

III.

EXIGENCIAS JURÍDICO-NATURALES E
HISTORICIDAD DEL DERECHO:
DE LA INTIMIDAD A LA PROTECCIÓN
DE DATOS PERSONALES

ANDRÉS OLLERO*

* Catedrático de Universidad. Dicta la cátedra de Filosofía el derecho desde 1999 en la Universidad rey Juan Carlos (Madrid). Ha sido becario en Alemania e Italia. Miembro de innumerables publicaciones especializadas en más de 10 países. Académico de número de la real Academia de Ciencias Morales y Políticas desde 2009. En los años 1986-2003 participó en la vida política española como Diputado por Granada de la III a la VII legislatura. Entre sus numerosos libros están: (1971) *Dialéctica y praxis en Marleau-Ponty*; (1996) *¿Tiene razón el derecho? Entre el método científico y voluntad política*; (2006) *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*; (2007) *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, UNAM, México; (2010) *Laicidad y laicismo*, UNAM, México. Tiene infinidad de artículos en revistas especializadas en teoría del Derecho y en Filosofía jurídica.

La historicidad del derecho ha ejercido un notable protagonismo en la reflexión teórico-jurídica contemporánea, marcada por el progresivo abandono de las clásicas reflexiones sobre el derecho natural y su sustitución por una filosofía del derecho positivo. En efecto, el iusnaturalismo racionalista acabaría muriendo de éxito, al ver sus propuestas positivadas en las codificaciones europeas. Se abría así una nueva época, marcada por la convicción de que sólo es derecho el derecho positivo; afirmación rotunda que no puede evitar la apertura de una nueva pregunta: qué hemos de entender por positividad.¹

En el siglo XIX se consolida un positivismo jurídico legalista, que identifica el derecho positivo con los textos legales y, en consecuencia, entiende los *derechos en el marco de las leyes*; como facultades por ellas conferidas. Las Constituciones de la última posguerra anuncian un nuevo modo de entender el derecho, reflejado decenios después en las transiciones democrá-

¹ Así lo he subrayado en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 53 y ss.

ticas de la península ibérica y en la posterior recuperación de los países centroeuropeos largo tiempo secuestrados desde el este. Los esquemas positivistas irán encontrando notables dificultades para digerir los nuevos planteamientos constitucionalistas, que acabarán exigiendo una teoría jurídica de nueva planta.² En ella se traslada el centro de la realidad jurídica, obligando a interpretar las *leyes en el marco de los derechos*.³

Este punto de inflexión del positivismo jurídico alimentará a su inseparable compañero de viaje, que verá cómo con aire triunfal llega a dictaminarse en un eterno retorno del derecho natural.⁴ Pero, dentro de esta engañosa resurrección, la imparable crisis de la metafísica le obligará a buscar fundamento en marcos filosóficos menos asediados. La apelación a la naturaleza de la cosa invitará a descubrir un derecho natural histórico. Reflexiones más profundas postularán una filosofía del derecho entendida como *ontofenomenología jurídica*,⁵ o plantearán, con menos pretensiones, el papel de la historicidad en la realización del derecho natural.⁶

El iusnaturalismo de la posguerra se verá así incitado a ocuparse de los derechos, aspecto habitualmente marginal en sus reflexiones, dado el protagonismo de la ley (eterna, natural o humana) en los clásicos tratados de teología moral. La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, multiplica ese protagonismo cobrado ya de modo incipiente por vía constitucional. La reflexión sobre cuál sea el fundamento de esos derechos proclamados, ahora secularizadamente, *urbi et orbi* sitúa al

² L. PRIETO SANCHÍS, tras presentarlo "como nuevo desafío al positivismo", señala que "el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad" -*Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Fontamara, 1997, pp. 7 y 94.

³ Se ha llegado a afirmar que con esto "se pasa de un Estado legislativo de derecho a un Estado constitucional de derecho, que es Estado de derechos" —P. ANDRÉS IBÁÑEZ *Garantía judicial de los derechos humanos* "Claves de razón práctica" 1999 (90), p. 11.

⁴ H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München, Josef Kösel, 1947 (2ª).

⁵ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofeneomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991 (2ª). La repercusión sobre el modo de concebir los derechos en: *La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho* "Persona y Derecho" 1982 (9), pp. 13-18. Sobre su obra el monográfico nº 57 de la misma revista en 2007.

⁶ A. KAUFMANN *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1959, pp. 15-44.

positivismo jurídico ante la incómoda necesidad de proteger con eficacia unos derechos fundamentales a los que no logra reconocer fundamento. Ello les llevará a rectificar su vieja visión de la relación entre el derecho y unos contenidos considerados morales, dando así paso a un positivismo catalogado hoy como inclusivo o incluyente.⁷

En España el debate sobre la posible fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos cobra fuerza tras promulgarse la Constitución de 1978,⁸ rebrotando los matices polémicos que acompañan el emparejado caminar de positivistas y iusnaturalistas. En el trasfondo latirá siempre un aparente dilema entre naturaleza e historia; si los derechos tuvieran un fundamento natural, estarían indisolublemente vinculados a ese punto de partida, sin que los acontecimientos históricos pudieran influir en su configuración.

La cultura jurídica positivista intentará, por su parte, fijar el alcance efectivo de términos tan metafísicos como ese "contenido esencial" de los "derechos y libertades" al que remite el artículo 53.1 de la Constitución española (en adelante CE). No en vano se llamará la atención, desde el propio Tribunal Constitucional español, ante el riesgo de que invocaciones a la igualdad o a lo "razonable" se conviertan en vía de entrada para consideraciones iusnaturalistas merecedoras de sesuda alarma.⁹

Los esfuerzos del citado Tribunal por dar paso a un concepto de contenido esencial lo menos esencialista posible no dejan de ser merito-

⁷ Al respecto P. SERNA, *El 'Inclusive Legal Positivism' ante la mirada del observador*, en "El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto", Salamanca, Universidad-Aquilafuente 95, 2006, pp. 481-495 y el libro de J. B. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México D. F., UNAM, 2006.

