

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

Exigencias jurídico-naturales e historicidad
en la jurisprudencia constitucional



REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

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

**Exigencias jurídico-naturales e historicidad
en la jurisprudencia constitucional**

DISCURSO DE RECEPCIÓN DEL ACADÉMICO DE NÚMERO

EXCMO. SR. D. ANDRÉS OLLERO TASSARA

**SESIÓN DEL DÍA 18 DE NOVIEMBRE DE 2008
MADRID**

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



El artículo 42 de los Estatutos de esta Real Academia dispone que, en las obras que la misma autorice o publique, cada autor será responsable de sus asertos y opiniones. La Academia lo será únicamente de que las obras resulten merecedoras de la luz pública.

© Real Academia de Ciencias Morales y Políticas
Plaza de la Villa, 2
28005 Madrid

Coordinador de la publicación: Fernando González Olivares

Diseño y realización: Bravo Lofish
Impresión: Litofinter

ISBN: 978-84-7296-316-0

Depósito legal: M- -2008

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD AL PODER DE CONTROL SOBRE LOS DATOS PERSONALES	
Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional	15
Derechos naturales o positivos	18
El contenido esencial de los derechos	25
I ENTRE PROPIEDAD Y DIGNIDAD	31
Intimidad como autopropiedad	33
Intimidad: donde la dignidad encuentra domicilio	38
Sede existencial de la persona	42
Acústico allanamiento de morada	45
Intimidad y libertad ideológica	49
El cuerpo como recinto personal	53
La dura lucha contra droga y alcohol	59
II LA DELIMITACIÓN DE LA INTIMIDAD	63
Intimidad y honor	65
La ponderación delimitadora del honor como punto de referencia	69
Dónde comienza el honor y termina la intimidad	76
Carrusel de ponderaciones	79
Éramos pocos... intimidad y derecho a la imagen	83
Intimidad y secreto de las comunicaciones	91
Veracidad: requisito o presupuesto	94

III	CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA INTIMIDAD	97
	Contenido esencial y pautas culturales	99
	El sujeto y sus circunstancias	104
	Intimidad disponible	108
	Dimensión familiar de la intimidad	112
	Excurso obligado: ¿derechos humanos universales o nacionales?	117
	Intimidad en las relaciones laborales	121
	Informática e <i>intimidad económica</i>	122
	¿Intimidad política?	131
IV	NUEVO CAMBIO DE PARADIGMA	135
	Intimidad como poder	137
	Excurso inevitable: Supremo y Constitucional celosos de su intimidad	141
	El bautizo de un nuevo derecho	147
	¿Intimidad como derecho de prestación	155
	El derecho fundamental a la protección de datos personales	157
	De la libertad a la no discriminación	161
	Se consolida el nuevo derecho	165
V	EXIGENCIAS JURÍDICO-NATURALES E HISTORICIDAD	169
	El dinamismo histórico de los derechos	171
	Dimensión hermenéutica de la naturaleza de las cosas	176
	DISCURSO DE CONTESTACIÓN	181

INTRODUCCIÓN

Señor Presidente,
Señores Académicos

Hace más de cuarenta años que crucé por vez primera los umbrales de esta docta Casa. Me traían a ella los trabajos de elaboración de mi tesis doctoral, dedicada a la tarea filosófica y socio-política de uno de los más ardorosos protagonistas de sus debates decimonónicos: el jiennense Juan Manuel Ortí y Lara. Antiguo alumno, como Giner de los Ríos, del granadino Colegio Mayor de San Bartolomé y Santiago, se convirtió en incansable debelador del krausismo que aquél acabaría encauzando. Me facilitó el acceso a ella otro Académico, para mí particularmente entrañable, más incluso de lo que nuestro parentesco ya justificara: Carlos Ollero Gómez, cuyo buen sentido, finura intelectual y aguda ironía tanto me acompañaron a lo largo de mi trayectoria universitaria.

Al evocar aquella primera visita, surge un primer motivo de agradecimiento por el generoso regalo que con vuestra elección como miembro de esta Real Academia me habéis brindado. El prestigio de esta Casa la convierte en valiosa eventualidad para cualquiera que haya hecho de la actividad académica el escenario preferido de su actividad. Esa ilusión se fue acrecentando en jugosos encuentros con Académicos ya desgraciadamente desaparecidos, de los que me consta hubieran considerado cosa propia un acto como el de hoy. Me refiero a Iñigo Cavero Lataillade, compañero de escaño en su última legislatura, que para mí sería la primera; en nuestra postrera conversación, en su despacho de la Presidencia del Consejo de Estado, me invitaba a soñar en un momento como éste, sólo una semana antes de dejarnos privados de su afable humanidad. También he de recordar inevitablemente a Antonio Truyol Serra, cuya valiosa *Historia de la filosofía del derecho y del Estado* ofició de salvavidas en mis primeros escarceos docentes; a Francisco Murillo Ferrol, de cuyo ejemplo universitario e ingenioso recurso a la paradoja pude disfrutar, entre clase y clase, en la hoy desaparecida sala de profesores de la Facultad de Derecho granadina; a Antonio Millán Puelles, andaluz integral a prueba de profundidades

metafísicas; al entrañable Rafael Termes, que a tantos de los presentes ilustró sobre mis presuntas virtudes, e incluso, ya con estas cuartillas a medio terminar, a Leopoldo Calvo Sotelo, que llegó a participar en la elección que, tan sin méritos propios, hoy aquí me trae.

A todos ellos evoco hoy de modo especial porque su recuerdo me ayuda a la vez a constatar un segundo motivo de agradecimiento, de más calado aún que el anterior. Si el prestigio de esta Casa es siempre innecesaria dádiva, lo es más aún para mí su principal correlato: la posibilidad de disponer de feliz motivo para el periódico encuentro y abierto diálogo con compañeros como vosotros, a las que por tantos motivos de rigor intelectual y de ejemplaridad pública vengo admirando personalmente desde hace años.

De ahí mi doble agradecimiento a todos, y de manera muy particular a nuestro hoy Presidente Sabino Fernández Campo y a los profesores Juan Velarde Fuertes y Dalmacio Negro Pavón, que tuvieron a bien formular la propuesta en su día refrendada por el Pleno.

A quien, paradójicamente, no tuve la fortuna de conocer de modo personal fue al último Académico que prestigió la medalla que hoy se me ofrece. Cabría achacarlo, más que a distancia generacional o al poco habitual amplio espacio de sede vacante transcurrido, a mi condición de universitario provinciano durante las décadas en que él fuera protagonista de la vida cultural y política de nuestro país. Esta falta de coincidencia directa fue, sin embargo, suplida con creces por su frecuente presencia en conversaciones con amigos comunes, que no dejaban de ensalzar su incansable curiosidad intelectual, su inagotable capacidad de trabajo, su pasión por la música, su exquisito trato o sus dotes de sugerente conversador. Alfonso García-Valdecasas dejó constancia, al contestar a su discurso de ingreso, de la “vocación viajera”, el “peregrinaje” por museos y monumentos y la asidua visita a librerías y anticuarios que habría heredado de su padre.

En todo caso, experimento el lucro cesante derivado de la ausencia de ese contacto directo, que para mí tan enriquecedor habría resultado; porque el otro, no menos personal aunque indirecto, provocado por la lectura de sus incisivos ensayos nunca faltó. Recuerdo de modo especial el interés suscitado por sus reflexiones de 1965 sobre *El crepúsculo de las ideologías*, que abordé con curiosidad juvenil, atraído por el eco que habían despertado, al presentárselas paradójicamente como el más esforzado intento ideológico formulado desde el ámbito de los discutidos ‘tecnócratas’.

Aunque de familia oriunda por vía paterna de Reinosa y afincada en Valladolid, y por vía materna astur-galaica, como nieto de Alejandro Mon y Landa, diputado por Pontevedra a lo largo de treinta y ocho años, Gonzalo Fernández de la Mora, hijo de auditor militar, nacería en Barcelona el 30 de abril de 1924. Alumno del madrileño Colegio del Pilar, concluiría los estudios de Bachillerato en Galicia, donde se encontraba en julio de 1936, por lo que realizaría el Examen de Estado en la Universidad de Santiago de Compostela, con premio extraordinario.

Cursó Derecho en el viejo caserón madrileño de San Bernardo, a la vez que llevaba también adelante los estudios de Filosofía, licenciándose con premio extraordinario a los 20 años de edad. A los 23 ingresa por oposición en la carrera diplomática. Ya con apenas 19 años había ofrecido su primera publicación, titulada *Paradoja*. A los 25 ve la luz su estudio sobre *Maquiavelo y los tratadistas españoles de la Contrarreforma*, y al año siguiente es destinado a Alemania, lo que le facilitará un profundo contacto con sus filósofos. La metafísica de Zubiri y el “correlacionismo” de Amor Ruibal serán, por otra parte, sus puntos de referencia españoles. A los 37 años logra el Premio Nacional de Ensayo con su estudio sobre *Ortega y el 98*. Al año siguiente será enviado a Grecia, lo que le abre de nuevo un riquísimo escenario cultural. A su regreso, emprende una incansable tarea de crítica literaria que acabará plasmada en siete volúmenes, encabezado por el titulado *Pensamiento español 1963*, al que seguirían, hasta 1970, *Crítica y Patética*, *Crítica y certeza* y tantos otros. Pueden añadirse a ello sus reflexiones sobre *La partitocracia* o el libro *La envidia igualitaria*. En 1983 funda la revista *Razón Española*, heredera aún de sus planteamientos. Sería incansable su tarea periodística de opinión, muy especialmente en el diario *ABC*, lo que le granjearía los premios Mariano de Cavia, Luca de Tena y Julio Camba. Más adelante en 1995, recibiría el Premio Espejo de España por su obra autobiográfica *Río arriba*. Su tarea creadora acabaría concretándose en 22 libros, 14 opúsculos y 116 estudios.

Tras ser miembro del Consejo Privado de Don Juan de Borbón desde 1956, ocupó diversos cargos políticos, asumiendo durante un quinquenio el Ministerio de Obras Públicas. Había sido procurador en Cortes y fue elegido diputado por Pontevedra en la legislatura constituyente, siendo igualmente consejero de la Junta Preautonómica de Galicia. Abandona el Congreso de los Diputados días después de aprobarse la Constitución, contra la que había votado por no compartir, según testimonió su hijo Gonzalo en el Ateneo Jovellanos de

Gijón, el “carácter disgregador de la nación española” que en ella veía reflejado.

Había sido elegido académico el 17 de marzo de 1970, ingresando el último día de febrero del bisiesto 1972, con su enjundioso discurso *Del Estado ideal al Estado de razón*, que deja ya constancia de una propuesta “razionalista”, que él planteaba como alternativa al racionalismo.

El propio *Anuario* de nuestra institución sigue hoy levantando acta de su “generosa entrega y dedicación”, compartida con Salustiano del Campo, con motivo de la “ambiciosa reforma interior” de sus instalaciones, en las que S. M. Don Juan Carlos I descubriría una lápida conmemorativa el 3 de noviembre de 1992. Asimismo, nos invita a recordar que en 1997 el Presidente de la Academia le designó para colaborar con el arquitecto Fernando Chueca Goitia en la restauración y rehabilitación del antiguo edificio de la Hemeroteca Municipal, conocido como la casa de D. Álvaro de Luján. Ya antes, en 1986, se había incorporado a los fondos de la Academia, gracias a sus gestiones, la biblioteca de más 30.000 títulos perteneciente a Francisco Elías de Tejada, por el que, por cierto, tuve personalmente doble ocasión de verme evaluado: como alumno de primer curso de licenciatura en la Universidad de Sevilla y como autor de la ya citada tesis doctoral, cuyo tribunal él presidiera. Gonzalo Fernández de la Mora, que a partir de 1988 sería Académico Bibliotecario durante catorce años, donaría en vida su propia biblioteca, cuyo proceso de catalogación, con un total de 13.800 registros informáticos, se termina en 2002; el mismo año en que, el 10 de febrero, la Academia quedaría privada de su eficacísima contribución.

Sucedarle en la misma medalla que ya habían honrado tantas preclaras figuras, desde Manuel Cortina a José Ibáñez Martín, será para mí una tan grata como exigente responsabilidad.

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

**Exigencias jurídico-naturales e historicidad
en la jurisprudencia constitucional**

La historicidad del derecho ha ejercido un notable protagonismo en la reflexión teórico-jurídica contemporánea. No en vano el progresivo abandono de las clásicas reflexiones sobre el derecho natural y su sustitución por una filosofía del derecho positivo¹ aparecen vinculados a la opción por el estudio del ordenamiento jurídico históricamente en vigor, frente a las planteamientos iusnaturalistas, tachados de ucrónicos, cuando no de utópicos.

En efecto, el iusnaturalismo racionalista acabaría muriendo de éxito, al ver su propuestas positivadas por las codificaciones europeas. Se abriría así una nueva época, marcada por la afirmación inicialmente provocativa de que sólo es derecho el derecho positivo; sentencia rotunda que, lejos de dar por cerrada una filosofía del derecho como *concepto histórico*², no hacía sino provocar la inmediata apertura de una nueva pregunta: qué habremos de entender por *positividad*³.

Será precisamente en nombre de la *historicidad* del derecho como Savigny invite a la rebelión contra esa uniformidad codificada, que ignoraría el papel del *Volksgeist* como auténtica fuente del derecho y clave de su tratamiento propiamente científico. Su esfuerzo acabaría encontrando un paradójico resultado, ya que serán sus discípulos los principales forjadores del tratamiento jurídico más ajeno a la historicidad

¹ Del papel de GUSTAV HUGO y de las propuestas a que acabó dando lugar tuve ocasión de ocuparme en "Savigny: el legalismo aplazado", *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 1979 (14/2), trabajo incluido luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 77-116. Todos los artículos o capítulos de libros colectivos de los que soy autor a los que haga referencia se hallan disponibles en la web www.andressollero.es; no así los libros, salvo que la editorial lo haya considerado oportuno.

² Clásico al respecto el trabajo de F. GONZÁLEZ VICÉN "La filosofía del derecho como concepto histórico", incluido en sus *Estudios de filosofía del derecho*, La Laguna, Facultad de Derecho Universidad, 1979.

³ Así lo he subrayado en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 53 y ss.

imaginable: la llamada *jurisprudencia de conceptos*, que un Ihering ya curado de espantos optaría por acabar tomándose a broma.

Siguiendo con las paradojas, la mentalidad codificadora que el precursor de la ciencia jurídica contemporánea tan acerbamente fustigara se acaba imponiendo en el continente, mientras que en el ámbito anglosajón perduraría un *common law* judicialista, sordo a las propuestas codificadoras del Bentham que tendrá como herederos a los forjadores de la jurisprudencia analítica.

Derechos naturales o positivos

Este desarrollo doctrinal acabará consolidando un positivismo jurídico legalista⁴ que identifica el derecho positivo con los textos legales y, en consecuencia, sólo considerará como derechos las facultades por ellos conferidas. Los *derechos* sólo se conciben así *en el marco de las leyes*, como derechos subjetivos, mero resultado ocasional de lo dispuesto por un derecho objetivo de manufactura legal.

La tragedia que desembocó en la última guerra mundial obligará a rectificar tal planteamiento. Las constituciones europeas de la posguerra anuncian un nuevo modo de entender el derecho y los derechos. Esta perspectiva se verá, decenios después, también jurídicamente reflejada en las transiciones democráticas de la península ibérica, así como en la posterior recuperación de los países centroeuropeos, largo tiempo secuestrados desde el este.

Los esquemas *positivistas* irán encontrando notables dificultades para digerir estos planteamientos *constitucionalistas*⁵, que acabarán

⁴ D. NEGRO PAVÓN ha resaltado cómo en la historia de las ideas, sin olvidar en absoluto a Descartes, el pensamiento moderno depende de Hobbes, quien introduciendo “el artificialismo inherente al método científico, abrió el camino para que se discutiese la idea de la existencia de ‘una’ naturaleza humana” (“La politización de la naturaleza humana” *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2007 -LIX, 84-, págs. 194 y 197).

⁵ Interesantes las reflexiones de P. LUCAS VERDÚ, en su discurso de recepción en esta Real Academia, poniendo en guardia ante una “desustancialización del concepto y contenido de la Constitución” y de la insuficiencia del positivismo: *La Constitución en la encrucijada (Palin-genesia iuris politici)*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 7 de junio 1994, págs. 18, 40 y 94. Amplía el alcance de dicha “desustancialización” en su *Teoría de la Constitución como ciencia cultural*, a la vez que plantea un “iusnaturalismo crítico-iuspersonalista comunitario, fundado en valores” (Madrid, Dykinson, 1997, págs. 244 y ss., 169 y ss.).

exigiendo una teoría jurídica de nueva planta⁶. El novedoso horizonte estará presidido precisamente por la conversión de los derechos en el centro de gravedad de la realidad jurídica. Dejan de contemplarse como mero producto ocasional de los textos legales. Resultará, por el contrario, obligado interpretar las *leyes en el marco de los derechos* del modo más favorable para su garantía y satisfacción. 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”⁷. Todo ello repercute sobre la revisión que los propios positivistas han llevado a cabo⁸ sobre su viejo planteamiento de la relación entre el *derecho* y unos *contenidos* que ellos consideran *morales*, dando así paso a un planteamiento catalogado hoy como *incluyente*⁹.

