

DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD AL PODER DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES.

EXIGENCIAS JURÍDICO-NATURALES E HISTORICIDAD EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Andrés Ollero Tassara*

En España, el debate sobre la posible fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos cobra fuerza tras promulgarse la Constitución de 1978, 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 nuestra Constitución. No en vano se llamará la atención, desde el propio Tribunal Constitucional, 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.

Los esfuerzos del Tribunal Constitucional por dar paso a un concepto de contenido esencial lo menos esencialista posible no dejan de ser meritorios, y se moverán entre un difuso *iusnaturalismo* y lo que cabría entender como un *derecho de profesores*, de aire alemán. Acabará invitando –en la STC 11/1981 de 8 de abril,

* Resumen del Discurso de Ingreso leído en la Sesión Pública del día 18 de noviembre de 2008.

F.8— 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” el derecho en cuestión. No creo que el más ambicioso de los iusnaturalistas se considerara en condiciones de ofrecer mucho más...

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 nos 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 de nuestra Constitución, que, para empezar, “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”.

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. 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*, o incluso como *personalísimos*. En esa órbita se moverá el derecho a la intimidad, que supera así un entendimiento como *autopropiedad* que llevaba a identificarla con una privacidad excluyente *erga omnes*.

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. De ahí la relevancia, al delimitar su campo de juego, de aquellos 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. 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 —en la STC 57/1994 de 28 de febrero— que considera el cuerpo no como “una entidad física, sino cultural”.

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 determinación del sentido de un texto sólo resulta posible si se lo sitúa en determinado *contexto*. Esto convierte en algo fatua la afirmación de que sólo es derecho el derecho positivo, al ser éste en realidad producto de un *proceso de positivación*.

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

Limitaciones de la intimidad o incremento de su protección pueden venir justificados por la existencia de relaciones familiares, que condicionan pero también enriquecen el despliegue de la propia libertad. De ahí que, junto a la intimidad personal, merezca también ser garantizada una intimidad familiar con pluralidad de sujetos. La alusión a la intimidad familiar cobrará, sin embargo, 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 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 a la STC 236/2007 de 7 de noviembre— 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 “pertenecientes a las personas en cuanto tal”. Reconocerán que precisar qué 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 considerarla como “un mínimo invulnerable que se impone a todos los poderes, incluido el legislador”.

Al plantear si existen derechos universales, habría que preguntarse con fundamento en qué universal *derecho positivo*... 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. 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 verdad es que, si en 1978 se hubiera intentado anticipar un elenco de esas posibles vulneraciones, su resultado invitaría hoy a la sonrisa. Por entonces, las alusiones a lo que hoy conocemos como *internet* andaba todavía por los dominios de Julio Verne. 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.

La hipótesis de que haya nacido una nueva criatura jurídica llega a cobrar aires de bautizo; no falta ni la polémica sobre qué nombre ponerle. Se propone, para empezar, el de *libertad informática*. El recurso del Defensor del Pueblo contra la ley que lo desarrolla —del que se ocupará la STC 292/2000 de 30 de noviembre— refleja el auténtico festival terminológico existente. Alude a cómo la ley permite que se imponga un límite al derecho fundamental a la *autodeterminación informativa* reconocido en el art. 18.4, pero 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”.

La tesis del reconocimiento de un nuevo derecho se va abriendo 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 nuevo soporte instrumental de componente informático.

La mutación no acaba ahí. 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 ha impuesto el tópico de que información es poder. El ciudadano se sustrae de las amenazas que de ello puedan derivar asu-

miendo, a su vez, otro poder de 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: un *paso de la libertad a la igualdad*, al determinar el centro de gravedad de los 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, levantará acta —en la STC 254/1993 de 20 de julio— de que nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, resaltando que lo ha hecho de forma no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales. El magistrado Jiménez de Parga 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 pis-tas sobre el fundamento natural de lo que históricamente ha salido a la luz.

El Tribunal, estimulado por el Defensor del Pueblo, señalaría 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”. 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.

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 legalista, 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. El fundamento de estas interpretaciones remite 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. Si las normas jurídicas existen (cobran sentido), es gracias a su 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.

Ni así, sin embargo, queda resuelto el problema. Tal justicia objetiva verá completados sus perfiles como resultado de ese *hacer justicia* en que toda actividad jurídica consiste. 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; se expresa de modo cotidiano y menos espectacular como vía para la positivación existencial de esenciales elementos jurídico-naturales. 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.