⁸ A. E. PÉREZ LUÑO resalta cómo, dada la vinculación de los derechos fundamentales con la dignidad humana, "resulta desde el primer momento evidente el trasfondo iusnaturalista que inspira su consagración constitucional -Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Madrid, Tecnos, 2005 (9ª ed.), p. 331.

⁹ *Cfr.* Voto particular del magistrado Díez Picazo a la sentencia del Tribunal Constitucional español (en adelante STC) 34/1981 de 10 de noviembre.

rios y se moverán entre un difuso *iusnaturalismo* y lo que cabría entender como un *derecho de profesores* de aire alemán. Acabará invitando a "acudir a lo que se suele llamar la *naturaleza* jurídica" del derecho en cuestión, cuyo *nomen* y alcance considera "*previos* al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto". Consistiría en un conjunto de "facultades o posibilidades de actuación", sin las cuales acabaría "*desnaturalizándose*, por decirlo así"¹⁰ el derecho en cuestión. No parece que el más ambicioso de los *iusnaturalistas* se considerara en condiciones de ofrecer mucho más...

Parece claro que el Tribunal habrá de apoyarse en un fundamento natural para poder llevar a cabo esta tarea. Cabría restar alcance a tal operación, sugiriendo que no iría más allá de un actuar como si tal fundamento existiese, con un cierto aire de planteamiento trascendental kantiano. Ello tendría sin embargo demasiado caro precio, ya que llevaría a negar al texto constitucional esa rigidez que le da sentido. Si la Constitución, destinada a controlar la actividad de los diversos poderes del Estado, acabara diciendo lo que tales poderes dicen que dice, se habría convertido en papel mojado, sin más utilidad que la de servir de careta ideológicamente legitimadora de lo que ellos tengan por conveniente.

Puestos a pasar de las musas al teatro, vendrá bien acercarnos a un derecho concreto y explorar en qué medida elementos históricos cumplen, o no, un papel relevante en su delimitación y en su práctica operatividad. La intimidad encuentra protección en uno de los derechos considerados de primera generación, lo que brinda ya pistas sobre su temprano reconocimiento. De aceptarse el dogma de que sólo es derecho el derecho positivo, habrá que remitirse a lo que sobre la protección de la intimidad encontramos escrito, a lo largo de cuatro epígrafes, en el artículo 18 CE,

¹⁰ STC 11/1981 de 8 de abril, F.8. Las cursivas son nuestras.

que para empezar "garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen".

El reconocimiento constitucional de los derechos no se limita a subrayar de modo sobrevenido unas facultades ya asumidas; como si se pretendiera delimitar a posteriori el núcleo duro del ordenamiento jurídico. Los derechos subjetivos habían surgido como fruto de una perspectiva iusprivatista, que los reducía a una dimensión patrimonial. Fiel a esa matriz, la libertad resultaba prácticamente identificada con la propiedad. A nadie puede extrañar que se patentase un concepto de persona que no va más allá de habilitar a un sujeto como interlocutor a tales efectos, sin ahondar en el reconocimiento práctico de otras exigencias más profundas radicadas en la dignidad humana.¹¹ Tampoco resultará llamativo que algo tan espiritual como la creación artística acabe configurado, precisamente para garantizarle una máxima protección, como propiedad intelectual y no todavía como derechos del autor.¹²

Sólo decenios después, junto a estas facultades reconocidas para operar en un tráfico jurídico vinculado al manejo y disfrute de las cosas, se pasará a reconocer *derechos* caracterizados como *de la personalidad*¹³ o incluso como *personalísimos*. En esa órbita se moverá el derecho a la *intimidad*, que supera así un inicial entendimiento como *autopropiedad* que llevaba a identificarla con una *privacidad*¹⁴ excluyente *erga omnes*.

¹¹ De ello nos hemos ocupado en *El estatuto jurídico del embrión humano*, en "Biotecnología y posthumanismo" (Jesús Ballesteros y Encarnación Fernández coord.) Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 331-381; trabajo incluido luego en nuestro libro *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* de idéntica editorial.

¹² A ello nos referimos en *Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate*, "Poder Judicial", 1988 (11) pp. 31-86; incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹³ Para P.LUCAS MURILLO DE LA CUEVA resulta obvio el "inicial fundamento iusnaturalista" de estos derechos y su "relación directa con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano -*El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, p.70.

¹⁴ Sobre el desarrollo de la protección de la 'privacy' en el derecho anglosajón: M. GALÁN JUÁREZ, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, Universidad Rey Juan Carlos, 2005, pp. 49 y ss.

La intimidad aparece ya como un derecho inherente a la dignidad humana, merecedor por ello de particular respeto, ya que cualquier menosprecio implicaría que la persona misma resultaría violada. Ejemplo de ello es la protección que el Tribunal Constitucional español, trascendiendo la literalidad del término legalmente *puesto*, reconocerá al domicilio. Irá mucho más allá de la mera localización de un partícipe en el tráfico jurídico, al cobrar particular relevancia la autonomía personal.¹⁵

La repercusión histórica de la entrada en vigor de la Constitución hace que el domicilio deje de ser lo que era. Aunque subsista el término literal, cambiará su significado. Se pone, una vez más, de manifiesto que el derecho no es un conjunto de textos sino el sentido que los mismos pueden, en determinado contexto, acabar cobrando.