La posguerra no marcará sólo este punto de inflexión, con efecto retardado, en un positivismo jurídico al que se culpaba de la pasada perversión del ordenamiento jurídico. A la vez, sus penurias alimentarán a su inseparable compañero de viaje, que verá cómo, con aire triunfal, llega a constatar un eterno retorno del derecho natural¹⁰. El iusnaturalismo vivirá así una engañosa resurrección¹¹ en este nuevo escenario, doblemente emparentado con la historicidad de los derechos.

La crisis de la metafísica invita a intentar marginar el problema del *fundamento de los derechos*, pero no parece muy razonable aceptar tan poco riguroso expediente precisamente cuando el nuevo cons-

⁶ L. PRIETO SANCHÍS no duda en caracterizar al “constitucionalismo como nuevo desafío al positivismo”, a la vez que señala que “el constitucionalismo postpositivista ha contribuido a la propagación de una auténtica epidemia de sinceridad” (*Constitucionalismo y positivismo*, México D.E., Fontamara, 1997, págs. 7 y 94).

⁷ P. ANDRÉS IBÁÑEZ “Garantía judicial de los derechos humanos”, *Claves de Razón Práctica*, 1999 (90), pág. 11.

⁸ Sobre el particular, en polémica con Agustín Squella, C. ORREGO, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México D.E., Unam, 2005, págs. 111-112.

⁹ Interesante 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, págs. 481-495, y el libro de J. B. ETCHEVERRY, *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México D.E., UNAM, 2006.

¹⁰ H. ROMMEN, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München, Josef Kösel, 1947 (2.ª).

¹¹ P. LUCAS VERDÚ, que la atribuye a una reacción emocional de amplios sectores de la opinión pública alemana, no deja de apuntar que “los problemas cotidianos que se plantea una Constitución concreta, *hic et nunc*, son más relevantes que los problemas ‘eternos’” (*Estimativa y política constitucionales*, Madrid, Facultad Derecho, Universidad Complutense, 1984, págs. 52 y 50).

titucionalismo los califica de modo unánime como *fundamentales*¹². Si acaso, animará a buscarles fundamento en marcos filosóficos menos asediados y capaces de dar cuenta de la historicidad que acompaña inevitablemente al derecho, despreciada en su momento por la matriz racionalista del iusnaturalismo moderno¹³.

Planteamientos presuntamente posmetafísicos se verán cortejados por iusnaturalistas que atisban el futuro, convencidos de que esperar un nuevo renacer neoescolástico no llevaría demasiado lejos. La *naturaleza de la cosa* se convertirá en tópico, invitando a descubrir un derecho natural histórico¹⁴ que, lejos de suscribir a su vez el legalismo, emergería de los casos concretos¹⁵. Habrá quienes aspiren a que esa recuperada fórmula sirva de punto de encuentro con el positivismo jurídico en revisión, mientras reflexiones más profundas orientan la filosofía del derecho hacia una *ontofenomenología jurídica*¹⁶ o plantean, con menos pretensiones, la necesidad de abordar un diálogo entre derecho natural e historicidad del derecho¹⁷.

El iusnaturalismo de la posguerra se verá también incitado a ocuparse de los derechos, aspecto éste hasta entonces relativamente marginal en sus reflexiones, dado el protagonismo de la ley (eterna, natu-

¹² Así se afirmó con acierto en ocasión solemne en esta misma Casa: A.M.⁸ ROUCO VARELA, *Los fundamentos de los derechos humanos: una cuestión urgente* Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, discurso de recepción, 2001, págs. 10-11.

¹³ No en vano “la idea de la justicia implica un método deductivo, mientras que la busca en el orden natural de la realidad esencial de la justicia, para su determinación y aplicación *in actu*, requiere una ponderación de lo singular y de lo universal, después de inducir éste de la realidad de la naturaleza” (J. VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala, 1973, pág. 115).

¹⁴ Todo ello en un ambiente en el que aparece “la doctrina del derecho natural como un instrumento, extraordinariamente valioso y fecundo, por no decir imprescindible, para la renovación moral y espiritual de las sociedades convulsionadas por la guerra y para una reconstrucción democrática del Estado” (A.M.⁸ ROUCO VARELA, *Los fundamentos de los derechos humanos: una cuestión urgente*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, discurso de recepción, 2001, pág. 34).

¹⁵ No dejará de apuntarse, sin embargo, que la *Natur der Sache* no alcanza la plenitud que según los clásicos tiene *rerum natura* (J.B. VALLET DE GOYTISOLO: *Manual introductorio a las metodologías del derecho*, vol. I de sus *Manuales de metodología jurídica*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2004, pág. 70).

¹⁶ Particularmente, S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofeneomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991 (2.^a). Sobre el particular, J.A. MARTÍNEZ MUÑOZ, *Ontofenomenología del Derecho en la obra de Sergio Cotta*, Madrid, Facultad de Derecho Universidad Complutense, 1993, y el n.º 57 de la revista *Persona y Derecho*, 2007, dedicado monográficamente a este autor.

¹⁷ A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, Mohr, 1957.

ral o humana) en los tratados de teología moral. La Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, ahora sexagenaria, multiplicará el protagonismo cobrado ya de modo incipiente por vía constitucional. La reflexión sobre cuál sea el fundamento de esos derechos proclamados secularizadamente *urbi et orbi* abre un envidiable campo de juego, a la vez que sitúa al positivismo jurídico ante la incómoda necesidad de animar a proteger con eficacia unos *derechos fundamentales sin declarado fundamento*.

Esta creciente amistad entre iusnaturalismo y derechos no dejará de tropezar con dificultades, procedentes paradójicamente de sus representantes más versados en historia. Los derechos humanos aparecen para ellos como herederos de un individualismo más cercano a los planteamientos franciscanos, voluntaristas e inclinados al nominalismo¹⁸, que al intelectualismo legalista de dominicos y jesuitas como reformuladores de la matriz aristotélica.

En España, el debate sobre la posible fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos cobra nueva fuerza tras promulgarse la Constitución de 1978¹⁹, rebrotando los reproches polémicos²⁰ que han acompañado habitualmente al emparejado caminar de positivistas y iusnaturalistas.

En el trasfondo latirá siempre el viejo problema de cómo conciliar el aparente dilema entre *naturaleza e historia*. Dentro de las variopintas acepciones que lo natural recibe en sus invocaciones jurídicas²¹, no falta la que, como elemento a la vez originario y permanente, lo contrapone precisamente a lo cultural e histórico. Esto puede explicar que, dentro de la alergia que caracteriza a determinada filosofía jurídica española, tras detectarse “un cierto trasfondo iusnaturalista”, en las

¹⁸ M. VILLEY, “Critique des Droits de l’Homme”, *Anales Cátedra Francisco Suárez*, 1972 (12/2), págs. 10 y ss. También las referencias a Hobbes, Locke y Mill de L. REBOLLO DELGADO en *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000, págs. 41 y ss.

¹⁹ Pocos meses después ya me ocupé de ello en “Droit naturel et jurisprudence de principes (avec référence à la Constitution espagnole de 1978)”, con ocasión del Congreso Mundial de Filosofía del Derecho de Basilea de 1979: *Contemporary Conceptions of Law. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (Supplementa) vol. I, part 1, págs. 629-639; incluido luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 199-210.

²⁰ R. SORIANO, “¿Es iusnaturalista la Constitución española de 1978?” *Revista de las Cortes Generales*, 1987 (12), págs. 114 y ss.

²¹ Ya clásico al respecto el libro, de E. WOLF, *El problema del derecho natural*, Barcelona, Ariel, 1960.

referencias al derecho a la intimidad, se considere “esperanzadora”, por “más relativista”, la invitación a convertir en criterio delimitador las pautas sociales vigentes; como si de un dilema se tratara...²².

La cuestión se complica, hasta rayar en la logomaquia, cuando se pretende ofrecer una alternativa. Valga una muestra: admitiendo el “contenido personalista” que la Constitución atribuye al artículo 18, habría que “evitar que a partir de estos presupuestos pueda deducirse un trasfondo iusnaturalista en estos derechos fundamentales”. Se trataría, “más bien, de fundamentar la exigibilidad jurídica de estos derechos en la expresión normativa de la potencialidad democrática de los derechos y libertades, los cuales no son más que la cristalización de un acuerdo básico del poder constituyente en base a un marco axiológico definido por la norma suprema”²³; más claro agua, por lo visto...

Desde esta perspectiva, parece obligado entender que los derechos, de tener un fundamento natural, estarían fosilizados de modo imperterbable en la naturaleza humana desde su creación, sin que los acontecimientos históricos pudieran resultar decisivos para su configuración. Incluso desde planteamientos discutidamente iusnaturalistas, cuando se nos invita a tomarnos los derechos en serio²⁴ parece que se nos pretende disuadir de embarcarnos en un prolífico despliegue multigeneracional de los derechos, que no llevaría sino a su trivialización y a comprometer la efectiva protección de los más fundados. No habría pues nada histórico que mereciera ser tenido en cuenta a la hora de fundamentar derechos.

Lo contrario ocurrirá cuando, desde la cultura jurídica positivista, se intente ahondar en 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 llamaría también en su día la atención un magistrado constitucional ante el riesgo de que las invocaciones a la igualdad o a lo *razonable* se puedan

²² J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 108-109.

²³ M. CARRILLO LÓPEZ, “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la C.E.”, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial. Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 53-90; citamos por la versión en CD, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, que consultamos en la edición de 2004, poco propicia a permitir localizar con precisión la página. Código CC933502.

²⁴ Ya tópicó: R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1997.

convertir en vía de entrada para consideraciones iusnaturalistas merecedoras de sesuda alarma²⁵.

Resulta, en todo caso, obvio en qué medida detrás de toda exigencia jurídica late una determinada *perspectiva antropológica*; es decir, una concepción de lo que se considera que el hombre, más allá de aspectos históricos o coyunturales, es y, en consecuencia, debe ser²⁶; salvo que, por negar ese indispensable fundamento natural, se deje todo en manos de una pura voluntad arbitraria.

Es fácil constatar que la referencia al contenido esencial implica “el reenvío a unos conceptos ontológicos irreductibles al normativismo formalista y a la dogmática neopositivista”. No tiene por ello nada de extraño que precisar ese contenido en un derecho fundamental o libertad pública equivalga a “tratar de definir lo incorpóreo”²⁷.

Pretender que tales planteamientos puedan llevarse a cabo sin referencia a una realidad objetiva convertiría en papel mojado la presunta *rigidez* de la Constitución. Con ella estaría en juego el sentido mismo de un texto constitucional, pues lo que éste pretende evitar es que determinados aspectos (derechos humanos incluidos) queden a merced del coyuntural legislador de turno²⁸. No es extraño por ello que se nos ponga en guardia ante la paradójica posibilidad de que aca-

²⁵ Voto particular del magistrado Díez Picazo a la STC 34/1981, de 10 de noviembre.

²⁶ A.E. PÉREZ LUÑO resalta cómo, dada la vinculación de los derechos fundamentales, entre ellos los jurídico-civilmente identificados como de la personalidad, con la dignidad humana, “resulta desde el primer momento evidente el trasfondo iusnaturalista que inspira su consagración constitucional”; lo mismo ocurriría con la caracterización legal del derecho a la intimidad como “irrenunciable, inalienable e imprescriptible”, ya que estos “caracteres son difícilmente conciliables con un planteamiento que no acepte su fundamentación iusnaturalista” (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005 (9.ª ed.), págs. 331-332).

²⁷ M. LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, que recuerda cómo Pablo Lucas Verdú detecta en toda Constitución un plus añadido que remite a una concepción tal vez extranormativa, pero extrajurídica si concebimos el derecho constitucional en sentido sustancial (*Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución española*, Granada, Comares, 1996, págs. 97, 238 y 209).

²⁸ P. LUCAS VERDÚ admite que “la expresión no es muy afortunada”, al sugerir una “dimensión negativa, peyorativa”, por lo que, más que de rigidez, preferiría hablar de firmeza constitucional, pero, al poner “obstáculos para la reforma de normas constitucionales que garanticen su permanencia y continuidad”, no es extraño que se afirme que “una Constitución verdaderamente flexible no sería jurídica”. No en vano “la consolidación del sistema de la rigidez constitucional marcha paralelamente al desarrollo del movimiento democrático” (“Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional”, en *Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano*, Madrid, Reus, 1959, t. II, págs. 107, 108, 111 y 124).

bemos comprobando que el límite de la actividad legislativa, expresado en la garantía del contenido esencial, se pueda convertir en cauce para relativizar la protección de los derechos fundamentales, cuando parece que debiera suceder justamente lo contrario²⁹.

A ello, es de temer, conduciría la displicente propuesta de rechazar “una relación necesaria entre las palabras y las realidades, hechos u objetos que intentan expresar”, y la consiguiente afirmación de que “todo proceso de producción, aplicación e interpretación del derecho” no sería sino “un proceso de atribución de sentido a palabras de acuerdo con los criterios de los órganos a los que las normas de identificación de normas atribuyen competencia”³⁰. No sería de extrañar que, desde tal óptica, los reglamentos puedan cobrar mayor consistencia que la propia Constitución, falta de una realidad a la que quepa remitir su contenido.

Las alternativas a la apelación a lo razonable no parecen demasiado claras. No resultaría muy sensato remitirse a lo irrazonable para solventar cuestiones jurídicas. Pretender que la solución está ya puesta en el texto legal queda a caballo entre lo mágico y lo esperpéntico. Es obvio que un texto sólo nos podrá decir algo si nos dejamos conducir por él a una realidad a la que alude. Sin metafísica, no tendría mucho sentido hablar de derechos humanos. Cuando se nos propone superarla, parece optarse por la mera adhesión a lo políticamente correcto, esgrimiendo un personalísimo derecho a no ser considerado metafísico. Como resultado, quedaría sólo espacio para múltiples variantes “del emotivismo, del decisionismo, del subjetivismo, del relativismo, del naturalismo o del desconstruccionismo”³¹.

Cabría entender que dicha realidad, más sociológica que otra cosa, vendría aportada por el consenso fácticamente existente en cada

²⁹ A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, que invita a prescindir “de la distinción entre contenido esencial y no esencial de los derechos” y de la idea de que el primero “es ‘una parte’ del contenido total de los derechos” (*La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, págs.37 y 63).

³⁰ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, “Génesis de los derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución española de 1978”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, pág. 297.

³¹ Como señala R.ALEXY, que aboga por un planteamiento metafísico “constructivo”, porque “los derechos humanos no son posibles sin una metafísica racional y universal” (“¿Derechos humanos sin Metafísica?”, originalmente en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 2004 (52)); traducido por Eduardo R. Soderó para próxima publicación en *Ideas y Derecho*, (Buenos Aires).

momento histórico sobre cuál sería o dejaría de ser la solución más razonable. Ello privaría, sin embargo, al derecho de toda dimensión progresista y utópica para anclarlo conservadoramente en los tópicos existentes; lo cual, con derechos humanos en juego, no resulta demasiado prometedor³². Nos queda admitir que el texto remite a un fundamento ético objetivo y racionalmente cognoscible³³. Puede sonar a música celestial, pero su partitura es bien conocida: nuestra Constitución, que no en vano nos remite a algo tan poco sociológico como el “contenido esencial” de cada derecho fundamental. Reconocer que determinarlo en la práctica no es tarea fácil no justificaría la pretensión de ahorrarse el esfuerzo.

El contenido esencial de los derechos

Los esforzados intentos por dar paso a un concepto de *contenido esencial* lo menos esencialista posible no dejan de ser meritorios. Hasta una doble vía nos ofrecerá al respecto el Tribunal Constitucional, con ayuda de esas reflexiones en torno al lenguaje que se han visto llamadas a remediar la penuria filosófica circundante.

Lo hará, de modo muy temprano, al indagar cuál sería el procedimiento más adecuado para determinar ese *contenido esencial* de los derechos fundamentales que debe respetar el legislador, de acuerdo con el artículo 53 C.E. En el primero de los caminos propuestos nos acabaremos moviendo entre un difuso *iusnaturalismo* y lo que cabría entender como un *derecho de profesores* de aire alemán.

Habría que “acudir a lo que se suele llamar la *naturaleza* jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho”. Para ello, “hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las

³² Esta constatación sería aplicable al mismo derecho a la intimidad y sus derivados, ya que “ha de lamentarse la falta de conciencia de los ciudadanos sobre la necesidad de proteger la información que les concierne” (A.I. HERRÁN ORTIZ, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de la información*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pág. 91).

³³ Lo contrario nos llevaría, como señala, a propósito de Dworkin y Alexy, A. GARCÍA FIGUEROA, a mantener “algo aparentemente absurdo: que existe una relación conceptual necesaria entre el derecho y un orden moral objetivo que no existe” (“El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo. Un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo, en *Racionalidad y derecho*, —coordinado por él mismo—, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pág. 281).

disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el *metalenguaje*, o ideas generalizadas y *convicciones* generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho”.

