugar en ordenamientos jurídicos distintos, uno en Estados Unidos, y otro en Argentina, las circunstancias que rodearon cada caso permiten identificar mejor, estos conceptos de privacidad e intimidad.

Consuelo Sánchez Durán fue una jueza colombiana conocida porque procesó penalmente a Pablo Escobar por la muerte de Guillermo Cano –editor de un periódico colombiano–; sin embargo, ante las continuas amenazas a su integridad física y la de su familia, renunció al cargo y el gobierno la destinó para que trabajara en el Consulado Colombiano en Detroit. Ahora bien, un periódico local –Detroit News– se enteró de quién era ella y publicó una nota haciendo alusión a su labor como jueza e incluso adónde vivía.

Ella demandó al periódico por presuntas violaciones a su derecho a la privacidad; sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia consideró que Durán era un personaje público, las declaraciones hechas por el periódico eran verdaderas y la real malicia en ese caso, era totalmente inexistente. Durán apeló la decisión, no obstante, la Corte de Apelaciones de Michigan denegó la indemnización sobre la base de que sus acciones mientras permanecían en los Estados Unidos revelaron su identidad “abiertamente al ojo público”: dado que ella comió en restaurantes y compró en tiendas y locales usando su nombre real.

La Corte entonces afirmó que la información difundida no era privada; y le negó la acción de privacidad razonando que estas acciones cotidianas eran visibles por medios humanos o mecánicos y, además, porque dicha información era de interés para el público puesto que las amenazas de muerte podían poner en peligro a sus vecinos (Corte de Apelaciones de Michigan, Sentencia de 9 de Julio de 1993. “Durán v. Detroit News Inc.).

Por otro lado, la importancia del fallo en el Caso Ponzetti de Balbín radica en el análisis que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a los límites de la libertad de expresión e información.

Ricardo Balbín, reconocido abogado y político argentino, se encontraba internado de gravedad en una clínica cuando un fotógrafo sin autorización le tomó una fotografía que lo mostraba en la sala de cuidados intensivos. Fotografías que fueron publicadas por la Revista Gente y Actualidad, de manera que su esposa e hijo demandaron a la propietaria de la revista –Editorial Atlántida– en la que pretendían la reparación por los daños y perjuicios ocasionados por la violación del derecho a la intimidad.

Así, la Corte estableció que:

“No puede ser admitida la pretensión de la demandada de que el interés general en la información concerniente a un hombre público prominente justifica la invasión de su esfera de intimidad. Las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada. Según lo juzga acertadamente el *a quo*, el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección, el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y la que los jueces están obligados a hacer respetar.” (CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida SA”.)

Esta distinción entre privacidad e intimidad en los términos apuntados, es acogida por la jurisprudencia constitucional en El Salvador.

Tal como se apuntaba en la sentencia de 24-IX-2010, emitida en la Inconstitucionalidad 91-2007 se afirmó que *la intimidad* afecta dos esferas: (i) la esfera íntima, que comprende la faceta sexual, mental y sentimental de las personas. Afectan esta esfera los datos relativos a la enfermedad, nacimiento, muerte, vida sexual y desnudez de los individuos. Como es natural, esta esfera debe gozar de la máxima protección legal; (ii) la esfera privada, que trasciende la interioridad del individuo, refiriéndose a su círculo de parientes, amigos y conocidos cercanos. Aquí evidentemente también debe existir tutela, aunque menos intensa que en el anterior ámbito. Pero una vez se ingresa al ámbito social o público, referido a las relaciones sociales de las personas, se cae fuera del campo del derecho a la intimidad.

## **5. Derecho a la Intimidad y su conflicto con otros derechos fundamentales (libertad de expresión e información y derecho de acceso a la información pública)**

### **5.1 Con la Libertad de expresión e información**

En la jurisprudencia constitucional se habla de derechos explícitos cuando su enunciado formal en la Constitución se produce mediante normas expresas, como ocurre con los derechos enumerados en el art. 2 de la Constitución salvadoreña.

Ahora bien, existen disposiciones constitucionales en las cuales el enunciado formal de la norma no contempla expresamente el derecho, pero sí se puede desprender

## **El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**

de su contexto axiológico o del contenido material de la Constitución. De esta manera se alude entonces a los derechos fundamentales implícitos.