La mera letra no nos ayudará a descifrar qué recinto cabe o no entender que tenga naturaleza de domicilio. Desde una perspectiva meramente jurídico-civil no parece que a la habitación de un hotel quepa atribuirle dicho rango. No ocurre lo mismo desde una perspectiva constitucional, cuando la policía registra, sin mandato judicial ni consentimiento de los afectados, las habitaciones ocupadas en un hotel sevillano por dos periodistas.¹⁶

También los condicionamientos medioambientales que puedan afectar a la intimidad domiciliaria acaban cobrando protagonismo. No será ajeno a ello el influjo de una sentencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en recurso formulado contra España. Mientras que el Constitucional español entendió que "la existencia de humos, olores y ruidos no constituían en si una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio", los jueces de Estrasburgo consideraron por el contrario, ante la situa-

¹⁵ *Cfr.* la STC 341/1993 de 18 de noviembre.

¹⁶ El registro se considera inconstitucional, no sin sugerir que "las habitaciones de los hoteles no puedan ser utilizadas también para realizar otro tipo de actividades de carácter profesional, mercantil o de otra naturaleza, en cuyo caso no se considerarán domicilio" —STC 10/2002 de 17 de enero, F.1 y 6 a 8; cursiva nuestra.

ción de la ciudadana que soportaba las consecuencias de una planta depuradora instalada a una decena de metros de su domicilio, algo bien distinto: "los atentados graves al medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio perjudicando su vida privada y familiar, aun sin poner en grave peligro la salud de la interesada".¹⁷

Lo mismo sucederá cuando los ruidos de una discoteca valenciana inviten a integrar la llamada contaminación acústica en el ámbito de protección de la intimidad domiciliaria. La letra constitucional seguirá mostrándose incapaz de dar cuenta por sí sola del dinamismo histórico de las realidades a las que se refiere. Nos encontraremos, en todo caso, ante un elocuente ejemplo de en qué medida la dimensión histórica de un derecho puede, si no dar paso a uno nuevo, aportar al menos novedoso alcance a otro ya existente. El domicilio aparece ahora como un ámbito peculiar y privilegiado de la protección del derecho a la intimidad, no entendido ya como el veto a una "*publicatio* de lo que nos es privado -es decir, de lo que pertenece a nuestra 'privacidad' sino como el derecho a desarrollar nuestra vida privada sin perturbaciones e injerencias externas que sean evitables y no tengamos el deber de soportar".¹⁸

Lo íntimo no será ya lo propio, o lo que el sujeto se ha apropiado, sino un espacio antes moral que físico que marca el despliegue de la dignidad personal, manteniéndola a salvo del conocimiento ajeno. La libertad se empareja ahora de modo decidido con la autonomía personal cuyo respeto había convertido Kant en pieza decisiva de la ética de la Ilustración. A ella y a la dignidad humana que le servía de fundamento, más que a una privacidad de resonancia patrimonial, se vincula ahora la protección de la intimidad. De ahí la relevancia, al delimitar su campo de juego, de aquellos

¹⁷ Traducimos la versión en francés de la sentencia de 9 de diciembre de 1994 sobre el caso *López Ostra c. España*, 15 y 51.

¹⁸ Voto particular concurrente del magistrado Garrido Falla a la STC 119/2001 de 24 de mayo.

aspectos considerados sensibles; lo serán precisamente por su particular conexión con dicho fundamento.

A la hora de calibrar esa sensibilidad, gozará de especial protagonismo todo lo relativo a la dimensión corporal del sujeto, quizá por verse tratado el cuerpo como si constituyera el domicilio de la personalidad.¹⁹ El Tribunal Constitucional, al abordar la protección de la intimidad corporal de un recluso, obligado a realizar flexiones en un registro tras mantener un vis a vis, no dejará de señalar que su ámbito no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque "no es una entidad física, sino cultural".²⁰

Basta dar un repaso a lo ya comentado para vislumbrar en qué medida la autoconvencida afirmación de que sólo debemos considerar como derecho al derecho positivo ha de esclarecerse, desvelando quién, como y cuándo pone realmente el derecho. Si al derecho se lo identifica de modo simplista con un texto legal, parece obvio que cabría considerarlo puesto cuando se promulga la ley. Pero si el derecho radica más bien en el sentido de ese texto, su interpretación, siempre histórica, resultará decisiva para fijar su efectivo alcance. La presunta existencia de una *voluntas legislatoris* de alcance permanente resultará relativizada. Cobra, por el contrario protagonismo la ratio atribuida al precepto, susceptible de brindar interpretaciones diversas, en contacto con una realidad social rebotante de historicidad.

La determinación del sentido de un texto sólo resulta posible si se lo sitúa en determinado contexto. Ello tendrá inmediata repercusión a la hora de determinar los perfiles de lo jurídicamente positivado. Para que la Constitución, o cualquier otro texto jurídico, pueda operar como derecho positivo será preciso recurrir, de modo deseablemente consciente, a un contenido (incluso esencial) no acabadamente explicitado en ella. Todo un mundo

¹⁹ A la "sacralidad de la sede existencial de la persona" llega a aludir, al caracterizarlo, la STC 50/1995 de 23 de febrero, F.5.

²⁰ STC 57/1994 de 28 de febrero, F.5, B).

contextual de valores y conceptos gravitará sobre cualquier interpretación o ponderación, convirtiendo en algo fatua la afirmación de que sólo es derecho el derecho positivo, al ser éste en realidad producto de un *proceso de positivación*.