Se admite pues la existencia de unos derechos lógicamente anteriores a la Constitución, que no los crea *ex novo* sino que los reconoce. “Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son *previos* al momento en que tal derecho resulta recogido y regulado por un legislador concreto. El tipo abstracto del derecho *pre-existe* conceptualmente al momento legislativo y en este sentido se puede hablar de una *recognoscibilidad* de ese tipo abstracto en la regulación concreta”.

Como consecuencia, “constituyen el *contenido esencial* de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro *desnaturalizándose*, por decirlo así”. Por si quedara alguna duda sobre el obligado juego de naturaleza e historia, esencia y dimensión existencial que este planteamiento implica, se concluirá: “todo ello referido al *momento histórico* de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”³⁴.

Ya hemos tenido oportunidad de resaltar lo complicado que resulta tomarse todo ello en serio sin asumir un fundamento iusnaturalista. De lo contrario, no parece fácil despejar obligadas incógnitas: cuál es la *naturaleza* (caramba...) jurídica del citado derecho o dónde reside su *metalenguaje*; qué lleva a los juristas a generalizar determinadas convicciones al respecto y no otras; dónde se domicilia la curiosa *pre-existencia* conceptual pre-legislativa que permitirá *reconocer* el derecho; así como las facultades y posibilidades necesarias para ello, de modo que no acabe *desnaturalizándose* (caramba...); dentro lógicamente de las condiciones inherentes en las sociedades democráticas (no re-

³⁴ STC 11/1981 de 8 de abril, F8 (las cursivas son nuestras). A. DORREGO DE CARLOS resalta la relevancia de esta resolución dentro de la que califica como primera etapa en la formación de la doctrina constitucional (“Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional en la encrucijada”, en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág. 53).

cogidas por derecho positivo alguno). No creo que el más ambicioso de los iusnaturalistas se considerara en condiciones de ofrecer más...³⁵.

Parece claro que el Tribunal habrá de apoyarse en un fundamento *natural* para poder llevar a cabo esta tarea³⁶. 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.

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, cuándo y cómo pone el derecho. Si el derecho se identificara con un *texto* legal, parece obvio que cabría considerarlo *puesto* cuando se promulga la ley. Pero si, como hemos tenido ya ocasión de comprobar, el derecho tiene que ver más bien con el *sentido* de ese texto, su *interpretación* resultará decisiva a la hora de fijar ese efectivo alcance³⁷.

En el primer caso, parecería obligado optar por el llamado *originarismo*, preocupándonos fundamentalmente por lo que los autores

³⁵ Ya lo escribí, con idénticos términos, en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 164-165. I. GUTIÉRREZ CASILLAS destaca cómo ello implica una concepción de los derechos fundamentales como un orden de valores superiores "que preexisten y trascienden al propio ordenamiento jurídico" ("Comentario a la STC 11/1981, de 8 de abril. Derecho a la huelga y cuestiones generales sobre la protección constitucional de los derechos fundamentales", en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág. 289).

³⁶ Algo tendrá que ver con ese fundamento el *minimum* que T. FREIXES SANJUÁN estima habría que considerar existente en todo derecho fundamental, que exigiría que "no se impida que su titular realice todos los actos constitutivos del mismo", que "deba ser garantizada la finalidad intrínseca del derecho" en cuestión y que, si se trata de un "derecho de libertad", no pueda "estar su ejercicio sometido a autorizaciones administrativas previas" ("El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E.", en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, pág. 537).

³⁷ A ello nos hemos referido repetidamente en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007; por ejemplo, págs. 217 y s. o 256 y ss.

del texto quisieron explicitar, a modo de *interpretación auténtica*, en el trámite constituyente. Más adelante podremos ocuparnos de ello...

Entendiendo, por el contrario, lo jurídico como el peculiar sentido que cobran determinadas conductas humanas, con mayor o menor protagonismo de un posible texto que a ellas haga referencia, la presunta *voluntas legislatoris* de alcance permanente resulta relativizada. Cobra, por el contrario, protagonismo la *ratio* atribuida al precepto, por más que sea sin duda susceptible de brindar interpretaciones diversas al entrar en conexión con la realidad social que contempla, inserta de lleno en un ámbito de historicidad.

La explicitación del *sentido* de un *texto* sólo resulta posible si se lo sitúa en un concreto *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*) aún no acabadamente explicitado. Es todo un mundo contextual de valores y conceptos el que gravitará sobre cualquier interpretación o ponderación, convirtiendo en un tanto fatuo el carácter conclusivo con que cabría afirmar que sólo cabe entender como derecho al derecho positivo. Al ser éste producto de un *proceso de positivación*³⁸, entramos, al intentar describir su contenido, más en el terreno del pronóstico prudencial que en el de la constatación fáctica.

No deja de resultar significativo el papel que en todo ello cobra un determinado criterio interpretativo, situado bajo sospecha en los planteamientos de interpretación del derecho que el positivismo legalista heredará de la Escuela Histórica a través de la pandectística decimonónica. Para Savigny, la entrada en juego de lo *teleológico* tenía menos que ver con una *aclaración* respetuosamente interpretativa de la norma que con un *desenvolvimiento* del derecho; éste tendría a su vez más de *integración* que de interpretación propiamente dicha. De ahí que le atribuyera el carácter de anómalo recurso de emergencia³⁹. Ahora,

³⁸ Sobre el alcance de dicho proceso, en el marco de lo que hemos caracterizado como “iusnaturalismo inclusivo”, el capítulo II, “Todos de acuerdo: sólo es derecho el derecho positivo”, de *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 39-57.

³⁹ Al respecto “Savigny: el legalismo aplazado” en *Revista de Ciencias Sociales*, Valparaíso, 1979 (14/2); trabajo incluido luego en *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, págs. 77-116; sobre todo, 107-112.

por el contrario, se aludirá con gran naturalidad a que, partiendo de la convicción de que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, la determinación de sus “límites debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho”, lo que llevará por ejemplo a estimar que “debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión”⁴⁰.

Es aquí donde el iusnaturalista encontrará fundamento para insinuar que la determinación de qué aspectos merecerán la protección prevista para un derecho habrá de remitirse inevitablemente a la naturaleza de las cosas. E incluso que ésta nos acabará remitiendo a una naturaleza humana en sentido entelequial, término éste habitualmente vinculado a la segunda de las dos acepciones que nos ofrece el diccionario, pero poco conocido en la que sería pertinente. En efecto, mientras aquélla identifica entelequia, en clave irónica, con “cosa irreal”, la primera la considera por el contrario como “cosa real que lleva en sí el principio de su acción y que tiende por sí misma a su fin propio”⁴¹. Puedo encontrar, en mi propia agenda electrónica, otra versión: “en la filosofía de Aristóteles, fin u objetivo de una actividad que la completa y la perfecciona”⁴². Lejos de todo planteamiento estático o ahistórico, surge así una dimensión teleológica tan acorde con la tarea jurídica como necesitada de una actualizadora historicidad.

⁴⁰ STC 156/2001, de 2 de julio, F.6. Sobre “las limitaciones del conceptualismo y la función hermenéutica de la finalidad de los derechos”, P. SERNA y F.Töller, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, págs. 49-54.

⁴¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa, 1992 (21.^a ed.), t. I, pág.847.

⁴² En *RoadLingua 2001-2003 Absolute Word*.

I

ENTRE PROPIEDAD Y DIGNIDAD

Puestos a pasar de las musas al teatro, vendrá bien acercarnos a un derecho concreto para poder explorar en qué medida elementos históricos cumplen, o no, un papel relevante en su delimitación y en su práctica operatividad. La intimidad personal encuentra protección en uno de los derechos considerados de *primera generación*, lo que nos brinda ya pistas sobre su temprano reconocimiento, al menos fuera de nuestras fronteras⁴³. Dada la larga trayectoria de sus vicisitudes prácticas, puede sin duda convertirse en una interesante piedra de toque sobre la relevancia de esa historicidad jurídica que pretendemos evaluar.

Intimidad como autopropiedad

Aceptado como dogma que sólo es derecho el derecho positivo (como *dogmática jurídica* tiende con frecuencia a autotitularse, sin mayores complejos, el saber sobre el derecho...), habrá que remitirse, a falta de otros precedentes⁴⁴, a lo que sobre la protección de la intimidad encontramos escrito, a lo largo de cuatro epígrafes, en el *artículo 18* de nuestra *Constitución*:

⁴³ Para J.E. BUSTOS PUECHE, “la protección del derecho a la intimidad de la persona es la gran novedad jurídica desde la vigencia de la Constitución Española de 1978, en materia de tutela de los derechos de la personalidad” (“Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad* —ed. L. García San Miguel—, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 156 y 145).

⁴⁴ X.O’CALLAGHAN MUÑOZ destaca que “en derecho español no hay un solo precedente jurisprudencial anterior a la Constitución”, que “proclama la protección a la intimidad personal y familiar en el art. 18.1 sin definirla” (“Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo”, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 149-205); citamos, en las condiciones ya comentadas, por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933505.

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. 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.

El reconocimiento constitucional de los derechos no se limita a subrayar, de modo sobrevenido, unas facultades ya reconocidas jurídicamente por vía legal; como si se pretendiera resaltar a posteriori el núcleo duro del ordenamiento jurídico positivo. Implica, por el contrario, un cambio de perspectiva que motivará una muy diversa valoración jurídica de determinados aspectos de la convivencia social, que cobrarán así una notable dimensión pública.

Los derechos subjetivos habían surgido históricamente como fruto de una perspectiva iusprivatista, que los vinculaba con la dimensión patrimonial típica del tráfico jurídico en su percepción decimonónica. Fiel a su matriz liberal, la *libertad* resultaba así prácticamente identificada con la *propiedad*⁴⁵. A nadie puede por ello extrañar que nuestro Código Civil se contentase con un concepto de *persona* que no iba más allá del reconocimiento de un sujeto como interlocutor a efectos patrimoniales⁴⁶; resultaba así superfluo ahondar en el reconocimiento práctico de otras exigencias más profundas derivadas de la *dignidad humana*⁴⁷. No cabe considerar en ese contexto llamativo que algo de tan notable dimensión espiritual como la creación artística acabase inicialmente configurado, precisamente para garantizarle la máxima protección, más como *propiedad intelectual* que como *derechos del autor*⁴⁸.

⁴⁵ Interesantes al respecto las reflexiones de A.E. PÉREZ LUÑO, "La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978", en *Derechos económicos, sociales y culturales*, Murcia, Universidad, 1981, págs. 105 y 108.

⁴⁶ Sobre el particular: J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, pág. 124.

⁴⁷ De ello nos hemos ocupado en "El estatuto jurídico del embrión humano", en *Biotecnología y posthumanismo* -JESÚS BALLESTEROS Y ENCARNACIÓN FERNÁNDEZ, coords.-, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 331-381; trabajo incluido luego en nuestro libro, *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, de idéntica editorial.

Habrá que esperar decenios para que, junto a estas facultades reconocidas para operar en un tráfico jurídico prevalentemente vinculado al manejo y disfrute de las cosas, se pase al reconocimiento de unos *derechos* peculiares⁴⁹ capaces de ser caracterizados como *de la personalidad*⁵⁰. Se trataría de una categoría entre nosotros no utilizada antes por las leyes, sino que constituía una figura genérica en la que la doctrina subsumía determinados poderes jurídicos caracterizados por notas como las restricciones a la disponibilidad. En la Constitución se les habría conferido, junto a otros derechos y facultades, el rango de derechos fundamentales⁵¹. No sería muy razonable excluir de ello el influjo de su vecindad iusnaturalista⁵².

Este reconocimiento constitucional como derecho autónomo es tardío, arrancando de la Constitución portuguesa de 1976⁵³, secundada dos años después por la española⁵⁴. Llegarán incluso a verse conside-

⁴⁸ A ello nos referimos en “Derechos del autor y propiedad intelectual. Apuntes de un debate”, *Poder Judicial*, 1988 (11), págs. 31-86; incluido luego en *Derechos humanos y metodología jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁴⁹ L. PAREJO ALFONSO se hace eco del paso sucesivo de una *privacy-property* a una *privacy-personality* y una *privacy-dignity*; lo que traerá como consecuencia que “la intimidad deja de ser encuadrable en el esquema Derecho privado-Derecho público” (“El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 11-48); citamos por la ya aludida versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962201.

⁵⁰ X.O’CALLAGHAN MUÑOZ data su nacimiento en una sentencia del Supremo de 6-XII-1912 relativa al honor de una doncella; en otra del 7-II.1962 detecta una alusión expresa a derechos de la personalidad (“Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, vol. I, pág. 549).

⁵¹ L.H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen” en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 339-382); citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933509. Llegará a plantearse el debate sobre si deben considerarse como derechos diversos los de la personalidad y los fundamentales, lo que llevaría a un planteamiento duplicativo (A. ORTI VALLEJO, “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho privado y Constitución*, 1994 (2), pág. 309).

⁵² Resulta obvio el “inicial fundamento iusnaturalista” de estos derechos y su “relación directa con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano” (P. LUCAS MURILO DE LA CUEVA, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, pág.70).

⁵³ Que, a diferencia de la española, aborda de modo nítido un derecho a la protección de datos, como resalta J.L. BALLESTEROS MOFFA, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirantlo Blanch, 2005, págs. 80-81.

⁵⁴ Un análisis de este desarrollo histórico, arrancando de sus precedentes en la jurisprudencia constitucional norteamericana, en P. LUCAS MURILO DE LA CUEVA, “El derecho a la intimidad”

rados como derechos *personalísimos*⁵⁵, lo que justificará que no se reconozcan en principio a las personas jurídicas⁵⁶.

Ese cambio de órbita no dejará de afectar al derecho a la *intimidad*. Con ocasión del conocido como caso *Paquirri*, aparecerá incluido entre los “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la ‘dignidad de la persona’, que reconoce el art. 10 de la C.E.”⁵⁷. Se registra con ello una notable mutación histórica, al superarse su primitiva caracterización como *autopropiedad* que llevaba a identificarla con una *privacidad*⁵⁸ excluyente *erga omnes*.

El término *privacidad* no dejará de verse castizamente discutido⁵⁹, pero será su matriz ideológica la que animará a unos concienciados parlamentarios autonómicos, a los que se negó información sobre unas

en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 9-61); citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933501.

⁵⁵ J.M. SOUVIRON MORENILLA acudirá a este calificativo en su intento de deslindar la mera vida privada, que englobaría “lo particular y personal de cada uno”, de la intimidad, a la que sólo pertenecería “lo personalísimo” (“Privacidad y derechos fundamentales”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. III, pág. 1881.

⁵⁶ De ello quedará eco ocasional en la STC 19/1983, de 14 de marzo, F2, cuando reconoce a la Diputación Foral como titular del derecho a la tutela judicial efectiva, sin perjuicio de señalar que “hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquellos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal -art. 17-, y el derecho a la intimidad familiar -art. 18-”. No ocurrirá así con la inviolabilidad del domicilio, ya que si bien el derecho a la intimidad, “por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales”, ello no obliga a “eliminar a las personas jurídicas de la protección que respecto del domicilio” disfrutan, ya que este aspecto es “extensivo o predicable igualmente” de ellas, STC 137/1985, de 17 de octubre, F2 y 3.

⁵⁷ Esta STC 231/1988, de 2 de diciembre, F3, calificará también a estos derechos como “personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. Más tarde, la STC 3/2005, de 17 de enero, F8, al abordar la posible exhumación de un cadáver para obtener muestras de ADN que pudieran servir de prueba para el reconocimiento de una filiación extramatrimonial, alude a derechos “personalísimos y, en principio, intransferibles”, de los que sólo podría ser titular “la persona humana viva”; sin perjuicio de que la persona fallecida haya de ser “objeto de una particular protección jurídica, por cuanto el derecho a la intimidad familiar podría en algún caso verse afectado”.

⁵⁸ 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, págs. 49 y ss.

⁵⁹ R.DE MENDIZÁBAL ALLENDE solicita que “como desahogo personal”, se le permita “anatematizar la ‘privacidad’, anglicismo colado de rondón en nuestro ordenamiento jurídico por obra de pedantes que prefieren la afectación por parecerles que toda llaneza es mala” (“Los derechos fundamentales en la sociedad de la información”, en *La nueva Ley de Internet*, -J. CREMADES y J.L. GONZÁLEZ MONTES, coords.-, Madrid, La Ley, 2003, pág. 49.

subvenciones agrícolas pretextando que “en algunos supuestos afectaría a la intimidad de las personas” a desahogarse con notable desenvoltura: la Mesa parlamentaria castellano-manchega estaría desconociendo con ello que ese derecho fundamental “tiene su origen en el ordenamiento jurídico sajón y que su generalización se halla ligada a las ideologías burguesas de marcado matiz individualista”⁶⁰. Con ello daban, al parecer, por supuesto que el asunto revestía suficiente gravedad como para despojar a tan sospechoso derecho de efectos prácticos. No faltarán críticas no muy distintas en diversa ocasión⁶¹.

