

UNA APROXIMACION AL CONCEPTO DE DERECHO A LA INTIMIDAD EN JOHN STUART MILL

JOSÉ GARCÍA AÑÓN
Universidad de Valencia

ABSTRACT

The object of this paper is an examination of different interpretations of the role of legal and moral norms in Mill's utilitarianism. The article starts with the distinction between act and rule consequentialism, and considers the problems of interpreting J. S. Mill's idea of rights in relation to this distinction. The article concludes with a selected bibliography of secondary sources concerning this issue.

v
-hts

I. INTRODUCCIÓN

En la evolución del concepto de derecho a la intimidad encontramos diferentes etapas que suponen la concreción del concepto de privacidad en ciertas esferas ¹. En un primer momento, el concepto surge con la declaración revolucionaria de los derechos del hombre en una concepción garantista pasiva de defensa frente a una invasión indebida de la esfera privada, que se manifiesta a través de un derecho a la soledad o al aislamiento del individuo que pertenece a un grupo social determinado: la burguesía revolucionaria que buscaba la consolidación de un privilegio frente a la injerencia estatal o social ². Con el liberalismo llega a

¹ Sigo, entre otros, a A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos (2ª ed.) 1986, pp. 317 y ss.

² El origen teórico se encontraría en la doctrina del *fuero interno* de Thomasius y Kant. Vid. Pérez Luño, p. 322. Como diría Kant: «Nadie puede obligarme a ser feliz a su modo, sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por

su máximo esplendor el cultivo de la esfera privada que se convierte en un ideal normativo y aparece secularizado³.

Aquí encontramos plasmados los planteamientos del individualismo liberal: la idea de individuo junto con la de dignidad humana va a desembocar en el reconocimiento de una serie de derechos, o «libertades-valla» en el sentido de Locke⁴; o de «libertad de los modernos» como diría Constant⁵; como «libertad negativa» en el sentido que la emplea Berlin, o como «libertad reservada o exclusiva» tal como la utiliza Ballesteros⁶.

La privacidad hará referencia a «una esfera mundana en la que tiene lugar el desarrollo pleno del individuo. Sólo lo más infame del ser humano, la intimidad, roza la dimensión casi sagrada del fuero interno»⁷.

el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal». Cfr. Immanuel Kant, «Sobre el aforismo: Esto puede ser verdad en teoría pero no en la práctica» (1793), *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 26.C.

³ La noción de privacidad va a adquirir el sentido moderno durante la Reforma Protestante. «Sólo en soledad puede el hombre hallar a Dios y comunicarse directamente con Él. La recomendación luterana de la salvación por la fe conduce a los individuos a escrutar sus conciencias en el recogimiento privado; la escucha del *fuero interno* precisa soledad, aislamiento, *privacidad*». Vid. Helena Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Madrid, Alianza, 1990, p. 16, pp. 23 y ss.

⁴ La noción de poder limitado da lugar en Locke a un concepto de libertad que va a influir en el liberalismo posterior: «De modo que (...) el fin de la ley no es prohibir o coartar sino preservar y ampliar la libertad: porque para todas las jerarquías de seres creados capaces de tener leyes allí donde no hay ley no hay libertad: porque la libertad es ser libre de la restricción y la violencia de otros (...); porque la libertad no es, como se nos ha dicho, una libertad para que cada hombre haga lo que se le antoje: (porque ¿quién podría ser libre cuando el capricho de cualquier hombre puede dominar a otro?) sino una libertad para disponer y organizar según le plazca su persona, sus acciones, sus posesiones y toda su propiedad, dentro de lo que permitan las leyes bajo las cuales vive, por lo cual uno no está sujeto a cualquier voluntad arbitraria sino que sigue libremente la propia». Cfr. J. Locke, *Second Treatise on Government*, Indianápolis-Cambridge, Hackett Publishing Co., 1980 (1ª ed. 1960), p. 32. Cit. por H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad, op. cit.*, p. 36. En el texto parece que Locke somete la libertad a la ley, al contrario que como veremos hará Mill.

⁵ Benjamín Constant, «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos» (1819), *Del Espíritu de Conquista*, Ed. M. L. Sánchez Mejía, trad. cast. M. A. López, Tecnos, Madrid 1988, pp. 67-8.

⁶ Isaiah Berlin, *Cuatro Ensayos sobre la Libertad*, trad. cast. J. Bayón, Madrid, Alianza Universidad nº 523, 1988, pp. 191 y 202. Cit. por Jesús Ballesteros, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 55.