Es aquí donde el iusnaturalista encontrará fundamento para insinuar que la determinación de los aspectos de la intimidad merecedores de protección obliga a remitirse a la naturaleza de las cosas. E incluso que ésta nos acabará remitiendo a una naturaleza humana entendida en sentido entelequial. Este término suele vincularse a una de las acepciones que nos ofrece el diccionario, que identifica entelequia, en clave irónica, con cosa irreal. Suele ignorarse otra acepción que nos la presenta como "cosa real que lleva en sí el principio de su acción y que tiende por sí misma a su fin propio";²¹ o, en versión quizá más inteligible: "en la filosofía de Aristóteles, fin u objetivo de una actividad que la completa y la perfecciona".²² Lejos de todo planteamiento estático o ahistórico surge así una dimensión teleológica inseparable de la tarea jurídica.

La búsqueda del sentido que, en su relevancia jurídica, haya que atribuir a la intimidad nos lleva a recordar que, tanto en el epígrafe inicial como en el último del artículo 18 CE que comentamos, aparece emparejada con el derecho al honor. Resultará por lo demás imposible dictaminar el efectivo alcance de uno y otra sin dar paso a una ponderación con otros derechos en juego. Esto contrasta con esa ontología cosificadora y ahistórica que invita a abordar el derecho como si se tratara de un objeto acabadamente perfilado. En la medida en que esa ponderación ha de producirse ante casos concretos, el grado de historicidad de esa delimitación práctica de los derechos se verá notablemente resaltado.

²¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española* Madrid, Espasa, 1992 (21ª ed.), t. I, p. 847.

²² En *RoadLingua 2001-2003, Absolute Word*.

No nos encontramos sin duda ante derechos ilimitados, pero tampoco ante derechos acabadamente perfilados que luego haya que limitar cercenando en parte su superficie. Más que imponer límites a algo acabado, tendremos que abordar la delimitación de una realidad, necesitada aún de determinación, al compás del proceso de positivación que la actividad jurídica lleva consigo.²³

Resultan a este respecto esclarecedores los criterios de ponderación que el máximo intérprete de la Constitución va haciendo entrar en escena, al proceder a la mutua delimitación de dos parejas de derechos: la que en el artículo 20 CE ampara a la libertad de expresión y al derecho a dar o recibir información, por una parte, y la compartida por honor e intimidad en el artículo 18, por otra.

Un primer criterio decisivo será el interés general o público que a lo expresado o informado quepa atribuir. Lo que justifica la garantía reforzada de esos derechos es su previsible contribución al enriquecimiento de una opinión pública libre, que sería a la vez condición de ese pluralismo político, reconocido como valor superior de nuestro ordenamiento por el artículo 1.1 CE.²⁴

Como es fácil imaginar, la intimidad compartirá igualmente el juego de este criterio. Sólo un reconocido interés público podrá contrarrestar la capacidad para disponer de la privacidad personal de modo exclusivo. El concepto de interés general cobrará ahora una dimensión peculiar, que

²³ Cuando ello se ignora, como parece ser el caso de J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, el recurso a la ponderación se malinterpreta como una "argucia consolidada por la práctica del Tribunal Constitucional"; o se sugiere que no tiene sentido en un sistema en que el juez es "la voz de la ley"; como si no fuera a la vez la voz de la Constitución -*El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 157 y 159.

²⁴ Ya en una de sus primeras sentencias el Tribunal resalta que "el art. 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidos a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico—política" -STC 6/1981.de 16 de marzo, F.3.

impide identificarlo con el grado de pública curiosidad que determinados hechos o conductas puedan despertar.²⁵ Lo decisivo será su relevancia para generar una opinión pública cuya repercusión ética y política desborda la mera trivialidad. En pocas palabras: no cabe identificar interés público con interés del público. No tendría justificación que se inflingiera una lesión al honor o la intimidad sin más apoyo que el carácter noticioso que predomina en la actual degradación de las tareas de información o comentario.

El llamado caso Preysler, que acabaría enfrentando al Tribunal Supremo con el Tribunal Constitucional, resultará arquetípico al respecto. La publicación de unas declaraciones de quien convivió años con ella, trabajando en su hogar como niñera, abrirán un ajetreado debate judicial. La vulneración de su intimidad se certifica en primera instancia y en la apelación ante la Audiencia Provincial, que duplicará la cuantía de la indemnización inicialmente establecida, elevándola a diez millones de las pesetas entonces en curso. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, nos hallaríamos sólo ante "chismes de escasa entidad" que no afectarían a la reputación y buen nombre de la recurrente. A ello añadirán los editores que se trataba de aspectos de "interés general, por cuanto se referían a una persona con proyección pública" y, que "su veracidad no ha sido cuestionada". El Tribunal Constitucional entenderá que si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado "en el ámbito que el sujeto se ha reservado" por propia decisión, al no haberse acreditado el preceptivo interés general de la información aportada".²⁶

La intimidad hace referencia a la custodia de lo privado, mientras el honor remite a un exigible reconocimiento ajeno. La confusión surgirá

²⁵ Como "concepción empirista del interés público" califica a esta última T. de DOMINGO, al rechazarla: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 191.

²⁶ STC 115/2000 de 5 de mayo, F. 7 y 9.

cuando la exhibición de un aspecto personal provoca precisamente un menoscabo de ese reconocimiento. La protección del honor ha de tener en cuenta otro criterio, que resultaría, como veremos, irrelevante en relación a la intimidad. Lo protegido por el artículo 20 CE no es cualquier tipo de información, sino aquella que merezca ser considerada veraz.