En otros casos, se nos invitará a considerar la privacidad como ámbito genérico, quedando la intimidad reducida a una de sus especies. El devenir histórico habría dado paso a un despliegue de la *privacidad*, que lleva primero a vincularla más a la dignidad que a la propiedad y, más tarde, a dar paso a una dimensión *política*, otra propiamente *íntima*, protectora de la autodeterminación individual, y otra *personal*, que incluiría el domicilio. Para completar el cuadro, habría también que trazar una frontera entre el contenido preinformático e informático de esa privacidad⁶².

El trasplante del término anglosajón no deja de provocar alguna confusión⁶³. Resulta en todo caso ilustrativo que, fiel a esa matriz patrimonialista, cuando por vez primera intenta el Tribunal Constitucional definir, siquiera ocasional y tangencialmente, la intimidad, la presente como “un ámbito o *reducto* en el que se veda que otros penetren”. Pretende así evitar que se la pudiera confundir con aspectos más propios de la autonomía personal, como la libertad de relacionarse con otras personas o el derecho a tener amistades. Todo a ello a propósito

⁶⁰ STC 161/1988, de 20 de septiembre, A.5.

⁶¹ Valgan las de J. MARTÍNEZ DE PISÓN, que avala las dirigidas a una “sociedad íntima”, de “cultura narcisista”, y denuncia posibles “perversiones de la intimidad”, poniendo como ejemplo la doctrina jurisprudencial estadounidense que parece “negarse a incluir dentro del derecho a la intimidad la protección de las relaciones homosexuales” o “las decisiones sobre la interrupción voluntaria del embarazo” (“Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997 (XIV), págs. 717, 718 y 731).

⁶² F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, Destino, 1984, págs. 29-30, y 122-126.

⁶³ Se originaría al traducirse el término inglés *privacy* como intimidad, que en nuestro lenguaje “tiene dos acepciones diferenciadas”, relativa una al “entorno familiar y hogareño” y la otra “al mundo psicológico interior” (M. LUCAS DURÁN, *El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 122).

de una mujer que se siente lógicamente discriminada por estimar la Audiencia Provincial de Albacete como injuria para el marido, del que estaba de hecho separada, “haber permanecido durante unas horas de la noche en un edificio o chalé en la sola compañía de un hombre que no era su esposo, saliendo del mismo sobre las dos treinta de la madrugada, lo que sugerente es en extremo”; cuando “lo humano y lógico en una mujer casada era permanecer en la puerta, donde todos la vieran”⁶⁴.

Intimidad: donde la dignidad encuentra domicilio

Al acentuarse la relevancia personal de la intimidad, cobrará, como veremos, un novedoso alcance su dimensión espacial; aunque, en alguna circunstancia excepcional, junto al espacio jugará también el tiempo. El desarrollo fluido de los hechos puede así llegar a convertir en un auténtico *travelling* cinematográfico la delimitación de su campo de juego. Baste recordar el debate suscitado sobre si, siendo la corrida de toros un espectáculo público, afectarían a la intimidad del torero herido de muerte las imágenes obtenidas tras ser trasladado a la enfermería en brazos de las asistencias.

El Tribunal Constitucional considera que ha de rechazarse que las escenas vividas dentro de la enfermería formasen parte del espectáculo taurino y, por ende, del ejercicio de la profesión del torero, que por su naturaleza supone su exposición al público, ya que ello supondría convertir en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, en clara contradicción con el principio de dignidad de la persona que consagra el art. 10 C.E.⁶⁵.

La postura contraria encontrará también argumentos; con visos ahora de antitaurinismo a la catalana. Se apela a la realidad social (o los usos sociales) como parámetro interpretativo, que llevaría a considerar

⁶⁴ STC 73/1982, de 2 de diciembre, F5 y A.1 (la cursiva es nuestra).

⁶⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre, F8. En el epígrafe 2 de su voto particular los magistrados García-Mon y De la Vega Benayas resaltan cómo “la filmación comienza con la cogida, sigue con su traslado a la enfermería, toma las escenas de la primera cura y allí se corta, al ordenarse la retirada de todos”; “no se puede, pues, desconectar, tan radicalmente como lo hace la mayoría, la escena filmada de la cura de urgencia con el espectáculo en sí de la fiesta, con sus actos anteriores, que en realidad formaron un todo que justificaba la información no intromisiva”.

que la enfermería es la prolongación de un acto público como es la lidia de un toro en el albero de una plaza. Sólo los usos sociales podrían “ayudar a comprender esta singular extensión de la dimensión pública del arte de Cúchares, y su relevancia jurídica”. Todo ello no impediría que, “desde determinados parámetros culturales, pueda atribuirse a esta *vis expansiva* una notable carga de irracionalidad”⁶⁶.

La enfermería de la plaza de Pozoblanco acabará, en todo caso, sentando doctrina, llegando incluso a salir más tarde a colación, en sorprendente estrambote, con motivo de algún que otro caso bien dispar⁶⁷.

Significativo del cambio operado entre aquella perspectiva patrimonialista de los códigos decimonónicos (con más de *privacidad* que de *intimidad*⁶⁸) y la de las constituciones del siglo posterior será, por ejemplo, el muy diverso alcance atribuido a la protección del ámbito físico en que la intimidad se materializa: el *domicilio*⁶⁹. Éste pasará a ser considerado inviolable con el alcance y en la medida en que lo es la persona que en él habita⁷⁰.

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 éstos pueden, en determinado *contexto*, acabar cobrando.

⁶⁶ M. CARRILLO LÓPEZ, “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la C.E.”, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 53-90; citamos por la versión en CD –edición 2004–, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933502.

⁶⁷ Del “derecho a la libertad de información” no cabría extraer “el efecto de que convierta en públicas fuentes de información que no lo sean, como ya ha tenido este Tribunal oportunidad de declarar, por ejemplo, con respecto a la enfermería de una plaza de toros, que no es una fuente de información de acceso general”, afirma la STC 56/2004, de 19 de abril, F6, al enjuiciar normas establecidas sobre acceso de los medios de comunicación a dependencias judiciales; problema este último que volverá a plantearse en la STC 159/2005, de 20 de junio.

⁶⁸ No faltará, sin embargo, quien conceda más amplitud que a la intimidad a una privacidad entendida ahora como un conjunto de “facetas de la personalidad”, que “coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo” (C. GARCÍA GARCÍA, *El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Murcia, Universidad, 2003, pág. 396).

⁶⁹ L. MARTÍ MINGARRO ve aún en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, la prueba de que “también en la España constitucional se cumple aquello de que mi casa es mi castillo” (prólogo a *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág. 27).

⁷⁰ A la “sacralidad de la sede existencial de la persona” llega a aludir al caracterizarlo la STC 50/1995, de 23 de febrero, F5, para rechazar el reiterado acceso domiciliario de un inspector fiscal.

Al pasar de considerarlo como mero reducto territorial a contemplarlo como ámbito de despliegue personal, el Tribunal Constitucional levantará acta de una mutación histórica: la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de derecho privado, que no va más allá de servir “como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”. Se pasa ahora a reconocer una protección de carácter instrumental que defiende los ámbitos en que se desarrolla la “vida privada de la persona”, lo que lleva a constatar un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de “privacidad” (artículo 18.1 de la Constitución). Todo ello “obliga a mantener, por lo menos *prima facie*, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo”⁷¹.

Contemplado ahora el domicilio como “un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima”, deja de ser “objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado”, para pasar a serlo “lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella”⁷². Al pretender la autoridad administrativa, sin consentimiento del titular, ejecutar una demolición “ingresando en un domicilio privado”, sin contar con “una nueva resolución judicial que autorice la entrada”, se considerará vulnerado ese derecho. Ello llevará implícitamente a descartar la discusión sobre si el acuerdo de desalojo y su ejecución son un mismo acto⁷³. El problema acabará replanteándose posteriormente

⁷¹ STC 22/1984, de 17 de febrero, F.2, a propósito de la entrada en domicilio, sin resolución judicial, para ejecutar un decreto de demolición de unas obras realizadas al margen de la licencia municipal concedida.

⁷² STC 22/1984, de 17 de febrero, F.5. Argumentación reiterada, aunque con error de fecha en la cita, por la STC 137/1985, de 17 de octubre, F.2. Esta vinculación a la persona y su intimidad justificará que la inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica, admitida en abstracto por la sentencia anterior, no tenga “un contenido enteramente idéntico” que el de una física, como señalará la STC 69/1999, de 26 de abril, F.2.

⁷³ No hay duda de ello, en voto particular a esta STC 22/1984, para el magistrado Rubio Llorente, que no “adivina qué protección adicional de sus derechos habría obtenido la recurrente si hubiera logrado de la Administración la exhibición de un mandamiento expedido por otro Juez carente de competencia para controlar la legalidad de la actuación administrativa”.

con mayor flexibilidad, cuando tiene que “procederse a la inmediata detención de un presunto terrorista”⁷⁴.

Salvo tales circunstancias excepcionales, resultará por tanto ineludible para que se considere, a falta de resolución judicial, respetada la inviolabilidad del domicilio el consentimiento del afectado. La dimensión personal del derecho se pondrá de nuevo de relieve cuando se trata de “cónyuges o miembros de una pareja que conviven en un mismo domicilio”. Es obvio que en tal caso quien consiente en la entrada y registro del domicilio no sólo abre las puertas de un espacio físico del que puede ser cotitular, sino que también permite la intromisión en la intimidad propia de ese espacio, tanto la suya como la de los demás moradores, lo que puede llevar a invalidar el consentimiento de existir intereses contrapuestos⁷⁵.

La drástica actitud mantenida en el arranque de esta línea doctrinal se verá atemperada siete años después, con motivo de un desalojo y demolición de viviendas para posibilitar la construcción de un embalse. El Abogado del Estado, en su esfuerzo por desmarcarse de la sentencia guía, llega a apuntar que los edificios e instalaciones se demuelen “desde fuera”, es decir, sin necesidad de entrada o ingreso en el domicilio. El Tribunal entenderá más bien que la construcción de un embalse que afecta a viviendas implica, sin duda, el desalojo de los que en ellas habitan, obligando a una ponderación de los intereses y derechos de éstos, incluidos desde luego los referentes al domicilio. No se estaría pues “ante una actividad de la Administración de ejecución forzosa de sus propios actos amparada en el privilegio de la denominada autotutela administrativa, sino ante la ejecución de resoluciones judiciales firmes”.

Puesto a ponderar, el Tribunal no duda en asumir una rectificación en toda regla: “debemos apartarnos, en los términos previstos en el art. 13 LOTC⁷⁶, de la doctrina sentada en la Sentencia 22/1984, en lo que constituía su *ratio decidendi*, acerca de la exigencia de una duplici-

⁷⁴ En la STC 199/1987, de 16 de diciembre, F9, el Tribunal habrá de admitir, aunque “sólo, de forma excepcional, en supuestos absolutamente imprescindibles”, que “no permitan la oportuna adopción previa de medidas por la autoridad judicial”, que “podrá operar la excepción a la necesidad de previa autorización o mandato judicial”, que podría realizarse a posteriori.

⁷⁵ Así lo estima la STC 22/2003, de 10 de febrero, F8 y 9.

⁷⁶ Que establece: “cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno”.

dad de resoluciones judiciales”. Estima ahora que no cabe, una vez firme la resolución judicial, que otro órgano jurisdiccional entre de nuevo a revisar lo acordado y a reexaminar la ponderación judicial efectuada. En consecuencia, “si no es posible una intervención judicial revisora, tampoco resulta admisible una segunda resolución judicial que no efectuara esa revisión”. La conclusión será que no aparece justificada la exigencia de una nueva autorización judicial, que resultaría un requisito hueco e inútil si no revisara el fondo de sentencias ya firmes⁷⁷. Como ocurre en más de una ocasión, un voto particular acaba ganando la batalla tras dársele por derrotado.

Sede existencial de la persona

La vinculación de intimidad y dignidad personal en el concepto de domicilio obliga pues a trascender la literalidad del término constitucionalmente *puesto*⁷⁸. Por muchas vueltas y relecturas que nos imponamos, 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 la habitación de un hotel ofrezca suficiente estabilidad como para atribuirle dicho rango. Quizá, sin embargo, no ocurra lo mismo desde una perspectiva constitucional⁷⁹ si la policía registra, sin mandato judicial ni consentimiento de los afectados, las habitaciones ocupadas en un hotel por dos periodistas.

Ocurrió en Sevilla. El Tribunal había ya descartado un posible planteamiento restrictivo que llevara a la incorrecta equiparación entre domicilio protegido y morada habitual⁸⁰. La Audiencia Provincial no duda en suscitar una cuestión de inconstitucionalidad en relación al art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según el cual “las taber-

⁷⁷ STC 160/1991, de 18 de julio, A.10 y F-8 a 10.

⁷⁸ P. SERNA lamentará, sin embargo, que en más de un caso “la no adopción de un concepto de dignidad ha conducido al Tribunal Constitucional a entender de una forma que considero dócil y acrítica la conexión entre los derechos y la dignidad” (“La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”, *Derechos y Libertades*, 1995 (4), pág. 304).

⁷⁹ P.J. GONZÁLEZ TREVJANO no lo duda, al incluir entre los “requisitos no necesarios de la noción de domicilio” “la habitualidad del ámbito físico en que se concreta”, lo que extiende también la condición de tal a “los coches-cama del ferrocarril” o “los camarotes de los barcos” (*La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 154-155).

⁸⁰ En la STC 94/1999, de 31 de mayo, F.4.

nas, casas de comidas, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente”.

Mientras el Abogado del Estado apunta que, si se prescinde de dichos requisitos de estabilidad y relación jurídica privada, se puede llegar a proyecciones desmesuradas de la privacidad, el Tribunal recordará cómo sus pronunciamientos anteriores llevan a dar por sentado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. En sentido inverso, tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Se convertirá pues en decisivo “el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo”, por lo que “su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos”. Una vez más, lo *teleológico*, tan vinculado a la dimensión entelequial de las exigencias naturales, tendrá más capacidad de determinar el sentido del derecho que el mero análisis *gramatical* de la literalidad legal...

En consecuencia, no podrán ser considerados como domicilio aquellos espacios de los que se haya demostrado de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada; tampoco pues “los espacios abiertos”, ya que “es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior”.

Resultará así imprescindible que, “con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros”. Habrá que considerar que el registro realizado en el hotel sevillano fue inconstitucional, aun 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”⁸¹.

⁸¹ STC 10/2002, de 17 de enero, F1 y 6 a 8, (cursiva nuestra). En la STC 283/2000, de 27 de noviembre, F2, se había denegado el amparo, tras el registro de un bar y un almacén, porque “nada ha alegado el demandante para poner de manifiesto que ambos locales formasen parte de su ámbito espacial de vida íntima o familiar”.

Ocasión hubo para ampliar lo ya expuesto, al considerarse unos ciudadanos legitimados para recibir la indemnización concedida a los vecinos de una ruidosa zona del Ayuntamiento de Valencia, víctimas de secuelas discoqueteras. Aportaron por error un poder que los domiciliaba en Barcelona y, tras no pocas peripecias procesales, no se consideró probado que hubieran sido perjudicados por los ruidos. El fiscal consideró que la interpretación que realizó el órgano judicial no fue conforme “con el concepto de domicilio de la doctrina constitucional, que no exige habitualidad porque puede ser un domicilio de fines de semana, que además es cuando las molestias por ruidos de la discoteca eran más intensas”. Habiéndose alegado también indefensión, el Tribunal establece un “orden de enjuiciamiento de las quejas”, dando, como suele, “preferencia a aquella que de estimarse supondría la retroacción de las actuaciones”, para que sea el poder judicial quien pueda subsanar la vulneraciones alegadas. No se pronunció, en consecuencia, sobre la sugerencia de la fiscalía de que la legitimación se derivaba del “interés legítimo que ostentaban los demandantes de amparo en la cesación de los ruidos de la discoteca que se estaban produciendo en su domicilio y no del certificado de empadronamiento”, cuya oportuna presentación se cuestionaba⁸².

La inviolabilidad del domicilio podrá ceder, sin embargo, al verse ponderada con las exigencias de protección de otros bienes o derechos constitucionales, lo que obligará a que tal ponderación se refleje adecuadamente en una resolución judicial. Ésta, sin embargo, no habrá de cimentarse “en un indicio racional de comisión de un delito, bastando una *notitia criminis* alentada por la sospecha fundada en circunstancias objetivas de que se pudo haber cometido, o se está cometiendo o se cometerá el delito o delitos en cuestión”⁸³.

En todo caso, como la intervención del juez no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión, sino constituir una garantía destinada a prevenir la vulneración del derecho, resultará imprescindible, para que

⁸² STC 136/2000, de 29 de mayo, F4 y 5

⁸³ STC 136/2000, de 29 de mayo, F4 y 5, en la que “la falta de expresión de las circunstancias que pudieran sustentar la conexión entre la causa justificativa de la medida y la medida misma” lleva a “estimar que el Juez no pudo efectuar la debida ponderación” y que, por tanto, “se vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad del domicilio”, en asunto relacionado con tráfico de drogas. Con anterioridad, la “constatación fáctica de la total falta de motivación” llevó también a otorgar amparo con idéntico telón de fondo, en la STC 126/1995, de 25 de julio, F5.

pueda cumplir esta finalidad preventiva, que la “resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada”. No ocurrió así con la que permitía la entrada en el domicilio de los abuelos de unos menores considerados por la Administración en situación de desamparo. De la motivación no derivaba que hubiera “establecido límites temporales” a dicha intromisión, ni hubiera “expuesto las razones por las que considera necesario entrar en el domicilio”. Su contenido, de carácter genérico, podría utilizarse para casos muy diferentes, al no haberse razonado ni siquiera mínimamente la inexistencia de otros medios que reunieran la doble condición de garantizar la deseable “efectividad” y resultar a la vez “menos gravosos”⁸⁴.