⁷ H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad, op. cit.*, p. 16.

Sin embargo, la consideración de los derechos como derechos subjetivos, fruto de la concepción ilustrada que une al talante individualista el economicista, tomó la propiedad como prototipo de los derechos humanos y pondría el énfasis en el poder de disposición y en la primacía de la autonomía de la voluntad, más que en la limitación al poder del soberano⁸. Posteriormente, la evolución en este sentido llevará al derecho a la intimidad a desembocar en el derecho activo de control sobre las informaciones que conciernen a cada uno⁹.

A medio camino, y desde un enclave optimista, nos encontramos con el influjo de John Stuart Mill (1806-1873) que recogió el talante del *common law* británico¹⁰ y las influencias doctrinales de la defensa del individuo frente al despotismo de la sociedad de, entre otros Augusto Comte, Coleridge y sobre todo de Alexis de Tocqueville (1805-1859)... Mill elaboró el concepto de libertad como autonomía individual y estableció la reserva de una total soberanía en los límites de lo que podríamos llamar «ámbito propio o íntimo, siendo su propuesta una expresión de la teoría liberal de la «sociedad abierta»¹¹. En Mill se produce la evolución desde una noción de privacidad que recoge el carácter de libertad defensiva, a la de intimidad, esfera en donde se construye la individualidad¹². Sin embargo, según algún autor, este paso en la noción de privacidad lo que ha llevado es a confundir privacidad y libertad¹³. De esta manera, el derecho a la libertad supondría el derecho de elección sobre la propia vida, y por tanto el

⁸ Jesús Ballesteros, *Postmodernidad: Decadencia o Resistencia*, op. cit., pp. 61-5.

⁹ C. Fried, «Privacy», *Yale Law Journal*, 1968, 77, pp. 475 y ss. Cit. por A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 330. Esta caracterización de privacidad parece muy amplia ya que no toda ganancia o pérdida de control sobre nosotros, o sobre lo que hacemos o hemos hecho, supone una pérdida o ganancia de privacidad. Vid. Judith Wagner de Cew, «The Scope of Privacy in Law and Ethics», *Law and Philosophy*, 5, 1986, p. 166.

¹⁰ La referencia a la autoridad de la *common law* sería posteriormente formulada explícitamente en el famoso artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, «The right to privacy [The implicit made explicit]», *Harvard Law Review*, 4, 1890, pp. 193-220. Recopilado por F. D. Schoeman en *Philosophical Dimensions of Privacy: An Anthology*, Cambridge University Press 1984, pp. 75-103.

¹¹ Vid. C. L. Ten, *Mill on Liberty*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 1.

¹² Vid. Helena Béjar, «Individualismo, privacidad, intimidad: precisiones y andaduras», *De la Intimidad*, Ed. Carlos Castilla del Pino, Crítica, Barcelona 1989, p. 48.

¹³ Vid. Judith Wagner de Cew, «The Scope of Privacy in Law and Ethics», op. cit., pp. 160-1. Confusión en la que no sólo incurre Mill, sino incluso numerosas sentencias de la Corte Suprema Americana.

ejercicio de un control sobre los diferentes aspectos de este comportamiento. En cambio, el derecho a la privacidad vendría unido a un tipo de libertad, la libertad en sentido negativo, el derecho a la soledad y a la libertad de interferencia, y por tanto protegería frente a la adquisición del conocimiento personal no consentido¹⁴.

II. CONCEPTO

Mill va a establecer un ámbito de soberanía en la persona en el que va a existir una total independencia, tanto de acción como de opinión, que va a denominar «libertad»¹⁵ y en la que no va a ser posible una injerencia externa: sea ésta individual, social o estatal, y en la que en todo caso, tan sólo puede existir un interés indirecto de la sociedad¹⁶. En este ámbito de actuación en libertad se encuentra la esfera de la «privacidad».

Sin separarse de la tradición liberal su principio de libertad dibujaría un espacio que se caracterizaría por su preservación en la injerencia externa, y en la misma línea, por su preocupación de defensa frente a las decisiones de la mayoría que pudiesen afectar esta esfera, configurándose como un refugio, no sólo de atrincheramiento sino de reflexión crítica en relación con la sociedad.

¹⁴ Vid. Judith Wagner de Cew, «The Scope of Privacy in Law and Ethics», *op. cit.*, pp. 161-4.