No se tendrá por tal de modo exclusivo a la que se apoye en una efectiva verificación de su contenido, ya que la verdad informativa, como —desde diverso punto de vista— la verdad procesal, no podrá fácilmente aspirar a verse identificada con la efectiva realidad de lo que se pretende narrar o evaluar.²⁷ Para que la información se considere revestida de esa veracidad que justifica su protección, se exigirá solamente que quien la difunde haya puesto una razonable diligencia para contrastar su contenido, sin limitarse a hacerse eco de meros rumores o conjeturas.

No tendría mucho sentido extender este criterio a la protección de la intimidad, ya que, si los datos o hechos difundidos no son reales, lo único que de ello se derivaría es que la intimidad no habría sido realmente vulnerada. Asunto distinto es en qué medida esa atribución de falsos hechos o datos pudiera acabar constituyendo una lesión para el honor del interesado.

La dimensión hermenéutica de la delimitación de los derechos rebosa pues historicidad; tanto al permitir solventar aparentes conflictos o colisiones, como cuando se esfuerza por deslindar su ámbito de juego, respecto al de otros derechos tan vecinos que más bien pueden parecer reduplicativos.

La cuestión que nos ocupa no acaba, sin embargo dilucidándose como si nos halláramos emplazados ante un dilema que obligara a optar por lo

²⁷ El Tribunal recordará cómo a efectos de su protección la referencia al carácter objetivo de la información, como condición de ésta, intentó incluirse en el anteproyecto de la Constitución, pero "fue excluida conscientemente del texto definitivo del art. 20", por lo que su exigencia supondría estar "estableciendo un requisito adicional que la Constitución no ha previsto" —STC 171/1990 de 12 de noviembre, F.9.

natural o lo histórico. Al fin y al cabo los aspectos existenciales no condenan a asumir un planteamiento relativista, sino que expresan la cotidiana actualización de rasgos esenciales. Así ocurrirá con el derecho a la intimidad.

Se asumirá con gran naturalidad que la delimitación de lo que debe permanecer como íntimo o privado, o los aspectos que quepa considerar desde tal punto de vista como sensibles, dependerán de pautas culturales.²⁸ Constataremos también que, como cada uno es cada uno, podrá la relevancia pública del sujeto justificar un grado de protección jurídica de su intimidad diverso de la del ciudadano de a pie.²⁹ No implicará dicha desigualdad de trato discriminación alguna, al apoyarse en un fundamento objetivo y *razonable* capaz de descartarla.

La justificación de este trato desigual podrá igualmente dar pie a que entre en juego el primer atisbo de un tercer elemento, que no es ya tanto *autopropiedad* o *autonomía* sino *autodeterminación*. Surge al no excluirse la posibilidad de un voluntario desvelamiento de la propia intimidad, en ejercicio de la disponibilidad sobre el espacio íntimo protegido. A la hora de privar del conocimiento o atención a lo íntimo, cabrá establecer por propia voluntad excepciones, de modo gratuito o no; sin perjuicio, como es lógico, de la consideración moral que tal actitud merezca.

Limitaciones de la intimidad o incremento de su protección podrán venir, por otra parte, justificadas por la existencia de relaciones familiares, que condicionan pero también enriquecen el despliegue de la propia liber-

²⁸ STC 231/1988 de 2 de diciembre, F.3.

²⁹ "El derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad" -STC 171/1990 de 12 de noviembre, F.5, que se ocupa de las informaciones difundidas por dos medios de comunicación diversos en relación a hechos idénticos, relativos a un accidente aéreo en el monte Oiz.

tad. De ahí que junto a la intimidad personal merezca también ser garantizada una intimidad familiar, con pluralidad de sujetos.³⁰

La alusión a la intimidad familiar, presente también en las vicisitudes generadas por la rueda de prensa de la actriz Sara Montiel para hacer pública su decisión de adoptar un hijo,³¹ cobrará un inesperado sesgo argumental cuando se la utiliza en favor de las aspiraciones de inmigrantes residentes en España de lograr un *reagrupamiento familiar*. El debate producido, con ocasión de recursos presentados contra la reforma de la ley de extranjería, llevará a plantear tanto el fundamento real y objetivo de algunos derechos como la dimensión histórica que su despliegue hermenéutico lleva consigo.

La dignidad humana se convierte en eje del entrecruce de argumentos, lo que llevará a cuestionar el muy extendido tópico que atribuye a los planteamientos iusnaturalistas una querencia conservadora, mientras que las actitudes progresistas tenderían a identificarse con el positivismo jurídico. Serán precisamente magistrados considerados conservadores los que afirmen en voto particular que la apelación a la dignidad humana como fundamento de los derechos no resulta consistente, utilizada con la generalidad con que lo hace la sentencia. Los considerados progresistas defenderán por el contrario la existencia de derechos "pertencientes a las personas en cuanto tal". Reconocerán que precisar que derecho pertenece o no a ese grupo ofrece algunas dificultades, ya que "todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana". Es obvio pues que hablan de la dignidad humana como de una realidad objetiva racionalmente cognoscible; en caso contrario difícilmente podrían

³⁰ En el llamado *caso Paquirri*, la difusión de las imágenes del torero herido de muerte, captadas en la enfermería de la plaza de Pozoblanco "vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar", no del torero sino "de la señora Pantoja, viuda del señor Rivera" -STC 231/1988 de 2 de diciembre, F.10.

³¹ Se ocupó del caso la STC 197/1991 de 17 de octubre.

considerarla como "un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes, incluido el legislador".³²

Al plantearse si existen derechos universales, habría que preguntarse: ¿con fundamento en qué universal derecho positivo? Si es el parlamento de turno el que positiva y convierte con ello en jurídica lo que antes sólo era exigencia moral, ¿no es esto precisamente lo que había hecho la reforma legal? Cabría aducir que tal fundamento lo podremos encontrar, acudiendo al texto positivo de nuestra Constitución y de los tratados internacionales a que remite. Puede que sea cierto; sobre todo, si manejamos dichos textos como una misteriosa bola de cristal, capaz por sí sola de hacer explícito lo implícito, ahorrando no poco debate.