El entrecruce de bienes jurídicos en juego llegó al extremo con motivo de la polémica Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, motejada en su día como la de la *patada en la puerta*, por su forzado desarrollo del concepto constitucional de “flagrante delito”. No es extraño que ya se hubiera pronosticado su inconstitucionalidad con anterioridad al fallo del Tribunal⁸⁵, que así lo estableció con arreglo a su propia doctrina sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales⁸⁶.

Acústico allanamiento de morada

En un plazo de más de quince años después de la sentencia guía, ha habido ya ocasión de dar paso a otros planteamientos novedosos de la relación entre intimidad y domicilio, como consecuencia también de las modificaciones históricas que ha ido experimentando nuestro entorno social.

⁸⁴ En todo caso, la anulación de las resoluciones da paso a un pronunciamiento “puramente declarativo” de la vulneración del derecho, sin atender la solicitada “devolución de los menores al domicilio del que fueron trasladados, ya que tal actuación es ajena al ámbito de protección que garantiza el art. 18.2 C.E.” (STC 139/2004, de 13 de septiembre, F2 a 4). Cumplida la exigencia de resolución judicial motivada, otros aspectos relativos al modo de realizar un registro (por ejemplo, el de una embarcación en ausencia del propietario) sólo afectarán a la legalidad de la medida, pero no a su constitucionalidad, como recordará la STC 219/2006, de 3 de julio, F7.

⁸⁵ P.J. GONZÁLEZ TREVJANO, tras repasar los avatares de su texto durante el debate parlamentario (*La inviolabilidad del domicilio*, Madrid, Tecnos, 1992, págs. 213-227).

⁸⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F8,A), con alusión a la ya citada STC 11/1981. F PASCUA MATEO comentará su “contexto histórico-político” en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág.136 y ss.

El Pleno del Tribunal recabó para sí el conocimiento de un recurso de amparo, competencia habitual de alguna de sus salas, enfatizándolo incluso con la nada usual celebración de vista pública. Como admite uno de los votos particulares concurrentes que provocará la sentencia, se trataba en realidad de debatir sobre un amparo “modesto en su alcance práctico al desembocar en un fallo desestimatorio”, pero que deparaba la ocasión para establecer una doctrina constitucional sobre los preceptos invocados que respondiera al “tipo de sociedad tecnológica que nos toca vivir”⁸⁷.

A todo ello, por lo demás, no era ajeno el influjo de una sentencia anterior emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en recurso formulado contra España, tras no haber sido admitido el caso a trámite por el Tribunal Constitucional, al considerarlo manifiestamente falto de fundamento. Entendió que “la existencia de humos, olores y ruidos no constituían en sí una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio”. Los jueces de Estrasburgo consideraron, por el contrario, ante la situación de la ciudadana vecina de Lorca 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”⁸⁸.

El conflicto posterior, que ahora comentamos, lo había provocado la presunta pasividad de otro Ayuntamiento ante la saturación acústica experimentada en una zona de la ciudad de Valencia, que habría podido afectar a derechos fundamentales de una ciudadana, víctima de insomnio. Dejando al margen lo relativo a la posible vulneración del derecho a la integridad física y moral, entrará en juego la intimidad personal y familiar, entendida como “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana”; así como la necesaria protección del “domicilio inviolable”, entendido como “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima”.

⁸⁷ El del magistrado Garrido Falla a la STC 119/2001, de 24 de mayo.

⁸⁸ Traducimos la versión en francés de la sentencia, de 9 de diciembre de 1994, sobre el caso *López Ostra c. España*, 15 y 51.

Ambos derechos, nada inmunes al contexto histórico, habrían adquirido “una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad”, ya que “nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos”. Esto cobraría particular relevancia “frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”⁸⁹.

El domicilio aparece así 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”⁹⁰.

De ahí la necesidad de establecer que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan “objetivamente calificarse como evitables e insoportables”, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad. Todo ello “siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”. El Tribunal mostró particular interés en dejar sentada esta doctrina, pese a la parvedad de las consecuencias.

En efecto, no aportaba la recurrente ninguna medición de los ruidos padecidos en su vivienda, sino que se habría limitado “a formular una serie de alegaciones de carácter general impropias de un recurso de amparo”⁹¹, lo que no le impedirá haber pasado a la historia.

No obstante, habrá quien levante acta de que la dimensión histórica del caso debería haber sido realzada en mayor medida, en vez de conformarse con un resultado que habría a fin de cuentas “edulcorado el *contenido ambiental* de los derechos fundamentales”. Se ignoraba con ello la existencia de un “triple escalón de protección constitucional que, en sentido descendente, iría desde el derecho a la integridad física

⁸⁹ STC 119/2001, de 24 de mayo, F5.

⁹⁰ Voto particular concurrente del magistrado Garrido Falla, ya citado.

⁹¹ STC 119/2001, de 24 de mayo, F6 y 7. También resultaría frustrada otra queja similar, al considerar en ese caso la STC 323/2006, de 20 de noviembre, F2, extemporánea la interposición de la demanda de amparo.

y moral (art. 15 C.E.) hasta el derecho al medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 C.E.), pasando por el derecho a la intimidad domiciliaria (art. 18 C.E.)”. Parecía más “conveniente reivindicar este contenido o componente subjetivo del art. 45.1”, no renunciando a ese último escalón del derecho a un medio ambiente adecuado, según acaba señalando el otro voto particular concurrente⁹².

El empeño por integrar la llamada *contaminación acústica* en el ámbito de protección de la intimidad, o incluso de la *privacidad domiciliaria*, no dejará de plantear notables dificultades. La letra constitucional sigue mostrándose incapaz de dar cuenta por sí sola del dinamismo histórico de las realidades a las que se refiere. Nada tiene de extraño que, para poder acercarla a los fenómenos que comentamos, hubiera resultado preciso en caso similar manipular la preconstitucional cobertura legal de la correspondiente actividad sancionadora: el ruido se presenta como una novedosa ampliación de las “formas de energía”⁹³. Los Ayuntamientos se ven, dentro de un marco legal tan históricamente desfasado, obligados a hacer acrobáticos ejercicios jurídicos para sancionar a la discoteca de turno, llegando a recurrir a la aplicación de una ordenanza destinada a controlar el “ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas”. Todo valdrá a la hora de encontrar al problema anclaje en la vigente regulación legal de la seguridad ciudadana⁹⁴.

No había terminado el año y ya el Tribunal de Estrasburgo volvía a condenar a España como consecuencia del aún sonoro caso anterior. Comenzará por recordar cómo el Ministerio Fiscal, aludiendo al caso López Ostra, había reclamado una “ampliación del concepto constitucional de domicilio” para reiterar luego su propia doctrina: en la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio no inciden “solamente los atentados materiales o corporales, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también atentados inmateriales o incorporeales, como ruidos, emisiones, olores y otras injerencias”, que

⁹² El del magistrado Jiménez de Parga, ponente a la vez de esta STC 119/2001, de 24 de mayo (cursivas nuestras).

⁹³ Según resalta el nutrido voto particular que firman los magistrados García Manzano, Casas Baamonde y Delgado Barrio, a la STC 16/2004, de 23 de febrero relativa a la sanción impuesta a un pub que generaba cincuenta decibelios a las 3:40 de la madrugada.

⁹⁴ Ello llevará a acabar amparando a la discoteca sancionada, al considerar la STC 25/2004, de 26 de febrero, A.2, a) y F.7, que la protección contra el ruido no puede considerarse como un aspecto más de la “seguridad pública”.

“pueden privar a una persona de su derecho” porque le impidan disfrutar de su domicilio”. En ese contexto, “exigir a una persona que habita en una zona acústicamente saturada”, como había sido declarada oficialmente la de la recurrente, “la prueba de algo ya conocido” no resultaba necesario y convertía en razonable la apelación formulada en su día por el Ministerio Fiscal a una “inversión de la carga de la prueba”⁹⁵.

Nos hemos encontrado, en todo caso, ante un elocuente ejemplo más de en qué medida la dimensión histórica de un derecho puede, si no dar paso a uno nuevo, aportar al menos novedosa solidez e influjo a otro ya existente. Más allá del tópico debate sobre si los derechos incluidos entre los llamados principios de política social y económica (los derechos culturales, económicos y sociales, para entendernos...) son realmente derechos, se sugiere la posibilidad de que este planteamiento expansivo de la intimidad pueda llevar “en el seno de un ‘Estado ambiental’, al reconocimiento de un verdadero derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente adecuado”⁹⁶.

Intimidad y libertad ideológica

Al aparecer la intimidad como derecho inherente a la dignidad humana, merecedora por ello de particular respeto, si se incurriera en su menosprecio sería a la persona misma a la que habría que considerar afectada. La protección constitucional del domicilio se ha visto en consecuencia obligada, como podría ocurrir con la de la persona, a ir mucho más allá de lo que merecería como mera localización de un partícipe en el tráfico jurídico. Cobra, en consecuencia, particular relevancia el juego de la autonomía personal. Lo íntimo no será tanto lo que aparece como propio, por entender que el sujeto ha querido apropiárselo, sino un espacio más moral que físico que marcará el despliegue

⁹⁵ Traducimos la versión en francés de la sentencia de 16 de noviembre de 2004 sobre el caso *Moreno Gómez c. España*, 30 (antes de recoger en los epígrafes 33-40 el contenido de la sentencia del Constitucional español), 53 y 59.

⁹⁶ J. HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, “Intimidad personal y familiar, domicilio y medio ambiente”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 257-273; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962207.

de la dignidad personal, manteniéndola a salvo de cualquier perturbador conocimiento ajeno⁹⁷.

Nada tiene de extraño que el derecho a la intimidad del artículo 18 C.E. acabe así enlazado con la libertad ideológica, o incluso la religiosa, del artículo 16 C.E. De ahí la frecuente alusión a la intimidad en las polémicas sobre la adecuada regulación jurídica de aspectos relacionados con el derecho a la vida⁹⁸ del artículo 15. Así ocurrió al declararse inconstitucional la nonata ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos. Se alude al contexto irradiante de la dignidad personal, que aparece como “valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”. Alguno de los abundantes votos particulares provocados criticará sin embargo reiteradamente la sentencia por “no haber entrado a fondo en el problema que la tipificación penal del aborto consentido plantea desde el punto de vista del derecho de la mujer a su intimidad y a su integridad física y moral”⁹⁹.

No muy distinta fue la situación al invocarse el derecho a la intimidad como argumento para reclamar un pretendido derecho a la muerte, con ocasión de las huelgas de hambre organizadas por terroristas recluidos en centros penitenciarios; el bagaje argumental de los recurrentes y de la sentencia no deja de invitar a eventuales extrapolaciones respecto a la eutanasia. Para defender el presunto derecho a

⁹⁷ En consecuencia, aunque puedan haberse lesionado otros derechos, al no haber, a través de las escuchas autorizadas, “accedido al proceso aspectos de la intimidad irrelevantes para la investigación del hecho”, no cabe apreciar la lesión autónoma del art. 18 C.E. (STC 49/1999, de 5 de abril, F13). Esta resolución asume otra del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como ilustra J. BARALLAT LÓPEZ en su “Comentario a la STC 49/1999, de 5 de abril. Recepción de la doctrina del TEDH plasmada en el caso Valenzuela contra España”, en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, págs. 147 y ss.

⁹⁸ G. DÍAZ PINTOS apunta la diferencia del tratamiento de este aspecto en las jurisprudencias constitucionales norteamericana y española (“La concepción ‘totémica’ del *nasciturus* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág. 188).

⁹⁹ STC 53/1985, de 11 de abril, F8, y voto particular del magistrado Rubio Llorente. No faltará posterior realce del alcance histórico de la sentencia, al considerarla la presidenta E. CASAS “de cita obligada” por resaltar que, “de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano” (“25 años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág.34, nt.7).

la muerte de los terroristas del GRAPO se alegó que ha de respetarse a todo ciudadano su personal código de opiniones, creencias, valores y objetivos vitales, impidiendo "la actuación estatal o de terceros en la esfera más *íntima* del sujeto", identificada con su actitud frente a su propia vida y traducida en un "poder configurador de su vida y su muerte"¹⁰⁰. El Tribunal rechazará repetidamente la existencia de un derecho a la muerte, remitiéndose obligadamente al contexto peculiar de los casos planteados.

Esta vinculación de la intimidad a la dignidad personal se evidencia también cuando son las propias opciones personales las que justifican que determinados aspectos puedan acabar saliendo a la luz. Así ocurrirá con los que voluntariamente se ofrecen a ejercer como profesores de religión de una confesión determinada. Tal circunstancia llevará consigo la necesidad de reconocer a las confesiones la competencia para el juicio sobre la idoneidad de las personas que hayan de impartir la enseñanza de su respectivo credo. Juicio que la Constitución permite que no se limite a la estricta consideración de los conocimientos dogmáticos o de las aptitudes pedagógicas del personal docente, siendo también posible que se extienda "a los extremos de la propia conducta en la medida en que el testimonio personal constituya para la comunidad religiosa un componente definitorio de su credo". El condicionamiento resultante irá más allá del asumido por quien se inserta profesionalmente en una llamada "empresa de tendencia" o el derivado del respeto al "ideario educativo" de un centro docente, llegando incluso a la exigencia "implícita de que quien pretenda transmitir la fe religiosa profese él mismo dicha fe", teórica y prácticamente¹⁰¹.

¹⁰⁰ STC 120/1990, de 27 de junio, A.5. Reiterado en idéntico antecedente de, entre otras, la STC 137/1990, de 19 de julio (la cursiva es nuestra). Hemos tenido ocasión de ocuparnos detenidamente de esta serie de resoluciones en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, págs. 107-152. Entran en ella también en juego aspectos relativos a la intimidad corporal, como señala J.M. SERRANO, "Sentencias constitucionales sobre la muerte digna", *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág. 233. A. DORREGO DE CARLOS la cita en primer lugar entre las sentencias que caracterizan "el momento de la consolidación" de la doctrina constitucional sobre libertades públicas ("Veinticinco años de jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional en la encrucijada", en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, págs. 56-57).

¹⁰¹ STC 38/2007, de 15 de febrero, F5 y 10, que considera conformes a la Constitución los preceptos que justificaron la no renovación de la propuesta episcopal de una profesora de religión católica "por mantener una relación afectiva con un hombre distinto de su esposo, del que se había separado" -A.2, a).

La ponderación entre las exigencias de la intimidad personal y las derivadas de la dimensión comunitaria de la libertad religiosa habrá de ser llevada a cabo por el órgano judicial en relación con cada caso concreto, ya que los preceptos cuya constitucionalidad se cuestionaba “sólo se refieren a la designación de genéricas cualidades o aptitudes del profesorado, sin hacer mención alguna de aspectos que integran su intimidad como factores que pudieran determinar su inclusión o exclusión de la propuesta”. Al menos así lo entiende, en éste y otros casos posteriores, el Ministerio Fiscal, que parece detectar en la posterior cadena de cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias un desmedido afán de enmienda de totalidad al sistema que propicia la enseñanza de religión católica en la escuela, al seguir aludiendo rutinariamente a la presunta vulneración del derecho a la intimidad en casos donde el conflicto gira en torno a aspectos sin duda relevantes, pero tan poco íntimos como las huelgas o la afiliación sindical¹⁰².

También en problema tan vinculado a la libertad ideológica o religiosa como la objeción de conciencia la conexión con el derecho a la intimidad quedará particularmente de relieve, aunque sea para descartar que pueda verse vulnerado. Sin la “voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas —y por tanto exteriores a su conciencia— de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad”. Se trataría de una circunstancia inevitable por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y a la prestación del servicio militar¹⁰³.

Todo ello resultará particularmente relevante a la hora de delimitar el *contenido esencial* del derecho a la intimidad. Cuando la libertad aparecía emparejada con la propiedad, resultaba lógico que acabara

¹⁰² Cfr., respecto al primer caso, la STC 38/2007, de 15 de febrero, A.8, y, respecto a los segundos, el A.8 de las STC 80/2007, 81/2007, 82/2007 y 86/2007, el A.5 de las STC 83/2007 y 84/2007, así como, por remisión, el A.8 de las STC 85/2007, 87/2007, 88/2007, 89/2007 y 90/2007, todas ellas de 19 de abril.