Así ha ocurrido con la libertad de información y el derecho de acceso a la información pública que se han adscrito por vía de interpretación a la disposición que contempla la libertad de expresión, es decir, del art. 6 inc. 1° de la Constitución: “Toda persona puede expresar y difundir libremente sus pensamientos siempre que no subvierta el orden público, ni lesione la moral, el honor, ni la vida privada de los demás. El ejercicio de este derecho no está sujeto a previo examen, censura ni caución; pero los que, haciendo uso de él, infrinjan las leyes, responderán por el delito que comentan.”

Tal como se afirmara en la sentencia de Inconstitucionalidad 91-2007, el fin inmediato buscado por la Constitución al garantizar las libertades de expresión e información es generar una opinión pública libre en la que se discutan -tan intensamente como sea posible- los aspectos relativos a la conducción de la cosa pública que los ciudadanos apoyan o proponen modificar.

Ambos derechos son manifestaciones de los valores que fundamentan los derechos del individuo: libertad, igualdad y, especialmente, dignidad, y por ello, lo expresado merece protección, incluso, cuando a primera vista no se pueda calificar como de incidencia política (por ejemplo, ciertas creaciones artísticas), o lo informado no se refiera a la cosa pública. Privar al individuo del derecho de comunicarse libremente sería una limitación incongruente con su reconocimiento como miembro racional de la comunidad humana, pues le condena al aislamiento y al empobrecimiento intelectual y moral por la ausencia de debate y el flujo de las ideas (Inconstitucionalidad 3-2008).

Ahora bien, estos derechos fundamentales pueden entrar en conflicto con el derecho a la intimidad -así como ocurre con otros como el derecho al honor y propia imagen-.

En Argentina, en el ya mencionado Caso Ponzetti de Balbín, la Corte expuso que debe reputarse esencial manifestación del derecho a la libertad de prensa, el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de los actos de gobierno ya que ello hace a los fundamentos mismos del gobierno republicano. Sin embargo, expuso que: “...ello no autoriza el desconocimiento del derecho a privacidad<sup>11</sup> integrante también del esquema de la ordenada libertad prometida por la Constitución mediante acciones que invadan el reducto individual, máxime cuando ello ocurre de manera incompatible con elementales sentimientos de decencia y decoro.”

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Von Hannover vrs. Alemania analizó la relevancia de unas fotografías y artículos referidos a la vida privada de Carolina de Mónaco; lo anterior en atención a los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En dicha resolución se establecieron criterios para equilibrar el derecho a la libertad de expresión de las compañías editoriales

---

<sup>11</sup> El derecho a la intimidad en la Constitución Argentina encuentra fundamento en su artículo 19, en virtud del cual: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

y el derecho a la vida privada de las celebridades (TEDH. Von Hannover vs. Alemania, sentencia de 24 de junio de 2004, párr. 63-66.).

El Tribunal aclaró que es importante: "...hacer una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos -incluso controvertidos- que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona, que, además, como en este caso [Carolina de Hannover], no desempeña dichas funciones (...) Si en el primer caso, la prensa juega un rol esencial de perro guardián en una democracia contribuyendo a comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público no sucede lo mismo en el segundo".

## 5.2 Con el Derecho de Acceso a la Información Pública

Si bien en 2011 se promulga la Ley de Acceso a la Información Pública; ya la jurisprudencia constitucional había afirmado que esta ley no ha creado el citado derecho, sino que únicamente ha establecido sus condiciones básicas de ejercicio, atendiendo al contenido prescriptivo que deriva de la Constitución.

Y es que ya la Sala de lo Constitucional tenía pronunciamientos en los cuales hacía alusión a dicho derecho fundamental, por ejemplo, en la sentencia de inconstitucionalidad 91-2007, cuando expuso que la libertad de expresión implica el derecho de investigar o buscar, recibir (derecho de acceso a la información de interés público) y difundir ideas, opiniones e informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro medio o procedimiento. Así se reconoce en el ámbito internacional, por ejemplo, en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el art. 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otro lado, en la Sentencia de Inconstitucionalidad I-2010, del 25-VIII-2010 (en la que se impugnaba la Ley de presupuesto 2010) ya el Tribunal había afirmado que el *derecho de acceso a la información* es un derecho fundamental de la población a estar debidamente informada de los asuntos de interés colectivo, y a conocer la gestión pública y la forma en que se ejecuta y se rinde cuentas del presupuesto general del Estado; obligación que atañe a todos los órganos y dependencias del Estado, sin excepciones.