La dimensión histórica de la delimitación de los derechos nos invitará, en todo caso, a regresar al pasaje constitucional que nos ocupa, para determinar el alcance del epígrafe cuarto del comentado artículo 18: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". Nos encontramos ante la aparente indicación de una posible fuente de amenazas, de la que se pronostica una particular incidencia.³³ No se recoge pues un nuevo derecho, sino el anuncio de la previsible necesidad de limitar determinadas conductas ajenas, con aires de garantía instrumental.

La alusión trasluce una vanguardista sensibilidad histórica, al anticiparse a posibles vulneraciones derivadas del "uso de la informática".³⁴ La histo-

³² SSTC 236/2007 de 7 de noviembre y 260/2007 de 20 de diciembre, F.3 y voto particular; cursiva nuestra.

³³ Esto lleva incluso a que se plantee la posible aplicación a la intimidad de la polémica categoría procesal del "interés difuso". M. POZA CISNEROS, *Agresiones penales al honor y a la intimidad* en Consejo General del Poder Judicial "Intereses difusos y derecho penal", Cuadernos de Derecho Judicial 36/1994, pp. 147-206; citamos por la versión en CD (edición 2004), "Cuadernos y estudios de derecho judicial", Código CP943606.

³⁴ Los derechos afectados no son fácilmente previsible. Ni siquiera la tutela judicial efectiva del artículo 24 quedará a salvo, ya que el 'corta y pega' puede provocar, mediando "una jugarreta del ordenador", que en una sentencia los antecedentes no tengan relación alguna con los fundamentos jurídicos. M. JIMÉNEZ DE PARGA, *La refundamentación del ordenamiento jurídico*, "Persona y Derecho", 2001 (44), p. 19.

ricidad, en efecto, no lleva consigo sólo la inevitable gravitación del pasado sobre el presente; se pone también particularmente de relieve en la capacidad de anticiparse al futuro, situándose en un escenario aún inédito. Nuestro texto constitucional presume de modernidad, al mostrarse sobre aviso respecto a la situación de riesgo en que la informática acabará situando al derecho a la intimidad.

La verdad es que, si se hubiera en 1978 intentado anticipar un elenco de esas posibles vulneraciones, su resultado invitaría hoy a la sonrisa.³⁵ Por entonces las alusiones a lo que hoy conocemos como Internet, andaba todavía por los dominios de Julio Verne, Aldous Huxley o George Orwell. Una vez más, la historia actualizará los contenidos esenciales de un derecho, pero esta vez en grado tal que llega a plantearse si nos encontramos ante una variante del ya existente, o si asistimos más bien al descubrimiento de un nuevo derecho.

Dos años después de la promulgación de la Constitución española, el 28 de enero de 1981, había surgido el Convenio del Consejo de Europa sobre protección de datos personales. Cinco años más tarde un ciudadano solicitará del entonces Gobernador Civil de Guipúzcoa lo casi textualmente previsto por su artículo 8: "Que se me comunique si la Administración del Estado o cualquier organismo de ella dependiente dispone de ficheros automatizados donde figuren más datos de carácter personal. Que en caso afirmativo se me indique la finalidad principal de dichos ficheros...".

La respuesta no dejará de ser elocuente: lo que el Tribunal acaba caracterizando como un "pertinaz silencio del Gobernador civil, primero, y

³⁵ Se trata de un sector de actividad en el que la necesidad de "promover, como fuese, la competencia con la entrada de nuevos operadores, ocultó la realidad de lo poco que sabemos sobre el futuro" -GARIÑO ORTIZ en su Presentación a la obra por él dirigida *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas*, Granada, Comares, 2003, p. XII.

del Ministro del Interior luego". En boca cerrada no entran moscas; qué menos, ante la insólita pretensión de algo que, como recuerda en reticente voto particular su entonces Presidente, "no estaba ni siquiera implícito en el Convenio de Roma".³⁶

La hipótesis de que haya nacido una nueva criatura jurídica llega a cobrar aires de bautizo; no faltará ni la polémica sobre qué nombre ponerle. Se propone, para empezar, el de *libertad informática*. En cualquier caso, no consistirá ya en la "libertad de negar información" sobre los propios hechos privados o datos personales; se tratará más bien de "la libertad de controlar el uso de esos mismos datos insertos en un programa informático". Para entendernos, en analogía con el archiclásico *habeas corpus*, estaríamos ante lo que ahora "se conoce con el nombre de *habeas data*".³⁷

El recurso que el defensor del pueblo planteará contra la ley que, sin saberlo, está desarrollando el incipiente derecho refleja el auténtico festival terminológico existente. Alude a cómo el texto legal permite que se imponga un límite al derecho fundamental a la *autodeterminación informativa* reconocido en el art. 18.4; ello no le impide luego presentar "la facultad de consentir sobre la cesión de *datos personales*" como una "garantía necesaria del derecho a la *intimidad* de su titular".³⁸

La tesis del reconocimiento de un nuevo derecho se abre paso. Se produce, para empezar, un cambio notable en los elementos identificadores de los bienes jurídicos protegidos. El cuerpo pierde su protagonismo. Pasa a ser considerado como un soporte personal históricamente desfasado, que —en el contexto de un curioso *matrix* jurídico— ha de ceder el paso a un

³⁶ STC 254/1993 de 20 de julio, A.2.a), F.3 y voto particular del magistrado Rodríguez-Piñero.