¹⁵ «En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano». Cfr. J. S. Mill, *On liberty*, en «Three Essays; On Liberty, Representative Government, The Subjection of Women», Oxford-New York, Oxford University Press, p. 15; trad. castellana P. de Azcárate, Alianza, Madrid, 1986, p. 66. «Pero si se abstiene de molestar a los demás en lo que les afecta y obra, meramente, según su propia inclinación y juicio en cosas que a él sólo se refieren, las mismas razones que demuestran que la opinión debe ser libre, prueban también que debe serle permitido poner en práctica sus opiniones por su cuenta y riesgo». Cfr. *On Liberty*, OUP, p. 70, *vid. tb.* p. 69; Alianza, p. 126, *vid. tb.* p. 125.

¹⁶ Vid. J. S. Mill, *On liberty*, Alianza, p. 68, OUP, p. 17. Resulta significativo para la intención del autor el título del capítulo cuarto: «De los límites de la Autoridad de la Sociedad sobre el Individuo». No desarrollaremos en esta sede el concepto de injerencia, tan sólo diremos que Mill lo utiliza de forma estricta, ya que en este ámbito son permitidos métodos de influencia no-coercitiva, argumentaciones, persuasiones... Vid. C. L. Ten, *Mill On Liberty, op. cit.*, p. 3.

III. LA DEFENSA FRENTE A LA INJERENCIA EXTERNA

La esfera privada surge como una esfera de no interferencia en lo que sería el último reducto de la propia libertad. Este ámbito de soberanía libre de intervención social necesita de su preservación mediante la construcción de una barrera frente al resto de la sociedad, tal como se ha denominado, de una «libertad negativa». Esta esfera acotada se concretará en el reconocimiento de unos derechos, de unos mínimos necesarios para que existan las condiciones que hagan posible el desarrollo de la individualidad¹⁷.

Podemos encontrar hitos en la formación de una teoría de privacidad y de construcción de una esfera de la individualidad en paralelo al enfrentamiento al poder político, y de una forma más extrema de un «ámbito de resistencia y disentimiento». Esto se puede observar en Mill desde sus primeros escritos: cómo la creación de la esfera individual ha necesitado del referente de la opresión externa para legitimarse y de un contexto de protección¹⁸.

En uno de sus primeros artículos de disputa con otras dos revistas de ideología *Whig* y que apoyaban las posiciones de la clase aristocrática, Mill propone que frente a la existencia de injusticia en la forma de gobernar se establezcan «seguridades efectivas» («the establishment of efficient securities against misrule»). Su intención fundamental en aquel contexto era la crítica al poder social y político de la aristocracia¹⁹. En relación a la cuestión del derecho del pueblo a la resistencia frente a la opresión, la crítica a la *Edinburgh Review* tiene este mismo calado. El derecho a la resistencia y la revolución no son más que un remedio para las injusticias e intromisiones ilegítimas, lo importante es el establecimiento de seguridades que den lugar a que

¹⁷ H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 69. «No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual estas libertades no estén respetadas en su totalidad; y ninguna es **libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantizadas**». *On Liberty*, OUP, p. 18; Alianza, p. 69. La negrita es mía.

¹⁸ «Esta defensa airada del derecho a disentir, a expresar públicamente las diferencias de opinión conlleva una demanda de libertad social y, consecuentemente, una petición de un espacio de no-interferencia, esto es, de privacidad, donde el individuo se desarrolle en plenitud». Cfr. H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 72.

¹⁹ Anteriormente ya había escrito otros artículos juveniles sobre el tema de la aristocracia y su poder, seguramente auspiciado por la preocupación de su padre, James Mill, en estas cuestiones.

exista un buen gobierno²⁰. La intención de Mill que se va a repetir a lo largo de su obra es la de limitar el poder, a aquel que lo tenga, sea social o político²¹, por la intromisión ilegítima que pueda tener en el ámbito del individuo.

Esta contexto mínimo es el que favorecerá el crecimiento de los individuos y es por ello que, sin embargo, esta protección no parece suficiente, ya que debe proporcionarse una protección frente al poder, no sólo político, sino también social. Mill, como Tocqueville vieron que aquí se encontraba la clave que no percibieron los liberales anteriores: el despotismo y la injusticia también pueden provenir del cuerpo social²².