¹⁰³ STC 160/1987, de 27 de octubre, F5 b). En el epígrafe 2 de su voto particular, el magistrado De la Vega Benayas lo admitirá, a la vez que rechaza que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia pueda requerir de “otras personas u organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes”, ya que “se viola la intimidad personal” con ese “complemento informativo que escapa a la disponibilidad y autonomía del titular del derecho”. Argumento similar esgrime en el epígrafe 1 del suyo el magistrado García-Mon. Sobre esta sentencia, J.L. SERRANO “La clasificación de los derechos constitucionales y el ejercicio abusivo de derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), págs. 275 y ss.

implicando una total capacidad del sujeto para disponer sobre lo que constituyera su objeto. Lo íntimo sólo se desvela a quien se desea. Hacerlo de modo indiscriminado podría derivar hacia un exhibicionismo merecedor incluso de repulsa jurídica. En cualquier caso, a una *libertad* con aires de *propiedad* se añadía ya, de modo incipiente, una cierta *disponibilidad* con visos de *poder*.

La vinculación entre libertad y propiedad irá pasando progresivamente a segundo plano¹⁰⁴, al compás de la incidencia social de la crítica marxista al capitalismo. Valga como ejemplo la propuesta de *des-fundamentalizar* el derecho de propiedad, que según algún autorizado intérprete habría encontrado acogida en nuestra propia Constitución¹⁰⁵, cuando hacía ya tiempo que se habían apagado los ecos de las propuestas de nacionalización de la banca.

La *libertad* se empareja 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, a la hora de delimitar su campo de juego, de aquellos aspectos considerados *sensibles*¹⁰⁶, precisamente por su particular conexión con dicho fundamento.

El cuerpo como recinto personal

A la hora de calibrar esa *sensibilidad*, gozará de especial protagonismo todo lo relativo a la dimensión corporal del sujeto. El cuerpo se ve convertido, con cierta querencia instrumental, en el bien jurídico protegido al esgrimirse el derecho a la intimidad; quizá por verse tratado

¹⁰⁴ Se convertiría incluso en difícilmente conciliable con el carácter “inalienable” atribuido a los derechos fundamentales que, para J.R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, significaría que “son irrenunciables incluso por sus propios titulares, es decir no se pueden negociar con ningún bien o valor en conflicto”; lo afirma tras señalar que no son concebibles “sin asumir ciertos compromisos valorativos” (“Concepto de derechos fundamentales”, en *Constitución y derechos fundamentales* -J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS, coords.-, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 207 y 202).

¹⁰⁵ G. PECES-BARBA, *Derecho positivo de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1987, pág. 42.

¹⁰⁶ No es infrecuente el recurso a esta terminología. Así, en la STC 203/2001, de 15 de octubre, A.7, el fiscal, a propósito de los datos negados a un diputado, señala que “si bien no existe comisión parlamentaria de investigación, los informes solicitados no afectan a la intimidad ni se trata de datos sensibles”.

como si constituyera el recinto domiciliario de la personalidad. Leeremos, en consecuencia, que “la Constitución garantiza la intimidad personal (art. 18.1), de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas que ahora importan, frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona”¹⁰⁷.

Al abordarse, por ejemplo, en qué medida podría el derecho a la intimidad justificar la negativa a someterse a una prueba hematológica, el Tribunal dará por sentado que la extracción de unas gotas de sangre “no constituye, según un sano criterio, violación del pudor o recato de una persona”. Menos aún si se trata de instrumentar el terminante mandato constitucional del art. 39.2 C.E. sobre investigación de la paternidad y tal intervención corporal resulta para ello indispensable. Se exigirá que la resolución judicial que ordene realizar las pruebas biológicas guarde “una adecuada proporción entre la intromisión que conlleva en la intimidad y la integridad física o moral del afectado por ellas, y la finalidad a la que sirve”.

En la medida en que los órganos judiciales, partiendo del reconocimiento de un supuesto derecho del demandado a no someterse a la práctica de la prueba biológica de filiación, acataran la negativa del afectado a la realización de esa prueba, declarada pertinente, debería entenderse que “han aceptado su falta de colaboración con la Justicia en la determinación de derechos de interés público, no disponibles por las partes, como son los de filiación”¹⁰⁸.

Se apelará también cinco años después a este derecho como fundamento para negarse a una prueba hematológica destinada a deter-

¹⁰⁷ STC 37/1989, de 15 de febrero, F.7. La evocará la STC 156/2001, de 2 de julio, F.4. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA y L. RODRÍGUEZ RAMOS no acogen con demasiado entusiasmo la sentencia, por considerar que en ella “resulta difuminada la intimidad hasta el punto de desaparecer como derecho fundamental”, para dar paso a una *intimidad light* (“La intimidad corporal devaluada. Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, 1989 (14), pág. 124).

¹⁰⁸ STC 7/1994, de 17 de enero F.3 y 6. La magistrada A. GUILLÓ SÁNCHEZ considera que “pocas veces una resolución del Tribunal Constitucional ha sido tan controvertida como ésta”, no tanto por “la fundamentación de la sentencia del Tribunal” como por “el contenido de su fallo, que, virtualmente, resolvía en el plano judicial, y no estrictamente constitucional, la cuestión litigiosa discutida” (“Intimidad y familia” en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 217-256; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962206).

minar una filiación extramatrimonial, tras negar la existencia de relación sexual alguna con el demandante, que reclama el reconocimiento de su paternidad. La madre considera vulnerada su intimidad por la sentencia, que dio por establecida dicha filiación como consecuencia de su negativa a la práctica de dicha diligencia y a la existencia de otros elementos probatorios.

El Tribunal, como ya había hecho en la ocasión anterior, declara “la plena conformidad constitucional” de ordenar la práctica de dicho reconocimiento hematológico, al estimar que este tipo de pruebas “no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona”. Recuerda, a la vez, el inciso final del art. 39.2 C.E., según el cual la ley posibilitará la investigación de la paternidad¹⁰⁹.

Las referencias corporales acabarán sirviendo de puente entre la intimidad y otros derechos vecinos, como el que exige respeto a la propia imagen. El barman despedido de un hotel tras haber decidido renunciar al clásico afeitado argumentará que “la decisión sobre si la estética corporal es favorecida o no por el uso de la barba es parte integrante de la intimidad y el derecho a la propia imagen de la persona”. No comparte tal convencimiento el fiscal, por entender precisamente que tales derechos se conforman como algo más profundo y global que el puro aspecto físico.

El Tribunal no entra en el debate, al considerar que lo que se está discutiendo no es si se ha producido “una difusión o captación ilícita de su propia imagen”, ni si se habría de respetar al barman la decisión personal sobre su apariencia física; lo que se plantea en el proceso es “si esta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales”. Decisiva para zanjar este debate en torno al alcance de la autonomía personal será una muestra de historicidad: el haberse considerado probado “el uso local en el sector de hostelería de que los empleados que tengan contacto con los clientes deben permanecer afeitados”¹¹⁰.

La relevancia de lo corporal se acentúa cuando la *intimidad* aparece convertida en *pudor*, con particulares exigencias de recato, al entrar en juego elementos especialmente vinculados a la sexualidad. Así quedará de relieve cuando un recluso se ve obligado, tras mantener un *vis*

¹⁰⁹ STC 95/1999, de 31 de mayo, F.2.

¹¹⁰ STC 170/1987, de 30 de octubre, F.4 y A.4.

a vis, a desnudarse por completo y realizar flexiones ante un funcionario. El Tribunal asume que “una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de la intimidad”, ya que quienes cumplen penas de este tipo ven cómo quedan expuestas al público, e incluso necesitadas de autorización, muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas. Eso no es óbice para que recuerde que de la intimidad personal forma parte la intimidad corporal y con ella “queda así protegido por el ordenamiento el sentimiento de pudor personal, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la propia comunidad”. Nueva referencia pues a elementos históricos.

Una vez más, esa historicidad de la dimensión existencial de lo jurídico no implica cuestionamiento de su contenido esencial, sino que contribuye a su actualización práctica. No hay en este aspecto diferencia alguna con lo que acontece respecto a la intimidad en general. Se nos llegará a afirmar que “el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es una entidad física, sino cultural, y en consecuencia determinada por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal”.

Tampoco en esta variante de la intimidad nos encontraremos ante “un derecho de carácter absoluto”, si bien “todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias”. Esto obligará a atender a la “proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquél a quien se le impone” y, en todo caso, a respetar su contenido esencial.

Todo ello habría de plasmarse en la justificación por parte de la Administración penitenciaria de la limitación impuesta, que en la ocasión de autos brilló por su ausencia. No se aludió en efecto a determinadas circunstancias de la situación del centro penitenciario o de la conducta del interno que brindaran fundamento razonable para justificar la orden recibida. “No puede considerarse justificación suficiente de la medida la simple alegación de que en la generalidad de las prisiones las comunicaciones íntimas son el medio habitual para que los internos reciban desde el exterior objetos peligrosos o estupefacientes”.

La conclusión era previsible, de acuerdo siempre con los “valores dominantes en nuestra cultura sobre el recato corporal”. En atención a ellos, es indudable que incluso encontrándose en una relación de “sujeción especial”, como ocurre en un centro de esa naturaleza, una persona no puede, contra su voluntad, verse en la situación de “expo-

ner y exhibir su cuerpo desnudo ante otra persona, pues ello quebrantaría su intimidad corporal”. A ello, viene a agregarse como elemento significativo que se vea “obligado a practicar varias flexiones”¹¹¹.

En general, la práctica de cacheos se convierte inevitablemente en polémica, “por cuanto supone de ruptura con los planteamientos liberales del proceso penal, contrarios a la idea de convertir al imputado en objeto de prueba”. Como mecanismo preventivo, sólo sería admisible por las mismas causas que justifican la detención¹¹².

Hechos parecidos se repiten en otro centro penitenciario, al ordenarse, tras una comunicación íntima, un cacheo con desnudo integral. El recluso alegaba que tal procedimiento debía considerarse “excepcional, motivado, y con ofrecimiento de una bata para realizarlo”; tras retenérsele unos chicles, fue sancionado. Con cita de la sentencia anterior, el Tribunal estima lesionado su derecho a la intimidad, pues ni la medida se encontraba justificada específicamente en atención a la conducta previa del interno o a las condiciones del centro, ni tampoco se advierte que fuese llevada a cabo utilizando “los medios necesarios para procurar una mínima afectación de aquel derecho”¹¹³.

Serán también estas previstas “comunicaciones especiales” de los reclusos las que lleven al Tribunal a precisar el papel que juegan las relaciones sexuales en el marco del derecho a la intimidad. Dará pie a ello

¹¹¹ STC 57/1994, de 28 de febrero, F5 a 7. Tal circunstancia gimnástica saldrá también a relucir en muy diverso ámbito cuando, con motivo de la inauguración del AVE en 1992, RENFE ordena el uso obligatorio por el personal femenino de falda, “de 2 cms. por encima de la rótula”, excluyendo el recurso al pantalón. El sindicato recurrente recordará algo tan obvio como que “las piernas de una mujer forman parte de su intimidad” y argumenta que la medida “resulta incómoda y perjudicial para algunas trabajadoras”, al generarle problemas “tanto en postura quieta como al agacharse”. La empresa anuncia la revocación de la orden en 1994, y el Tribunal considerará, doce años después, satisfechas extraprocesalmente las eventuales vulneraciones de derechos, en la STC 84/2006, de 27 de marzo, A.2. c) y 3, y F3.

¹¹² J.J. LÓPEZ ORTEGA, “La protección de la intimidad en la investigación penal: necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*; Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 275-307; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código C1962208.

¹¹³ STC 204/2000, de 24 de julio, A.2 c) y F.4. Similar doctrina se reitera en la STC 218/2002, de 25 de noviembre, F.4 a 6, con cita de la STC 57/1994. Sobre el particular, F. REVIRIEGO PICÓN, que detecta “una aplicación casi sistemática” de los cacheos, con la seguridad como “panacea”, hasta convertirla “en una medida casi ordinaria” (“Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. Algunos apuntes sobre el derecho a la intimidad en los centros penitenciarios”, en *Derecho Constitucional para el siglo XXI* -J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN eds.-, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, t. I, pág. 1603).

el recurso de amparo planteado por la Asociación Salkheta contra la actitud del director de un centro penitenciario que, en cumplimiento de lo reglamentado, se niega a facilitarlas a reclusos clasificados en determinado grado de tratamiento penitenciario. El recurso vinculará tales relaciones con el ejercicio de varios derechos fundamentales merecedores de amparo¹¹⁴.

Entrando en materia, el Tribunal recordará que para quienes se encuentran en libertad el mantenimiento de estas relaciones no supone el ejercicio de un derecho, sino “una manifestación más de la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles”. En consecuencia, el efectivo mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte del contenido de ningún derecho fundamental, por ser, precisamente, “una manifestación de la libertad a secas”. Como corolario, considera “obvio, que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, que es incluso uno de sus reductos más sagrados, pero lo que el Derecho puede proteger, y el nuestro, afortunadamente, protege, es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres”¹¹⁵.

La desestimación del amparo se repetirá dos años más tarde, insistiendo el Tribunal en su negativa a considerar que quepa incluir, como se le planteaba, entre los tratos inhumanos o degradantes “la privación de comunicaciones especiales y de tenencia de aparato de televisión en la celda”¹¹⁶.

¹¹⁴ El Tribunal Constitucional no pierde, por cierto, ocasión de resaltar un hecho que no le “deja de suscitar alguna extrañeza”: que se haya reconocido por la Audiencia Provincial de Álava legitimación procesal a la citada Asociación, gracias a “un entendimiento ciertamente muy amplio de lo dispuesto” legalmente y “por razones cuya solidez no es del todo evidente”, acompañadas de una “inequívoca invitación para acudir ante nosotros en amparo”; subraya también “la renuncia explícita del Ministerio Fiscal a cuestionar” tal resolución, STC 89/1987, de 3 de junio, F.1.

¹¹⁵ STC 89/1987, de 3 de junio, F.2. Muy crítico al respecto J. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Vida privada e intimidad: implicaciones y perversiones”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997 (XIV), págs. 732-734. Parece malentender la, quizá no muy afortunada, redacción de la sentencia, ya que ésta no niega que las relaciones sexuales sean íntimas, sino que los reclusos, sea cual sea su grado y situación penitenciaria, tengan un derecho, incluso fundamental, a exigir a los poderes públicos que pongan los medios para que puedan llevarlas a cabo, convirtiendo a estos efectos a la intimidad en derecho de prestación. Bastante más sereno el análisis de J.C. DUQUE VILLANUEVA, “El derecho a la intimidad personal y familiar en el ámbito penitenciario”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*; Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 99-156; hemos consultado la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962203.

¹¹⁶ STC 119/1996, de 8 de julio, F.2. El magistrado Viver Pi-Sunyer pasará de ponente a emisor de voto particular, al que se adhiere también Vives Antón, por considerar falta de cobertura legal la circular en que las medidas penitenciarias se expresaban.

Tampoco encontrará eco positivo la negativa de un recluso a compartir celda con otro, para él desconocido. Aunque las normas legales establecen “con carácter general que cada interno ocupará una celda individual, asimismo admiten la posibilidad de convivencia de varios internos en la misma celda por insuficiencia temporal de alojamiento u otras razones”; no cabe pues dar por buena “la existencia de un derecho subjetivo a habitación o celda individual”. La apelación al artículo 18.1 de la Constitución se verá contrarrestada por la ya habitual alusión a la merma de intimidad como “una de las consecuencias más dolorosas de la privación de libertad”¹¹⁷.

Por paradójico que a primera vista pudiera resultar, el derecho a la intimidad podría hacerse más compatible con las exigencias del régimen penitenciario gracias, precisamente, a esas tecnologías a las que vimos puestas bajo sospecha. La posibilidad de plantear como alternativa a la prisión un sistema de control monitorizado ha dado paso a un amplio debate. Se alude, por una parte, al peligro de que la medida se convierta en realidad en una alternativa no a la pena, sino a la puesta en libertad; tal ocurriría en su aplicación a reclusos en tercer grado. No se ignoran sin embargo sus ventajas, al evitar el hacinamiento o promiscuidad y facilitar ámbitos de despliegue de la vida íntima fuera de la prisión. Los argumentos serán dispares y contradictorios porque, como se ha señalado, la vigilancia electrónica altera la relación entre lo público y lo privado, decisiva para que la intimidad, pueda las más de las veces, cobrar algún sentido. En todo caso, las fallidas experiencias de otras iniciativas, como los trabajos en interés de la comunidad o los arrestos de fin de semana, no parecen invitar al entusiasmo¹¹⁸.

La dura lucha contra droga y alcohol

Si algo protagoniza buena parte de los conflictos jurídicos en nuestra sociedad en el actual momento histórico serán las secuelas de la adicción a la droga o a las bebidas alcohólicas. De ahí que no muy dispar de la del primero de los dos últimos casos analizados será la situación planteada dos años después, siendo ahora el perjudicado, paradójica-

¹¹⁷ STC 195/1995, de 19 de diciembre, F.3.