³⁷ STC 254/1993 de 20 de julio, A.5. El Tribunal se hará eco en el F.7 de esta argumentación del Fiscal.

³⁸ STC 292/2000 de 30 de noviembre, A.2 a) y F.1 y 2.

nuevo soporte instrumental, de componente informático³⁹, que se convierte en un ámbito particularmente relevante de la protección de la persona. De ahí que el contenido del nuevo derecho se haya convertido en incondicionado, ampliándose de modo casi ilimitado.

La mutación no acaba ahí. De la preocupación por el *pudor* se ha pasado al control del *poder*. En efecto el derecho emergente, por más que se lo pretenda etiquetar como *libertad*, se configura sin remilgos como un *poder*. Al fin y al cabo, en nuestras sociedades se había impuesto el tópico de que información es poder. El ciudadano se sustrae ahora de las amenazas que de ello puedan derivar, asumiendo a su vez otro poder: someter a control todos los datos personales de los que ciudadanos privados o poderes públicos puedan disponer.

Se produce en paralelo otra sustitución fácil de advertir. El tránsito de la primera a la segunda generación de los derechos había marcado ya la insuficiencia de la lucha por las libertades, si no se ve acompañada de una lucha por las igualdades. Ello no se reflejará sólo en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, sino que se va produciendo ese *paso de la libertad a la igualdad*, al determinar el centro de gravedad de la dinámica histórica de no pocos derechos. El empeño por dejar espacio a la libertad se verá sustituido por el afán de garantizar la *no discriminación*. El problema no gira ya en torno a las libertades propias, sino a decisiones ajenas que pueden repercutir sobre ellas.

El Tribunal, consciente de vivir un momento histórico, levanta acta de que nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como respuesta a una amenaza concreta a la dignidad y a los derechos

³⁹ La filosofía jurídica se ha sentido atraída por este problema también en sentido inverso, evaluando aportaciones de ciencia-ficción; por ejemplo, las reflexiones de R.ALEXY sobre "Data y el concepto de persona" incluidas por A. GARCÍA FIGUEROA en *Star Trek y los derechos humanos*, Valencia, Tirantlo Blanch - Ministerio de Cultura, 2007, pp. 94 y ss.

de la persona; y resaltará que lo ha hecho de forma no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales.⁴⁰ Se apostillará: "el pueblo español, igual que el norteamericano, conserva más derechos que aquéllos enumerados en la Constitución"; unos "derechos no-escritos", por si alguien quisiera pistas sobre el fundamento natural de lo que históricamente ha salido a la luz.⁴¹

El Tribunal nos dirá que "la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos" radica "en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran". La singularidad del derecho a la protección de datos radicará en que "su objeto es más amplio que el derecho a la intimidad". En concreto, amplía la garantía a los datos relevantes para el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales, y no sólo a los relativos al honor, la ideología o la intimidad personal y familiar.⁴²

Es evidente que lo así configurado es un *derecho-prestación*. Surge así un problema típico de las nuevas generaciones de derechos: en qué medida los poderes públicos podrán escatimar tal prestación amparándose en la escasez de recursos. Aunque nazcan nuevos derechos, no parece claro que lo hagan con un pan debajo del brazo. La respuesta del Tribunal Constitucional será drástica: el que un determinado órgano administrativo disponga, o carezca, de los medios materiales o de las atribuciones competenciales precisos no sirve para discernir los derechos de un ciudadano.⁴³

Los llamados derechos fundamentales tendían inicialmente a consistir en una inhibición estatal, nada costosa económicamente. Los *derechos* que

⁴⁰ STC 254/1993 de 20 de julio, F.6.

⁴¹ Voto particular del Magistrado Jiménez de Parga, a la STC 290/2000 de 30 de noviembre, al que se adhiere el magistrado Mendizábal Allende, epígrafes 1 a 3.

⁴² STC 292/2000 de 30 de noviembre, F.4 a 7.

⁴³ STC 254/1993 de 20 de julio, F.3.

proyectan los llamados *principios* rectores de la política social y económica se ven, por el contrario, vinculados al *carácter optimizador* atribuido a los *principios* jurídicos⁴⁴, supeditados siempre a los recursos disponibles.

Esta ajetreada trayectoria invita a replantear los puntos de vista manejados doctrinalmente para explicar el dinamismo de los derechos. Resulta poco viable intentar mantener el planteamiento del positivismo legalista⁴⁵ según el cual no hay más derechos que los llamados *derechos subjetivos*, fruto de una incondicionada creación del legislador. Los derechos nacen y se desarrollan también *ante o praeter legem*, gracias a la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia constitucional.

Cabría de nuevo apuntar que la Constitución no es sino la primera norma jurídico-positiva; pero resulta claro que ni la fundamentación de la Constitución ni la delimitación de sus contenidos, cabe en modo alguno remitirla a una norma positiva previa. El fundamento de estas interpretaciones remite más bien a una, confesada o no, naturaleza de las cosas, que sirve de contexto al texto constitucional y lo dota de sentido. Con ello va entrando en juego (y parece más deseable que ocurra consciente y reflexivamente...) una determinada concepción del hombre y de sus relaciones con sus iguales dentro de la convivencia social; es decir, una determinada concepción de lo justo, frecuentemente alumbrada ante casos históricos y concretos.

De cualquier manera, esta alusión a la *naturaleza de las cosas* no resulta identificable con un *derecho natural* entendido al margen de toda historicidad. Hace ya decenios se puso de relieve en un trabajo que por su

⁴⁴ Para L. PRIETO SANCHÍS, esta "rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial -*Tribunal Constitucional y positivismo jurídico*, "Doxa" 2000 (23), p.173.