²⁰ «The fact is, that resistance is any thing but a remedy (...) It is useful, only in so far as it contributes to establish permanent securities for good government». Cfr. J. S. Mill, «Periodical Literature», *Westminster Review*, I, april 1824, pp. 505-41. Recopilado en *Autobiography and Literary Essays*, Collected Works, vol. I, ed. e intr. J. M. Robson y J. Stillinger, University of Toronto Press-Routledge & Kegan Paul 1981, pp. 294-5. También era utilizada en este sentido por su maestro de jurisprudencia John Austin: «If the protection afforded by the Law be considered as afforded against private persons, the word Right is commonly employed. If against the Government, or rather against some member of the Government, Liberty is more frequently used: e.g. the Liberties of Englishmen». Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 1869, vol. I, lecture XII, p. 366.

²¹ «Si puedes decir que es el deber moral de los sujetos obedecer a su gobierno, también puedes expresar esto diciendo que el gobierno tiene un *derecho* moral a ser obedecido. Si tú puedes decir que el deber moral de los soberanos es gobernar bien, o abdicar, tú puedes decir que los sujetos tienen un derecho a ser bien gobernados. Si puedes decir, que es moralmente culpable en un gobierno intentar retener su autoridad, contraria a las inclinaciones de sus sujetos; tú puedes decir, que la gente tiene un derecho a cambiar su gobierno. Todo esto, sin ninguna incorrección lógica, o «abuso del lenguaje». J. S. Mill, «Review of George Cornwall Lewis' *Use and Abuse of Political Terms*», *Tait's Edinburgh Magazine*, vol. I, april-september 1832, reproducido en C. C. Street, *Individualism and Individuality in the Philosophy of J. S. Mill*, Milwaukee, Morehouse, 1926, p. 130.

²² «La noción tocquevilliana de libertad es social, no política. Por ello, para garantizarla, no basta con definir unos derechos, como delimitar una zona en donde el poder no pueda entrometerse. Tocqueville consigue superar el planteamiento liberal clásico: la libertad no es ya una posesión personal sino un logro social. Por ello la democracia, modelo político fundado en la participación, se romperá cuando las virtudes públicas se debiliten. El enemigo de la libertad no es tanto el poder político como el tipo de sociedad y en último término el tipo de hombre que este poder engendra. El ejercicio de la libertad entraña una tensión continua entre fuerzas contrapuestas: entre la necesidad de la participación política y el reclamo de la vida privada; entre la pasión por lo material y la fuga incesante de la dicha». H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 64. El subrayado es nuestro.

IV. LA TIRANÍA DE LA MAYORÍA

En definitiva una de las preocupaciones que se plantea Mill es la protección del individuo frente a las decisiones de la mayoría de la sociedad, por muy cualificada que ésta fuese²³. Las actuaciones de la mayoría generalmente de por sí ya eran un buen argumento para restringir las acciones de los individuos. Esto le llevó a establecer los límites del derecho de interferencia de la sociedad en el individuo para ver qué razones podían considerarse como de legítima intervención en la libertad individual y cuáles no²⁴.

El tema de la «tiranía de la mayoría» ya había sido tratado por Tocqueville en *De la Démocratie en Amérique*²⁵ y su influencia en Mill fue trascendental como él comenta en su *Autobiography*²⁶. En esta época los intensos contactos con Tocqueville

²³ «Se necesita también protección contra la tiranía de la **opinión y sentimiento prevalectentes**; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el **desenvolvimiento** y, si posible fuera, a impedir la formación de **individualidades originales** y a obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio». Cfr. J. S. Mill, *On liberty*, OOOUP, p. 9, Alianza, p. 60. La negrita es mía.

²⁴ Vid. C. L. Ten, «Mill on Self-Regarding Actions», *Philosophy*, vol. 143, 1968, p. 32.

²⁵ Alexis Clérel de Tocqueville, *De la Démocratie en Amérique*, Ist. part 2 vols., Paris, Gosselin 1835; IInd. part, 2 vols., Paris, Gosselin 1840.

²⁶ «This last change, which took place very gradually, dates its commencement from my reading, or rather study, of M. de Tocqueville's *Democracy in America*, which fell into my hands immediately after its first appearance. In that remarkable work, the excellencies of Democracy were pointed out in a more conclusive, because a more specific manner that I had ever known them to be even by the most enthusiastic democrats; while the specific danger which beset Democracy, considered as the government of the numerical majority, were brought into equally strong light, and subjected to a masterly analysis, not as reasons for resisting what the author considered as an inevitable result of human progress, but as indications of the weak points of popular government, the defences by which it needs to be guarded and the correctives which must be added to it in order that while full play is given to its beneficial tendencies, those which are of a different nature may be neutralized or mitigated. I was now well prepared for speculations of this character, and from this time onward my own thoughts moved more and more in the same channel, though the consequent modifications in my practical political creed were spread over many years, as would be shewn by comparing my first review of *Democracy in America*, written and published in 1835 with the one on 1840 (reprinted in the *Dissertations*), and this last, with the *Considerations on Representative Government*». Cfr. J. S. Mill, *Autobiography*, CW, vol. I, pp. 199-201; Alianza, p. 188; vid. Td. CW p. 227, Alianza, p. 211.

y su interés por estos temas le llevaron a recensionar las dos partes de su tratado²⁷.