Según Lavalle Cobo (2009), la información como conjunto organizado de datos que constituyen un mensaje sobre determinados hechos o fenómenos, adquiere especial relevancia cuando en razón del carácter público de su contenido genera en el Estado la obligación de darla a conocer a todas las personas de forma igualitaria. El derecho protege aquí la publicidad y la libre circulación de la información, a fin de que sea accesible a todos en forma efectiva.

Pues bien, el derecho de acceso a la información pública tiene como límites otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, honor, propia imagen y autodeterminación informativa, a los cuales la legislación engloba con el término, información confidencial.

Así, el art. 6 letra f de la Ley de Acceso a la Información Pública establece que la Información Confidencial es aquella información privada en poder del Estado cuyo

## **El Derecho fundamental a la intimidad en El Salvador: una aproximación doctrinal y jurisprudencial y su conflicto con otros derechos**

acceso público se prohíbe por mandato constitucional o legal en razón de un interés personal jurídicamente protegido. Asimismo, en el art. 24 establece que es información confidencial, por ejemplo, la referente al derecho a la intimidad personal y familiar, al honor y a la propia imagen, así como archivos médicos cuya divulgación constituiría una invasión a la privacidad de la persona; la entregada con tal carácter por los particulares a los entes obligados, siempre que por la naturaleza de la información tenga el derecho a restringir su divulgación, así como los datos personales que requieran el consentimiento de los individuos para su difusión.

El Instituto de Acceso a la Información Pública, en la resolución de fecha 18 de septiembre de 2013 en el caso con número de referencia 25-A-2013, afirmó actuar como órgano garante y encargado de la correcta interpretación y aplicación de la ley y que, como tal, tenía la obligación de armonizar derechos fundamentales en conflicto, de modo tal que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados en el caso concreto sometido a su conocimiento: derecho a la información pública y el derecho a la intimidad.

En ese sentido, expuso que el derecho a la información tendrá preeminencia respecto del derecho a la intimidad cuando sea necesario para asegurar la libre información en una sociedad democrática; es decir, siempre que exista un interés público legítimo que justifique la publicidad de la información. Por consiguiente, la intromisión en la vida privada de las personas debe admitirse si la información que se desea transmitir tiene interés público para la sociedad; en caso contrario, la revelación de aspectos privados de las personas públicas sin justa causa lesiona claramente su derecho a la intimidad.

En ese caso concreto, expuso que los nombres y apellidos de un individuo aunque constituyen un medio para identificarlo como persona no son datos que afectan a la esfera más íntima de su titular, ni consideradas informaciones personales sensibles como sí lo serían, por ejemplo, las cuestiones referentes al credo, religión, origen étnico, filiación o ideologías políticas, afiliación sindical, preferencias sexuales, salud física y mental, situación moral y familiar y otras informaciones íntimas de similar naturaleza o que pudieran afectar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Y en ese sentido, se ordenó al entonces presidente de la Asamblea Legislativa, así como a la Junta Directiva de dicho Órgano, que se le entregara al ciudadano requirente un listado con los nombres y apellidos de los asesores de dicha Asamblea, tanto a nivel institucional como por grupos parlamentarios. Así como que se actualizara en el Portal de Acceso a la Información Pública de su sitio web el referido listado.

Por otro lado, en la resolución de fecha 26 de febrero de 2020 en el caso con número de referencia NUE ACUM 9 Y 10-DDP-2019, el Instituto sancionó a la Ministra de Vivienda al pago de una multa por divulgar en la red social twitter información confidencial de una ciudadana. Y ello por haber publicado el día 29 de noviembre de 2019 tweets en los que se apreciaban fotografías del Documento Único de Identidad (DUI) y Tarjeta de Identificación Tributaria (NIT).

En esta resolución, el Instituto expuso que la difusión, distribución o comercialización de los datos personales no solo se traduce en una infracción a lo previsto en la Ley de Acceso a la Información Pública, sino que la utilización indebida de los datos puede causar un grave perjuicio a sus titulares, desde el robo de identidad, decisiones automatizadas discriminatorias y lesión a los derechos a la intimidad y privacidad de los mismos.

## Conclusiones

El derecho a la intimidad si bien tiene una regulación expresa en la Constitución salvadoreña, la jurisprudencia constitucional ha tenido un rol muy importante delimitando su contenido y resolviendo los conflictos con otros derechos fundamentales. Asimismo, otros aplicadores del derecho como el Instituto de Acceso a la Información Pública, tuvieron una producción jurídica muy abundante identificando, en cada caso concreto, los conflictos que podían surgir entre este derecho y el de acceso a la información pública. Y es que, los derechos fundamentales siempre, ante determinadas circunstancias, pueden ceder ante un derecho contrapuesto.