¹¹⁸ M. POZA CISNEROS, “Las nuevas tecnologías en el ámbito penal”, *Poder Judicial*, 2002 (65), págs. 116, 119, 120, 122, 126 y 132.

mente, un Jefe de Grupo de la Policía Judicial de la Guardia Civil. Dos encausados aseguran que “otorgaba protección a diversas personas relacionadas con el mundo del tráfico de estupefacientes a cambio de la percepción de cocaína”. Como consecuencia, y con objeto de determinar, concretamente si es consumidor de cocaína u otras sustancias tóxicas o estupefacientes, o si era adicto a las mismas sustancias mencionadas, así como el tiempo desde que lo pudiera ser, se requiere su conformidad para que el médico forense procediera a cortarle cabellos de diferentes partes de la cabeza, y la totalidad del vello de las axilas.

Ante los motivos alegados para rehusar someterse a tal pericia, el Tribunal considera que en principio no resulta afectado su derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal.

El policía, apoyándose en la doctrina ya sentada en ocasiones anteriores, diversificará la alegada vulneración, planteándola “en una doble vertiente: como derecho a la intimidad corporal y, desde una perspectiva más amplia, como derecho a la intimidad personal”. El Tribunal da por bueno que el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque “no es una entidad física, sino cultural”. La extracción de los cabellos no entra dentro del ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la *intimidad corporal*, ni, por lo tanto, puede llegar a vulnerarlo, pero la alegación sí puede ser compartida por lo que respecta a la *intimidad personal*, que “tiene un contenido más amplio”.

Relevante al respecto resultaba el alcance de la prueba a practicar, al apuntar al posible consumo de cualquier tipo de droga sin limitación temporal. “Una pericia acordada en unos términos objetivos y temporales tan amplios supone una intromisión en la esfera de la vida privada de la persona”, ya que el hecho de haber consumido en algún momento algún género de drogas, aun tratándose de una conducta que “en nuestro ordenamiento es en sí misma impune”, al provocarse su “conocimiento por la sociedad” generaría “un juicio de valor social de reproche”.

El análisis de los requisitos de constitucionalidad de la práctica de dicha prueba obligaba a contrastar tres exigencias: si “la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley”, si ha sido “adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada”, y si cabe considerarla “idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo”.

Las exigencias derivadas del canon de proporcionalidad serán particularmente exigentes: que la medida sea “susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad)” ; que sea “necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad)”, y que quepa estimarla “ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.

El resultado de dicho escrutinio fue que , en primer lugar, la medida no gozaba de la cobertura legal requerida, al no tratarse del análisis de elementos disponibles, sino de una extracción coactiva; no resultaba por otra parte necesaria, al no ser “objetivamente imprescindible para acreditar la existencia de los hechos delictivos investigados”, pudiendo aportar “únicamente un hecho indiciario” y, por tanto, “insusceptible por sí solo de destruir el derecho a la presunción de inocencia”¹¹⁹.

Un año después la solución será distinta. Lo que se cuestionaba esta vez , de modo implícito, era la constitucionalidad de los controles previstos por la Ley de Tráfico y Seguridad Vial para evitar la posible conducción de vehículos bajo los efectos de alcohol o estupefacientes¹²⁰. Las pruebas consistirían normalmente en la verificación del aire espirado mediante alcoholímetros autorizados, contemplándose “también la posibilidad de que, a petición del interesado o por orden de la autoridad judicial, se puedan repetir las pruebas a efectos de contraste, pudiendo consistir en análisis de sangre, orina u otros análogos”.

¹¹⁹ STC 207/1996, de 16 de diciembre, A.2 a), F.1, a F.4 y F.6., A. DEL MORAL analiza las repercusiones legislativas de esta sentencia en “La protección constitucional del vello”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), págs. 393 y ss.

¹²⁰ A. GIL HERNÁNDEZ señala cómo “si no se impusiera al inculpado la obligación de soportar negativamente diligencias en su persona, la investigación de los delitos sería totalmente imposible”, pero si el acusado se niega a someterse a la práctica, “dos son las consecuencias que el Tribunal Constitucional deriva: la utilización de dicha conducta como indicio en su contra, de dudoso encaje con los derechos reconocidos en el art. 24 C.E., y la amenaza de sanción penal por un delito de desobediencia”, que tropezará con la imposibilidad de exigir al “individuo una colaboración activa en la práctica de aquellas medidas que puedan incriminarles”, así como con la evidencia de que la pena que la desobediencia conlleva será “de seguro inferior en la mayoría de las ocasiones a la del delito que se investiga” (“Protección de la intimidad corporal: aspectos penales y procesales”, en Consejo General del Poder Judicial”, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial 3/1996, págs. 27-146; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CP960302).

El Tribunal estima que ninguna de ellas puede considerarse contraria a la Constitución, ya que, si consiste en un análisis de sangre, se trataría de una “intervención corporal leve”, y es evidente que, cuando se realice de forma voluntaria, no se lesiona ni el derecho a la integridad física ni el derecho a la intimidad corporal. Cuando se trata de “una obligación impuesta por el Juez”, habrá que comprobar si la medida “está prevista por la Ley” y “es proporcionada”, en cuanto sirve objetivamente para determinar hechos que constituyen el objeto de un proceso penal y es necesaria a este fin; sin que tampoco existan otras medidas menos gravosas e igualmente aptas. Si la prueba sólo consiste en la espiración de aire, tampoco es contraria a la Constitución, pues es claro que, por la parte del cuerpo afectada, difícilmente se lesiona el derecho a la intimidad corporal¹²¹.

La obvia relevancia del consentimiento de quien es objeto de este tipo de pruebas llevará consigo la posibilidad de su posterior revocación. Así ocurre cuando un recluso solicita que se le practique una analítica destinada a probar la superación de su adicción a las drogas, pero se niega posteriormente a aportar, como se le requirió, una muestra de orina una vez desnudado de modo integral. Aducía que, “dadas las características del lugar donde se iba a proceder a proporcionar la muestra de orina, podía ser visto por terceras personas”. La sanción recibida por tal motivo habría vulnerado su derecho fundamental, a juicio del Tribunal, porque “la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y su carácter de elementos esenciales del ordenamiento jurídico imponen a los poderes públicos la obligación de tener presente su contenido constitucional, impidiendo reacciones que supongan su sacrificio innecesario o desproporcionado o tengan un efecto disuasor o desalentador de su ejercicio”¹²².

¹²¹ STC 234/1997, de 18 de diciembre, F9.

¹²² STC 196/2006, de 3 de julio, F6.

II

LA DELIMITACIÓN DE LA INTIMIDAD

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 texto del artículo de la Constitución que venimos analizando, aparece emparejada con el derecho al *honor*. Pese a tan estrecha vecindad¹²³, sería precipitado derivar de ello que la protección jurídica que uno y otro derecho reciban haya de ser idéntica. No se descarta incluso que ello pudiera acabar resultando contraproducente, especialmente en el ámbito penal¹²⁴.

Intimidad y honor

Resultará, en todo caso, a menudo imposible dictaminar el efectivo alcance de ambos derechos sin dar paso a una *ponderación* con otros que también entran en juego. Gracias a ella podremos determinar el contenido de unos y otros derechos. No es infrecuente que se proyecte sobre ellos la misma *ontología cosificadora* y ahistórica con que suele abordarse el derecho en general: como si se tratara de un objeto acabadamente perfilado. Desde este punto de vista, el único problema del ordenamiento jurídico derivaría de sus posibles vacíos o lagunas,

¹²³ J.M. ESPINAR VICENTE, siempre original, hace entrar en juego un tercer elemento: la fama, “entendida como la opinión que las gentes tienen de una persona, constituye muchas veces la base sobre la que se presta el consentimiento para establecer relaciones con los demás”. De ahí derivará que todo asunto que “sirva para la construcción de su fama social puede y debe ser conocido más allá del ámbito que el sujeto pretende mantener reservado para sí mismo o su familia”. Añadirá que “el concepto ‘honor’, en su dimensión ‘fama’, es el que se encuentra específicamente tutelado en el artículo 18 de la Constitución” (“La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, -ed. L.García San Miguel-, Madrid, Tecnos, págs. 50, 51 y 61).

¹²⁴ J. BOIX REIG, “Protección jurídico-penal de la intimidad e informática”, en *Poder Judicial*, 1989, número especial IX: sobre *Nuevas formas de delincuencia*, pág. 20.

que le impedirían abarcar toda la realidad regulable. El planteado por los derechos derivaría más bien de la convicción de que no hay derechos ilimitados. Como consecuencia, alguno de los derechos en liza, o los dos, tendría que aceptar verse limitado; habría de renunciar a parte de su contenido para resolver un conflicto que —objeto contra objeto o cosa contra cosa— parece más bien tener que ver con el principio de impenetrabilidad de los cuerpos.

La realidad es bien distinta. No contamos con derechos acabadamente perfilados que luego haya que limitar cercenando parte de su superficie¹²⁵. Más que imponer la *limitación* de algo acabado, tendremos que abordar la *delimitación* de una realidad necesitada aún de determinación, al compás del proceso de positivación que toda realidad jurídica lleva consigo¹²⁶. No tenemos primero un derecho determinado, que se verá luego limitado en caso de conflicto; más bien resolvemos conflictos delimitando unos derechos de perfil hasta entonces problemático¹²⁷. En la medida en que esta operación se produce ante casos concretos, el grado de historicidad de la delimitación práctica de los derechos se verá notablemente incrementado.

Intimidad y honor van a verse en ocasiones implicados en procesos de delimitación con similares derechos; valgan dos como ejemplo: información y libertad de expresión¹²⁸. No falta, sin embargo, algún caso excepcional en que los límites de la intimidad deriven paradójicamente de la entrada en juego del propio derecho al honor.

Se suscitó cuando, atendiendo a la propuesta de un Tribunal de Honor, las instancias judiciales (incluida la Sala Quinta del Tribunal Su-

¹²⁵ No han faltado intentos de esbozar incluso un auténtico mapa de los derechos y ámbitos en juego. Véase el que dibuja L. REBOLLO DELGADO en *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 88.

¹²⁶ 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, págs. 157 Y 159).

¹²⁷ Amparando a quien había visto publicada una condena por estafa, supuestamente firme, la STC 219/1992, de 3 de diciembre, F. 2, apuntará con acierto que la “ponderación no constituye una labor hermenéutica sustancialmente distinta de la que determina el contenido de cada uno de los derechos en presencia y los límites externos que se derivan de su interacción recíproca”.

¹²⁸ De ello nos hemos ocupado en “La ponderación delimitadora de los derechos humanos: libertad informativa e intimidad personal”, *La Ley*, 11-XII-1998 (XIX-4691), págs. 1-4; incluido luego en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México D.F., UNAM, 2007.

premo) avalaron la sanción de separación del servicio a un capitán que habría vulnerado el honor militar al consentir en el propio domicilio el adulterio de su mujer con otro militar.

El Abogado del Estado intentará justificar la situación, calificando de “meramente retórica” la invocada vulneración del derecho a la intimidad, al considerar que “la conducta calificada como deshonrosa trascendió, sin duda, más allá del círculo íntimo del solicitante de amparo y fue conocida por sus compañeros y por el mando, como se infiere con evidencia del hecho incontestable de haber motivado la constitución del Tribunal de Honor”. Alude, para relativizar las exigencias de protección de la intimidad, a la “especial situación de sujeción en la que se encuentran los miembros de las Fuerzas Armadas”¹²⁹.

El Tribunal Supremo recuerda la historicidad propia de los términos honor o dignidad, al constituir lo que en la terminología jurídico-penal se denominan “conceptos normativos, de carácter social”. Si bien ello conllevaría una cierta “indeterminación”, no afectaría a la seguridad jurídica “siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia”.

Para el Tribunal Constitucional resultará en efecto decisivo que tales conceptos se conviertan en “determinables”. Dando por hecho que se trataría de “cláusulas normativas necesitadas de complementación judicial”, ello obligaría a “realizar esta labor siguiendo pautas objetivas y no discrecionales que determinen y complementen dichos preceptos haciéndolos previsibles y garantizando la taxatividad de la norma”. Para ello, habría pues que asumir su historicidad sin concederse una relativista patente de corso. Sería preciso sin duda remitirse a “los valores generalmente admitidos y conocidos socialmente”, pero depurados desde la perspectiva del ordenamiento jurídico y, especialmente, desde la Constitución. Una vez más, el reenvío a los textos, no hace sino apelar a una realidad objetiva a la que ellos nos remitirían.

La conclusión acabará siendo que “en las resoluciones enjuiciadas no se explicita suficientemente el proceso de concreción de los conceptos indeterminados” que les servían de fundamento. Se parte pues del convencimiento de que es posible determinarlos con objetividad aunque suelen recurrir a un lenguaje “relativamente vago y versátil”, ya que “las normas son necesariamente abstractas”; no se duda, sin embar-

¹²⁹ STC 151/1997, de 29 de septiembre, A.8.

go, de que “remiten implícitamente a una *realidad valorativa subyacente*”. Qué pueda entenderse por estas tres últimas palabras, y hasta qué punto serían compatibles con una óptica ortodoxamente positivista, no deja de revestir interés¹³⁰.

¿En qué medida cabría, en este contexto, entender limitado el derecho a la intimidad por unas exigencias del honor capaces de llegar a justificar una definitiva separación del servicio? Para el Tribunal hay pocas dudas de que “el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar”. En consecuencia, dado el carácter indeterminado del tipo penal aplicado, el consiguiente mayor riesgo de extensión indebida y su efecto limitador de un derecho fundamental como el reconocido en el art. 18 C.E., las resoluciones incurrirían “en las vulneraciones constitucionales denunciadas si están huérfanas de motivación suficiente”¹³¹.

El Tribunal Supremo había entendido que se conduce con el honor exigible a un militar “quien observa un comportamiento inspirado por unas exigencias morales más rigurosas a las que sirven de pauta al común de los hombres”. El Constitucional apuntará que “aparte de lo inconcreto de esta conceptualización, nada se dice de la aplicación al caso específico enjuiciado”; incluso, “a pesar de tratarse de una sanción por conducta omisiva, no se insinúa siquiera cuál debía ser la conducta jurídicamente debida”. En resumen, “ni el Tribunal de Honor ni el Tribunal Supremo aclaran en qué consistió la deshonra, con qué pauta o regla ético-social o moral se valoró la misma, o cuál era el concreto comportamiento alternativo adecuado a los bienes que se dicen menoscabados”¹³²;

¹³⁰ STC 151/1997, de 29 de septiembre, A.9, F.3 y 4, (cursivas nuestras). L. PRIETO SANCHÍS señala que “los actuales planteamientos antipositivistas que aparecen unidos a la cultura jurídica del constitucionalismo lo que vienen a sostener, en el fondo, es la conexión del derecho con la moral social”, añadiendo: y “no con la moral crítica” (con pretensiones objetivas, es de imaginar). Más abajo admitirá que cuando “se acepta que los derechos humanos ‘valen’ jurídicamente porque cuentan con el respaldo del constituyente, se está reconociendo que su fundamento reside en una voluntad histórica, es decir, en una moral social legalizada, con independencia de que, además, nos puedan parecer exigencias de la moral crítica” (*Constitucionalismo y positivismo*, México D.F., Fontamara, 1997, págs. 73 y 74).

¹³¹ STC 151/1997, de 29 de septiembre, F.5.

¹³² STC 151/1997, de 29 de septiembre, F.6.

todo ello privaba de justificación a tan obvia injerencia en la intimidad personal y familiar.

La ponderación delimitadora del honor como punto de referencia

En cuanto a la relaciones entre los derechos al honor y la intimidad y otros posibles derechos en juego resultan esclarecedores los criterios de ponderación que el máximo intérprete de la Constitución va haciendo entrar en escena, al proceder a lo que con notable acierto presenta como “mutua delimitación”¹³³ de dos parejas de derechos: la que en el artículo 20 de la Constitución ampara a la libertad de expresión y al derecho a dar o recibir información, por una parte, y la que protege en el artículo 18 a honor e intimidad¹³⁴, por otra.

Ya hemos tenido ocasión de señalar cómo esta ponderación implica una inevitable y nada patológica actividad interpretativa, que hace posible la *delimitación* del efectivo alcance de los derechos concurrentes. Se ha señalado certeramente que “toda la Constitución obliga, en principio, por igual, de tal manera que cuando el ejercicio de un derecho tiene como consecuencia la violación de otro, o bien no se está propiamente ejerciendo uno de los derechos, o no se está propiamente vulnerando el otro”. No es menos cierto que, en realidad, “la contraposición se encuentra, ante todo, entre las pretensiones subyacentes a cada grupo de derechos, y no entre los derechos en sí mismos considerados”¹³⁵.

La ponderación expresa pues el modo razonable de configurar acabadamente los derechos, y no un remedio de emergencia para sol-

¹³³ La expresión la encontramos literalmente recogida en la STC 186/2002, de 14 de octubre, F3.

¹³⁴ Una primera referencia ocasional al juego de ambos derechos en la STC 105/1983, de 23 de noviembre, F11.

¹³⁵ P. CRUZ VILLALÓN, que añadirá: “el mandato recogido en el art. 20.4 C.E. bien podría haber estado redactado a la inversa, y haber dicho, acaso situado en el art. 18 C.E., que los derechos al honor y a la intimidad tienen su límite especialmente en la libertad de expresión” (“Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 91-104; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933503).

ventar un anómalo *conflicto*¹³⁶ o *colisión* que obligaría a sacrificar parte del contenido ya incluido dentro de los pacíficos límites de uno u otro derecho.