La formación de opiniones públicas homogéneas en la sociedad, aunque disfrutase de garantías democráticas, podían ser peligrosas y aniquilantes no sólo para los disidentes sino para cualquier otro individuo. Estos síntomas de «sociedad cerrada» hacen proclamar la búsqueda de Mill y Tocqueville de una sociedad plural y participativa, de una sociedad en la que el individuo pueda tener los canales oportunos para poder desarrollar su individualidad.

La cuestión de la no injerencia y el recelo a las mayorías tiránicas le llevan no sólo a desarrollar la necesidad de disentir, de reivindicar el ser «excéntrico» dirá en otro pasaje, sino de poder resistirse frente a lo injusto y lo impuesto²⁸.

IV. EL DERECHO A LA PRIVACIDAD Y LA INTIMIDAD: EL CAMINO DE LA AUTONOMÍA Y LA VIRTUD

La libertad tal como es enunciada por Mill se diferencia de otras categorías caracterizadas por su reglamentación general como pueden ser la ley y la moral. Esta delimitación resulta importante en la configuración de los conceptos de intimidad y privacidad como derechos. Mill distingue dos tipos de áreas²⁹: El área del derecho y la moral que se circunscribe al ámbito exter-

²⁷ «De Tocqueville on Democracy in America I», *London Review*, II (*London and Westminster Review*, XXXI), oct. 1835, pp. 85-129. Reimpresa en parte en «Appendix», *Dissertations & Discussions*, vol. i, pp. 470-4. CW, vol. XVIII, pp. 47-90. «De Tocqueville on Democracy in America II», *Edinburgh Review*, LXXII, oct. 1840, pp. 1-47. Reimpreso en *Dissertations and Discussions*, vol. II, pp. 1-83. CW, vol. XVIII, pp. 153-204.

²⁸ «Para los liberales la privacidad no es el marco del abandono, de la renuncia a la acción en la arena pública —como lo será para nuestros contemporáneos— sino un lugar de resistencia, el reducto donde se forma un individuo crítico en relación a sí mismo y al mundo exterior». Cfr. H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 80.

²⁹ Sigo en esta argumentación a Alan Ryan, «Mr. McCloskey on Mill's Liberalism», *Philosophical Quarterly*, vol. 14, 1964, pp. 253-60 y «John Stuart Mill's Art of living», *The Listener*, october 21, 1965, pp. 620-2. Cit. por Ten, p. 33. «Los asuntos concernientes al pensamiento y a la conciencia son ajenos al dominio legislativo; sólo las cuestiones relacionadas con las conductas públicas, con las costumbres, con los vínculos sociales en general están sujetos al poder del Estado». Cfr. H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., p. 70.

no de las personas y es donde se pueden aplicar las sanciones y las penas; y el área de la prudencia y la estética que se refieren al ámbito propio. En este ámbito, que supone un límite para la moral y el derecho, no se pueden aplicar las sanciones ni se pueden producir las injerencias del ámbito externo³⁰.

La libertad, en cambio, no se encuentra sometida a la intromisión de normas generales³¹, sino que al ser el campo de acción de la individualidad, ésta deba ser respetada en este ámbito; ya que en este «ámbito propio» las presunciones generales de la injerencia social pueden ser perjudiciales para el individuo.

Mill, como otros autores de su época³², equiparan el concepto de *Liberty* al de *Right* y no sólo en su obra más conocida *On Li-*

³⁰ Ryan utiliza esta interpretación para sustentar la consistencia de *On Liberty* con la doctrina utilitarista. No es éste el problema que nos ocupa en este lugar; pero puede verse la crítica en C. L. Ten, «Mill on Self-Regarding Actions», *op. cit.*, pp. 33 y ss. Allí su principal argumento crítico reside en que desde una perspectiva utilitarista puede haber buenas razones para inmischuirse en la conducta privada y son este tipo de razones las que Mill trataba de evitar con su principio de libertad.