⁴⁵ A. E. PÉREZ LUÑO ha analizado cómo afecta a los sistemas jurídicos "la erosión de las categorías teóricas con que fueron elaborados por el positivismo jurídico formalista" -*Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional*, "Teoría y realidad constitucional", 2007 (20), p.508.

interés consideré oportuno traducir.⁴⁶ En el marco de la hermenéutica existencial posheideggeriana, que encontró en Hans Georg Gadamer su principal valedor,⁴⁷ la interpretación de las normas jurídicas deja de considerarse como una operación terapéutica, destinada a solventar deficiencias patológicas (originarias o sobrevenidas) de los textos legales. Si las normas jurídicas existen (cobran sentido) es gracias a esa ineliminable dimensión hermenéutica. No será muy distinta la situación en lo que a los *derechos* se refiere; ello nos llevará a asumir sin escándalo la inseparable *dimensión existencial* de su *contenido esencial*.

En diálogo con mis alumnos suelo plantearles, por aquello de la ironía y la mayéutica, la aparente viciosa circularidad que rodea a cualquier intento de fundamentar derechos. Si, por una parte, la justicia consiste, según la definición clásica, en dar a cada uno su derecho, difícilmente podremos ser justos si no conocemos de antemano cuáles son los derechos de unos y otros, para poder así reconocérselos. Si nos preguntamos, por otra parte, qué es lo suyo de cada uno, o a qué tiene derecho cada cual, nos será imposible dar una respuesta sin partir (mejor consciente que inconscientemente...) de una determinada concepción de la justicia.⁴⁸

El trabalenguas se despeja relativamente, si no olvidamos que en el primer caso hablamos en clave *moral* de la *virtud subjetiva* de la justicia, mientras en el segundo nos estamos refiriendo en términos *jurídicos* a una *justicia objetiva* de relevancia ontológica. Como señalaba su versión aristotélica, la justicia es la única virtud cuyo decisivo término medio no radica en la *actitud* del sujeto sino en la *realidad* misma de las cosas. En ella pues habrá que buscarlo.

⁴⁶ Arthur KAUFMANN, *Entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica* "Anales Cátedra Francisco Suárez", 1977 (17) pp. 351-362.

⁴⁷ Cfr. sobre todo *Wahrheit und Methode*, Tübingen, Mohr, 1960, de la que me he ocupado más de una vez desde 1973: *Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*, Madrid, Editora Nacional, pp.21 y ss. así como 44 y ss.

⁴⁸ De uno y otro aspecto me he ocupado en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 66-69 y 256.

Ni así, sin embargo, quedará resuelto el problema, ya que tal justicia objetiva no se nos ofrece acabadamente hecha, sino que sólo verá completados sus perfiles como resultado de ese *hacer justicia* en que consiste toda actividad jurídica, entendida como cauce racional de una auténtica filosofía práctica.⁴⁹ Ésta se despliega como fruto de dictámenes de razonabilidad y proporcionalidad. La actividad de protección práctica de los derechos colabora así paradójicamente a su fundamentación teórica.

En consecuencia la dimensión histórica de la delimitación de los derechos no es ninguna insólita circunstancia, presente sólo en las raras ocasiones en que vemos nacer un nuevo derecho. Expresa de modo cotidiano y menos espectacular la dimensión histórica que toda actividad jurídica lleva consigo y que, lejos de invitar a una negación de la posibilidad de contar con esenciales elementos jurídico-naturales, se convierte en la vía habitual de su indispensable positivación existencial.

Al fin y al cabo la grandeza, moral y política, de la tarea de hacer justicia radicarán en que el *jurista* cobre conciencia de su *responsabilidad*, comprometiéndose en el esfuerzo cotidiano por *lograr una positivación que no desnaturalice los derechos humanos*.

⁴⁹ Me remito, una vez más, a *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, ahora pp. 256-258.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA METROPOLITANA

MORAL
y
DERECHO

Doce ensayos filosóficos

Dulce María Granja Castro
Teresa Santiago Oropeza
Coordinadoras



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN



**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO

C600

M672m

Moral y derecho : doce ensayos filosóficos / coordinadoras Dulce María Granja Castro y Teresa Santiago Oropeza ; [la compilación de esta obra estuvo a cargo de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa ; presentación Ministro Juan N. Silva Meza ; Proemio Dr. Enrique Fernández Fassnacht]. -- México : Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, 2011. liv, 413 p. ; 24 cm.

ISBN 978-607-468-295-3

1. Derecho – Moral – Ensayos 2. Decisiones judiciales 3. Derecho a la intimidad personal 4. Protección de datos personales 5. Derechos humanos 6. Principio de dignidad humana 7. Derecho a la vida 8. Derecho de Guerra 9. Guerra justa 10. Conflictos armados 11. Intervención humanitaria 12. Doctrina Kant 13. Filosofía del Derecho 14. Derecho a la revolución 15. Derecho natural 16. Ética 17. Ontología I. Granja Castro, Dulce María, coord. II. Santiago Oropeza, Teresa, coord. III. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa, comp. IV. Silva Meza, Juan Nepomuceno, 1944- , prol. V. Fernández Fassnacht, Enrique, prol.

Primera edición: mayo de 2011

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

D.R. © Universidad Autónoma Metropolitana
Unidad Iztapalapa
Avenida San Rafael Atlixco núm. 186
Colonia Vicentina, Delegación Iztapalapa
C.P. 09340, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Impreso en México
Printed in Mexico

La compilación de esta obra estuvo a cargo de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Iztapalapa.

Su edición y diseño estuvieron al cuidado de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.