En este tipo de análisis, por ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se constituyen como un recurso valioso para comprender el contenido de este derecho, así como de sus límites. Insumos que serán útiles para reafirmar y exigir la protección al derecho a la intimidad, así como del resto de derechos fundamentales.

Ahora bien, en cuanto a la protección de los derechos, es importante resaltar que, en El Salvador, el 1 de mayo de 2021, se dio un quiebre al Estado Constitucional de Derecho, puesto que la Asamblea Legislativa procedió a la destitución de los Magistrados de la Sala de lo Constitucional y del Fiscal General de la República, ello sin seguir el debido proceso. Y en sus cargos impuso a funcionarios, algunos ligados al Órgano Ejecutivo, y sin que se siguiera el procedimiento establecido en la Constitución.

Estas actuaciones no solo implican una violación al principio de separación de poderes, sino que, además deja de contarse con una Sala de lo Constitucional que se erija como juez natural para tutelar las violaciones a los derechos fundamentales, incluido por supuesto el derecho a la intimidad.

Y es que, en El Salvador, son cada vez más frecuentes las situaciones en las que la intimidad del individuo vuelve a estar comprometida, por ejemplo, y con ocasión de la pandemia por Covid-19, los medios estatales han tomado fotografías de las personas cuando están siendo vacunados y han sido difundidas, sin su autorización, y aludiendo a que “incluso” los que critican las actuaciones gubernamentales hacen uso de las vacunas. Ello, a pesar que son datos que atañen a la esfera más íntima de su titular.

Será ahora primordial que el resto de jueces y magistrados se constituyan hoy más que nunca como Jueces de la Constitución y los ciudadanos cumplan con su deber político de cumplir y velar porque se cumpla la Constitución de la República (artículo 73 ordinal 2) y que la pasividad no se apodere del día a día porque si el 1 de mayo se pretendió destruir a la Jurisdicción Constitucional, ahora es cuando es más relevante la defensa de los derechos fundamentales.

### **Referencias bibliográficas**

Basterra, M. (2012). *Conflicto entre derechos fundamentales: derecho a la información vs. derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Beltrán de Felipe, M., & González García, J. V. (2005). *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Ekmekdjian, M. Á., & Pizzolo, C. (2003). Habeas Data. *El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Gavison, R. (1980). *Privacy and the Limits of Law*. *The Yale Law Journal*, 89(3), 421-471.

Hartman, G. R., Mersky, R. M., & Tate, C. L. (2004). *Landmark Supreme Court cases: the most influential decisions of the Supreme Court of the United States*. New York: Facts on File Inc.

Lavalle Cobo, D. (2009). *Derecho de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Quintal, M. A. C. (2006). *La protección de la intimidad como derecho fundamental de los mexicanos en Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Protección de la persona y derechos fundamentales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Martínez de Pisón Caveró, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Civitas.

Spears, V. P. (2008). The Case that started all: *Roberson v Rochester Folding Box Company* en *Privacy and Data Security Law Journal*, pp. 1043.

Saldaña Díaz, M. N. (2007). La protección de la privacidad en la sociedad tecnológica: el derecho constitucional a la privacidad de la información personal en los Estados Unidos. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, vol. 9, núm. 18, 2007, Universidad de Sevilla, España.

Solove, D. J. (2006). *A Taxonomy of Privacy*. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 154, No. 3, pp. 477-564

Tribe, Laurence H. (1991). *El aborto: guerra de absolutos*. México: Fondo de Cultura Económica.

Valdés, E. G. (2007). *Lo íntimo, lo privado y lo público*. México: Ifai, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública.

Warren, S. D., & Brandeis, L. D. (1890). The right to privacy. *Harvard Law Review*, 193-220.

### **Jurisprudencia Internacional**

Estados Unidos de Norte América.

*Roberson v. Rochester Folding Box Co.*, 171 N.Y. 538, 64 N.E. 442 (N.Y. 1902).

Pavesich v. New England Life. Ins. Co., 122 Ga. 190, 213-214, 50 S.E. 68 (1905).

Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

Lawrence v. Texas (02-102) 539 U.S. 558 (2003).

### **Argentina**

CSJN, “Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida SA”.

### **Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Caso Von Hannover vs. Alemania, sentencia de 24 de junio de 2004.