³¹ «Ella es la persona más interesada en su propio bienestar: el interés que cualquiera otra pueda tener en ello, excepto en casos de una íntima adhesión personal, es insignificante comparado con el que él mismo tiene; el interés que la sociedad tiene por él, individualmente (excepto en lo que toca su conducta con los demás), es fragmentario a la vez que indirecto; en tanto que el hombre o la mujer más vulgar tiene, respecto a sus propios sentimientos y circunstancias, medios de conocimiento que superan con mucho a los que puede tener a su disposición cualquier otra persona. La injerencia de la sociedad para dirigir sus juicios y propósitos en lo que tan sólo a él concierne, tiene que fundarse sobre presunciones generales; las cuales, no sólo pueden ser falsas, sino que aún siendo verdaderas corren el riesgo de ser equivocadamente aplicadas a los casos individuales, por personas no familiarizadas con las circunstancias de tales casos que aquellos que consideran meramente su aspecto exterior. Por consiguiente, éste es el departamento de los asuntos humanos en el que la individualidad tiene su propio campo de acción. En la conducta de unos seres humanos respecto de otros es necesaria la observancia de reglas generales, a fin de que cada uno sepa lo que debe esperar; pero en lo que concierne propiamente a cada persona, su espontaneidad individual tiene derecho a ejercerse libremente». Cfr. J. S. Mill, *On liberty*, OUP, p. 94, Alianza, p. 155.

³² El propio John Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 1869 3rd ed. (la 1st ed. 1861-63, Ed. R. Campbell, 2 vols., London, John Murray), vol. I, lecture XII, pp. 366-7; y G. C. Lewis, un discípulo suyo y compañero de Mill en la University of London. G. C. Lewis cita como referencias a William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols. (1765-69), I, p. 140 y 123-29; 8ª ed. 1778, vol. I, Bk. I, chap. I, pp. 140-1; vol. I, Intro., sect. I, p. 6 y a Sir Matthew Hale, *The Analysis of the Law: being a Scheme or Abstract of the several titles and Partitions of the law of England, digested into method*, London, J. Nutt, 1713, sect. xiii, pp. 43-3 en su *Use and Abuse of Political Terms*, London, Felowes, 1832, pp. 151-52 y 155-56. Como veremos más adelante también se en-

berly³³. Y tal como veíamos antes le da el sentido de «seguridades» (*securities*), o medidas que puedan preservar de una intromisión ilegítima. Así por ejemplo cuando prestó testimonio en 1871 ante la *Royal Commission on the Acts* sobre las dos *Contagious Diseases Acts* de 1866 y 1869 que facultaban para una inspección médica obligatoria y, si era necesario, el tratamiento de las mujeres que fuesen sospechosas de ser prostitutas en las ciudades donde se encontraban ciertas guarniciones de soldados, para controlar la incidencia de las enfermedades venéreas entre las tropas allí estacionadas, dijo que consideraba que vulneraba el principio de seguridad de libertad personal, además del de igualdad no sólo material sino también procedimental, y el de presunción de inocencia:

«I do not consider it justifiable on principle, because it appears to me to be opposed to one of the greatest principles of legislation, the security of personal liberty. It appears to me that legislation of this sort takes away that security, almost entirely from a particular class of women intentionally, but incidentally and unintentionally, one may say, from all women whatever, inasmuch as it enables a woman to be apprehended by the police on suspicion and taken before a magistrate, and then by that magistrate she is liable to be confined for a term of imprisonment which may amount, I believe, to six months, for refusing to sign a declaration consenting to be examined»³⁴.

Por ello, la individualidad ejercida libremente se encuentra amparada por un derecho que genéricamente llamaremos libertad y que como hemos dicho para que pueda desarrollarse necesitará de un corolario de otros derechos. La libertad, el derecho

cuentra en Bentham. Sin embargo, creo que erróneamente, Himmelfarb interpreta algún párrafo de los escritos de juventud de Mill y el propio Bentham como contrarios a la doctrina de la libertad de Mill tal como la enunció con posterioridad. Vid. G. Himmelfarb, *On Liberty and Liberalism; the case of John Stuart Mill*, New York, A. Knoff, 1974, pp. 73-4.

³³ También puede verse en su «Review of George Cornwall Lewi's *Use and Abuse of Political Terms*», *op. cit.*, pp. 130-1.

³⁴ El testimonio se publicó primero como «Minutes of Evidence Taken before the Commission upon the Administration and Operation of the Contagious Diseases Acts», *Parliamentary Papers*, 1871, XIX, pp. 1.818-25. Luego fue reimpresso como *The Evidence of John Stuart Mill, Taken before the Royal Commission of 1870, on the Administration and Operation of the Contagious Diseases Acts of 1866 and 1869. Reprinted Verbatim from the Blue Book*, London, Association for the Repeal of the Contagious Diseases Acts, 1871. Recopilado en CW, *Essays on Equality, Law, and Education*, ed. J. M. Robson, Intr. Stefan Collini, University of Toronto Press, 1984, vol. XXI, 347-71. El fragmento se encuentra en la página 351.

a la libertad tiene su ámbito de actuación peculiar en la esfera de la privacidad; pero para que ello pueda llevarse a cabo sin intromisiones, necesita de otros derechos o libertades en el ámbito público o externo: los derechos a la libertad de conciencia, de opinión y asociación ³⁵. En Austin ya se encuentra esta distinción entre «libertad» como ausencia de intromisión legal y la de «libertad» como seguridad o protección de esa libertad ³⁶.

Este derecho-libertad se podría conceptualizar en algún sentido como derecho-autonomía, ya que al haberse extendido el ámbito de la resistencia a cualquier «injerencia de la sociedad», el recelo de la limitación política se convierte en sospecha de la limitación social, y por tanto resulta necesario reivindicar la completa amplitud de la manifestación personal frente al resto de la sociedad. El logro de libertad como autonomía supondría un desanclaje de la ideología de la «libertad de los modernos» hacia una libertad en la que se pueden encontrar las notas de la participación social, autodesarrollo...

En la terminología de Berlin supondría el paso a la consideración de la libertad como «libertad positiva» o «libertad de opción» ³⁷ que alude a las potencialidades internas del hombre y que, es, por decirlo así, una libertad *esencial* y apunta al ideal del dominio de las propias acciones (*self-mastery*), así como al autodesarrollo» ³⁸.

Esta libertad viene caracterizada como autonomía individual para la consecución de los planes de vida personales, el hombre es un ser con capacidad de elección: «La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro **propio camino**, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo. Cada uno es el guardián natural de su propia salud, sea física, mental o espiritual.

³⁵ Éstos son los que principalmente cita Mill. Vid. *On liberty*, OUP, p. 17. Alianza, pp. 68-9.

³⁶ «In Liberty, the prominent or leading idea is, the absence of legal restraint: whilst the security or protection for the enjoyment of that liberty is the secondary idea. Right, on the other hand, denotes the protection and connotes the absence of Restraint». Cfr. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, 1869, vol. I, lecture XII, p. 366. Según este autor la idea ya se encontraba recogida en los tratados de Jeremy Bentham.

³⁷ Vid Javier Muguerza, «Entre el Liberalismo y el Libertarismo (Reflexiones desde la ética)», *Desde la Perplejidad (Ensayo sobre la ética, la razón y el diálogo)*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 171.

³⁸ Cfr. Helena Béjar, «Individualismo, privacidad, intimidad: precisiones y andaduras», *op. cit.*, p. 47.

La humanidad sale más beneficiada consintiendo a cada cual vivir a su manera que obligándole a vivir a la manera de los demás³⁹.

En Mill, como en Tocqueville, se preconiza un medio de realización del individuo a través de la recuperación de las virtudes públicas⁴⁰. La virtud en Mill se concretaría en el concepto de «simpathy», con lo que el concepto de privacidad en Mill albergaría el ámbito de lo íntimo que se construye en relación a lo social. «De este modo, Mill defiende la semiautonomía del individuo que cabalga entre la determinación de las circunstancias externas y su propia capacidad de cambio. Todo ello conduce a una particular noción de virtud. La virtud milleana se relaciona en primer lugar con el ideal de excelencia humana, en el cual confluyen todas las pasiones...»⁴¹.

A diferencia de la filosofía liberal que ve en el «otro» un enemigo o un competidor (Hobbes), en Mill el «otro» constituye «el referente necesario para sentir la sociedad como algo propio». El concepto de privacidad supone a la vez un sujeto defensivo frente a la sociedad y el poder; y al mismo tiempo el cultivo en ese espacio de una serie de cualidades entre las que se encuentra la consideración de «lo social» como algo necesario para la conformación de la individualidad⁴².

En general, la concepción de la privacidad liberal se afirma sobre la esfera defensiva, la de la razón. Mill, en cambio, por su concepción de la individualidad, superpone el carácter «intencional» de la privacidad sobre su naturaleza «defensiva». Esta primacía de lo intencional supone el reconocimiento de la intimidad: esta esfera del sentimiento que alberga lo más propiamente humano, lo sagrado, «la íntima necesidad de Dios o lo sublime de la naturaleza». La privacidad sería la esfera «de la formación del carácter, el ámbito del cultivo interno de un sujeto que tiende a la perfección de su individualidad y, por extensión, a la mejora moral de la sociedad en la que vive. (...) La conjunción del sentimiento y la voluntad, de la capacidad de

³⁹ *On liberty*, OUP p. 18, Alianza p. 69.

⁴⁰ Una visión del pensamiento de Tocqueville en estas cuestiones puede verse en H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., pp. 53-4 y 59-65.

⁴¹ Cfr. Helena Béjar, «Individualismo, privacidad, intimidad: precisiones y andaduras», op. cit., p. 50.

⁴² Esta paradoja no fue resuelta por el liberalismo clásico. Vid. H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., pp. 79-80 y 239.

abrirse al mundo y al mismo tiempo de controlarlo hace del ideal humano de Mill un ser completo»⁴³.

Mill dice que ninguna persona está aislada y que su conducta afecta los intereses y la felicidad de los otros; y cuanto más les afecta más entra en la jurisdicción de la sociedad. Por otra parte, moviéndonos en la otra dirección, cuanto más aislado llega a estar un individuo, y sus obligaciones (con la sociedad son menores), cuanto más su conducta se relaciona con lo propio, será más libre⁴⁴.

Si llegamos a la conclusión de que en Mill hay una aproximación a una distinción de la esfera de la intimidad con respecto a la de la privacidad, habría igualmente que resaltar que no puede decirse que plantee un tipo de protección jurídica específica en este área; ya que el derecho a la libertad incluiría tanto el ámbito de la intimidad como el de la privacidad, aunque en cada uno con sus propios elementos; y la barrera de derechos protegerían de igual modo ambas esferas.

Para terminar, lo que me interesaría resaltar en esta aproximación es que el énfasis que se había podido producir en una primera etapa de configuración del derecho a la intimidad como un derecho «frente a», en un límite al poder del soberano... en Mill se extiende a un límite frente a cualquier injerencia social, frente a «la tiranía de la opinión y sentimiento prevalecientes»⁴⁵, con el añadido de que lo que se busca es el desarrollo del individuo en su «propio camino» con el trasfondo utilitarista de que también esto es lo más beneficioso para la sociedad⁴⁶. Existe una toma de conciencia de que este ámbito sagrado del individuo lo es frente a cualquiera que intente perturbarlo, con independencia de la autoridad o legitimidad de su poder. Es una postura anti-perfeccionista y anti-holista que Mill extrae del repaso de la his-

⁴³ Cfr. H. Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, op. cit., pp. 81-2.

⁴⁴ Vid. J. Hamburger, «Mill and Tocqueville on Liberty», pp. 117 que dice que puede encontrarse en Mill una experiencia del sentido de la sociedad y su preferencia por ella. Ver la introducción del editor a *Later Letters*, CW, XIV, pp. xxviii, xxxiii-iv, xxxvii; tb 97 y xv, 589.

⁴⁵ *On liberty*, OUP p. 9, Alianza p. 60. Op. et loc. cit.

⁴⁶ No vamos a entrar en el problema, que tan sólo vamos a plantear, de la versión de «deber» en el utilitarismo de Mill que como dice MacCloskey tiene «un poco agradable aroma antiliberal» y la inexigibilidad de los «deberes hacia uno mismo» que no llegó a explicar porqué tenían tal carácter. Sobre esto vid. H. J. Mac Closkey, *John Stuart Mill: A Critical Study*, New York-London, St. Martin's Press-MacMillan, 1971, pp. 86-87.

toria y que triunfa, según él, en la modernidad con la separación entre la autoridad temporal y la espiritual, entre ley y conciencia que impidió una intervención menos fuerte de la ley «en los detalles de la vida privada»⁴⁷. Sin embargo, esto fue insuficiente ya que existían otros elementos que también podían intervenir en la «dominación espiritual» de la conciencia individual por medio de la represión moral, entre otros, a través de las iglesias, las sectas, ... o de la «tiranía de la mayoría», por lo que siguiendo a Comte dice: «se tiende (aunque más bien por medios morales que legales) a un despotismo de la sociedad sobre el individuo, que supera todo lo que puede contemplarse en los ideales políticos de los más rígidos ordenancistas, entre los filósofos antiguos»⁴⁸.

⁴⁷ *On liberty*, OUP p. 19, Alianza p. 70.

⁴⁸ *On liberty*, OUP pp. 18-19, Alianza p. 760.