Todo ello invita a considerar poco afortunadas las enmiendas que en el trámite constituyente proponían eliminar el artículo 18, por entender que la alusión a ambos derechos como límites a los del artículo 20 justificaba ya evitar reiteraciones¹³⁷. Planteamientos menos celosos de la economía textual se conformaban con eliminar los epígrafes primero y cuarto¹³⁸.

No faltaron, sin embargo, otras enmiendas que parecían avizorar un brillante futuro para esta previsión constitucional, cuyo texto les sabe a poco¹³⁹. Unas, por no contemplar otros procedimientos técnicos con similar incidencia¹⁴⁰; otras por mostrarse centrado exclusivamente

¹³⁶ Así lo plantea por el contrario, entre las más recientes, la STC 139/2007, de 4 de junio, F5, que aludirá al “conflicto entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho al honor”.

¹³⁷ Tal parece ser la sugerencia, que no llega a enmienda *in voce*, del portavoz de UCD en el Senado, Antonio Jiménez Blanco, aunque la enmienda 779 de su grupo en el Congreso se conformaba con la supresión del apartado 4, por considerarlo “una concreción innecesaria en una norma constitucional”; también la 716 del diputado Sancho Rof insistía en ello. Al debatirse, Pérez Llorca argumenta que se trataba de un “propósito de tipo técnico”: “descargar a la Constitución de un precepto cuya adecuación, al transcurso del tiempo, podría crear problemas”, pero las acabará retirando (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. III, pág. 3254 y t. I, págs. 442, 486 y 1071).

¹³⁸ Así la enmienda 2 de AP, firmada por el diputado Carro, justificada “porque su contenido se halla recogido en el artículo 20.6” del entonces anteproyecto. En el debate en Comisión, el 19 de mayo de 1978, rechaza “las alusiones informáticas que son casi totalmente nuevas, sin ninguna tradición en el Derecho Parlamentario ni en las garantías individuales”, por lo que, contemplados ya esos derechos como límites del artículo 20, constituirían una “extrapolación innecesaria”. Peces-Barba se opondrá a tal supresión, defendiendo la “protección autónoma” de estos derechos, y abunda en ello el también socialista Guerra Fontana (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, págs. 123, 1060-1061 y 1064).

¹³⁹ J.L. GOÑI SEIN atribuye su rechazo a que “el Constituyente fue consciente en todo momento del déficit material que representaba la actual disposición y optó deliberadamente por este diseño normativo que sólo viene a reconocer la vertiente negativa del derecho” (“Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos”, en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo*, -M.R. ALARCÓN CARACUEL y R. ESTEBAN LEGARRETA, coords.-, Alicante, Bomarzo, 2004, pág. 54).

¹⁴⁰ Alude a ellos en su enmienda 79, que retirará a la hora de debatirla, el diputado socialista aragonés del grupo mixto Gastón Sanz. También desde UCD, el diputado Sancho Rof, al solicitar la supresión del apartado 4, argumenta que, dado que la “que estamos haciendo debe ser una Constitución duradera”, no se entiende la necesidad de “hacer una mención expresa a la informática y no a otra serie de técnicas y medios” (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, págs. 183, 1069 y 1068).

en el honor y la intimidad personal y familiar, con lo que “parece ignorar que los posibles perjuicios del uso de la informática pueden producirse, además y de manera fundamental, en el ejercicio de los derechos tanto políticos como cívicos por parte de los ciudadanos”¹⁴¹. Asoma incluso, incidentalmente, desde el Grupo Mixto una precoz alusión al derecho a la protección de datos¹⁴².

Por detrás de todo ello es fácil vislumbrar el papel que se reconoce al fluir histórico en cualquier intento de regulación jurídica, sin perjuicio de que alguno de los protagonistas aproveche para sobreactuar en tono épico. Se parte del convencimiento de que el actual estado de la tecnología y los, sin duda, seguros avances que en ésta se van a producir, originarán el empleo de otros medios que deben ser sometidos al mismo tipo de limitaciones, para luego lamentar que “la evolución social y científica va a galope, mientras los legisladores van —¡ojalá!— al trote, si no al paso”, con lo que “la legislación se está haciendo vieja al nacer”. De ahí que se anime a los legisladores “progresistas”: “no cerréis la puerta al futuro y no nos obliguéis a despertarnos en la víspera en lugar de despertarnos en el pasado mañana, como es nuestro deber”¹⁴³.

Partiendo ya del texto definitivo, se establecerá un primer criterio general: “dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y

¹⁴¹ La sólida enmienda 117 de la minoría catalana. La defenderá, con su brillantez habitual el diputado Roca Junyet, aludiendo al ciudadano al que, “por razón de una información de la que él no es conocedor y respecto de la cual no puede incluso ni pronunciarse en muchas ocasiones, se limita de tal manera el ejercicio de sus derechos que se ve colocado en una situación de inferioridad y desigualdad”. Le apoya con amplitud Martín Toval, en nombre del grupo socialista de Cataluña, y también se adhiere el por entonces comunista Solé Tura por pretender “que esta Constitución dure” y “el tema de la informática es fundamental, aunque hoy sólo se encuentre en los inicios”; en conclusión, “se trata de establecer garantías de control de los controladores” (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, págs. 198, 1069 y 1070-1071).

¹⁴² En la enmienda 470, del diputado Morodo, se apunta como texto alternativo a este epígrafe cuarto: “La ley regulará el acopio, uso y difusión de los datos personales contenidos en archivos o registros, susceptibles de acceso automático, con objeto de garantizar las libertades públicas y el ordenamiento constitucional” (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pág. 321).

¹⁴³ Desde el grupo mixto, con poco éxito, el diputado del PAR Zarazaga Burillo, al defender en Comisión su enmienda 261. Insistirá ante el Pleno con “una llamada de atención de que el futuro está ya aquí, mientras nos seguimos moviendo en disquisiciones decimonónicas” (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980 t. III, págs. 2779 y 3253 y t. IV, pág. 4432).

al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente¹⁴⁴. Ello se debe a que, más allá de su relevante consideración como *derecho fundamental*, se la reconoce a la vez como garantía institucional de la conformación de una opinión pública libre¹⁴⁵. En este contexto, cabría plantear si tiene sentido seguir hablando de ponderación de derechos bajo el peso de esa preferencia¹⁴⁶ o habría más bien que distinguir entre “derechos *príncipe* y derechos *cenicienta*”¹⁴⁷.

El alcance de la protección al honor se pone a prueba al verse sopesada con la que puedan merecer la libertad de expresión y el derecho a la información. Un criterio decisivo será el *interés general* que a lo expresado o informado quepa atribuir. Al fin y al cabo, lo que justifica, de modo particularmente reforzado, la garantía de esa pareja —libertad de expresión y derecho a la información— es su previsible contribución al enriquecimiento de una *opinión pública libre*, que sería a la vez condición de ese *pluralismo político* reconocido entre los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 1.1 de la Constitución.

¹⁴⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F5. P. CRUZ VILLALÓN se muestra crítico al estudiar esta línea doctrinal, analizando sentencias más atentas al honor que a la intimidad. Propone “la sustitución del enfoque conflictivo por un enfoque, por así decir, objetivo, es decir, basado en la identificación del alcance de cada derecho en cada caso”; ello permitiría “resolver estos supuestos sin necesidad de partir de posiciones de ventaja de unos derechos respecto de otros”. Admite que eso plantea un “problema de fondo, inescapable”: “ir creando una opinión jurídica acerca del contenido de cada uno de los derechos fundamentales implicados” (“Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión”, en la doctrina del Tribunal Constitucional, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 91-104; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos de estudios de derecho judicial*, Código CC933503).

¹⁴⁵ J. GARBERÍ LLOBREGAT considera que el Tribunal había dado inicialmente preferencia a los derechos al honor, intimidad y propia imagen, cambiando de criterio en la STC 104/1986, pero pasando a condicionar la preferencia de los derechos del artículo 20 a partir de la STC 105/1990 (“Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Frente a la libertad de expresión y el derecho a la información”, Barcelona, Bosch, 2007, pág. 65). Ello explicaría que C. SEMPERE RODRÍGUEZ insinúe el “dudoso alcance general de la prevalencia”, estimando que más bien se establece “un espacio limitado y concreto de estas libertades, único ámbito donde se encontrarían especialmente privilegiadas” (“Artículo 18.- Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978* -O. ALZAGA VILLAAMIL, dir.-, Madrid, Cortes Generales-Edersa, 1997, tomo II, págs. 398 y 407).

¹⁴⁶ T. DE DOMINGO, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 66.

¹⁴⁷ P. SERNA y F. TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, págs. 14 y ss.

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, reducidas 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”¹⁴⁸.

Nos encontramos así con la entrada en juego de esa implícita concepción de la *justicia* que toda delimitación de un *derecho* lleva consigo, entendiendo por tal una propuesta de ajustamiento entre libertad e igualdad¹⁴⁹. La pretensión, en principio legítima, de informar con *libertad* sobre hechos o de expresar opiniones se convierte en justa, y por ende jurídicamente digna de protección, en la medida en que enlaza con las exigencias de tratar al otro con *igualdad*, concretadas en la relevancia pública que el interés general confiere a la comunicación. Sin tal enlace, la mera pretensión individual no gozaría de título de justicia con el que atribuirse prioridad sobre el derecho ajeno a no verse menospreciado y, por tanto, no tratado como un igual.

Reconocido ese interés general, el Tribunal no descartará en el caso analizado la necesidad de, “una ponderación de límites”, aunque con una querencia previsible: “la preferencia del derecho de información significa que su limitación sólo se justifica si con un ínfimo sacrificio del mismo se consigue evitar un sacrificio total del derecho ajeno”¹⁵⁰.

¹⁴⁸ STC 6/1981, de 16 de marzo, F3. En consecuencia, si bien “es cierto que el derecho al honor es considerado en el art. 20.4 (reproduciendo casi literalmente el inciso final del art. 5.2 de la Ley Fundamental alemana) como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución, y no a la inversa, lo que podría interpretarse como argumento en favor de aquél”, “también lo es que las libertades del art. 20” “no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”, según especificará la STC 104/1986, de 17 de julio, F5.

¹⁴⁹ Al respecto, *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 119-121.

¹⁵⁰ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F10, que acabará considerando que, al haber aportado sobre un accidente aéreo el diario sancionado “datos y calificaciones relevantes para la información y, además, presentados dentro de los límites de lo tolerable, al no utilizarse expresiones vejatorias ni suponer un propósito de descalificación o descrédito global de la persona”, hay que concluir que al condenar el Tribunal Supremo “no ha ponderado adecuadamente los derechos constitucionales en juego” (F11).

Es fácil imaginar que la intimidad compartirá igualmente el juego de este criterio, ya que sólo un reconocido interés general podrá contrarrestar la pretensión de disponer de modo exclusivo de la esfera personal. En consecuencia, se extenderá a la intimidad lo indicado en sentencia anterior sobre el derecho al honor, al apuntar que “la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, por lo que, en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público”¹⁵¹. Congruentemente, con motivo de una polémica periodística que versa sobre asuntos de interés general y que atañe a personas con relevancia pública sí se excluirá, en principio, la afectación de la intimidad¹⁵².

No sucederá lo mismo cuando, tratándose de “una persona privada involucrada en un suceso de relevancia pública”, el dato de que “fue inducida a la prostitución carece de trascendencia informativa en relación con el crimen relatado, y revela innecesariamente un aspecto de su vida privada que, además, la hace desmerecer del concepto público, al vincularla a una actividad socialmente reprobada que proyecta sobre ella un juicio negativo”¹⁵³.

Valga añadir que el concepto de *interés general* reviste una dimensión peculiar, al considerarse necesario aclarar que no cabe identificarlo en modo alguno con el grado de *pública curiosidad* que determinados hechos o conductas puedan despertar¹⁵⁴, sino apreciando su posible relevancia a la hora de generar una *comunicación pública*, matizada por una repercusión ética y política que sería inadecuado trivializar. En pocas palabras, que no cabe identificar *interés público* con *interés del público*. No tendría pues justificación que se infligiera un atentado al honor personal sin más apoyo que el carácter *noticioso* de la información. Todo parece indicar, sin embargo, que en el ámbito informativo será no pocas veces el derecho a la intimidad el que con más facilidad

¹⁵¹ STC 105/1990, de 6 de junio, F.4, b).

¹⁵² STC 297/2000, de 11 de diciembre, F.6.

¹⁵³ STC 121/2002, de 20 de mayo, F.5.

¹⁵⁴ 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, pág. 191).

se vea en cuestión como consecuencia de una progresiva degradación de las tareas de difusión o público comentario.

Así se estima que había ocurrido cuando se precisó innecesariamente que la persona sobre la que se informa estaba afectada por el SIDA; se brindaba así ocasión de dejar sentado que la “relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia”¹⁵⁵.

Si bien no dejará de aludirse al distinto ámbito de protección de los derechos a la intimidad y al honor, la experiencia acaba inclinándose a pensar que, en su ponderación con el derecho a la información, la protección de la intimidad acaba siendo frecuentemente subsumida en la del honor¹⁵⁶. Puede influir en ello que el carácter peyorativo que ese tipo de injerencias en la intimidad acaba llevando consigo genera un menoscabo de la reputación de quien las sufre, que encontrará en su honor inmediato reflejo. Como consecuencia, de apreciarse vulneración de derechos, será el honor el tenido en cuenta¹⁵⁷.

Cuando, por el contrario, no se aprecia que el honor se haya visto afectado, será muy difícil que se entienda vulnerada la intimidad, aunque no falten indicios. Tal ocurre con ocasión de informaciones que parecían dar por hecho que un prestigiado logopeda habría violado a buen número de “alumnas deficientes mentales”¹⁵⁸. No faltarán tam-

¹⁵⁵ STC 20/1992, de 14 de febrero, F3.

¹⁵⁶ Nos parece demasiado teórica la afirmación de P. GÓMEZ PAVÓN de que en lo relativo a “la intimidad el conflicto puede presentarse sobre todo en relación al derecho a dar y recibir información, mientras la libertad de expresión puede afectar o verse afectada por el derecho al honor” (*La intimidad como objeto de protección penal*, Madrid, Akal, 1989, pág.72).

¹⁵⁷ Ello explicaría que cuando el narrador de un suceso urbano, por derrumbe de una tapia, aproveche para inventarle a la víctima “un propósito de abandono por parte del novio para conseguir un efecto burlesco, con un ataque frontal a la intimidad”, sea sin embargo su honor el que se considere vulnerado, quizá por haber sido presentada “como una foca, coja, pero como una foca”, STC 170/1994, de 7 de junio, F4. También en otras muchas resoluciones la continua invocación a los derechos al honor y a la intimidad acaba resolviéndose ponderando en realidad los derechos a la información y al honor; valga por todas la STC 132/1995, de 11 de septiembre.

¹⁵⁸ Mientras el Tribunal Supremo considera que determinados comentarios habrían vulnerado su derecho a la intimidad, el Constitucional opta por admitir que ciertos pasajes “incurren en cierta desmesura y que, incluso, alguno de los datos incorporados podrían haberse narrado de otro modo”, pero concluye que “los datos de carácter personal incorporados al reportaje, además de ciertos, no son enteramente ajenos o absolutamente irrelevantes para formar la opinión del lector”, STC 154/1999, de 14 de septiembre, F9.

co ocasiones en las que el Tribunal mantiene este endémico dilema de modo innecesario¹⁵⁹.

Puede incluso darse ocasionalmente una razón procesal que contribuya a consolidar esa querencia. Si quien considera vulnerado su derecho a la intimidad ha acudido a la vía penal, por estimar haber sido también objeto de un trato injurioso, puede encontrarse con que, como no hubo referencia alguna en tal procedimiento al derecho a la intimidad cuya protección no guardaba ninguna relación con el delito imputado al querellado, dado el carácter subsidiario del recurso de amparo, el Tribunal estime que no puede conocer “de la vulneración de un derecho —el de la intimidad personal— respecto del cual no se ha seguido procedimiento judicial alguno”¹⁶⁰.

Dónde comienza el honor y termina la intimidad

Por unas u otras razones, no resultará extraño que constatemos situaciones paradójicas. En la enjundiosa sentencia sobre las informaciones dedicadas al accidente aéreo en el Monte Oíz, con notable número de víctimas, algunas tan conocidas como el ex ministro López Bravo, se nos dice que “la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, puesto que su operatividad excluyente de la antijuridicidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte al derecho al honor o al derecho a la intimidad”¹⁶¹. Sin embargo, cualquier intento de encontrar entre los fundamentos de dicha resolución alguna referencia más precisa a esa última distinción se verá condenado al fracaso.

¹⁵⁹ Parece ocurrir en la STC 46/2002, de 25 de febrero, F4, 6 y 7, ya que, tras resaltar el carácter a la vez emparentado y autónomo de ambos derechos, se centra en la existencia o no —en la información sobre antecedentes penales de un ciudadano— de la exigible veracidad, lo que resulta irrelevante para posibles vulneraciones a la intimidad. Por si fuera poco, se acaba apuntando tardíamente que, dado que era la sentencia que sirvió de fuente al informador la que señalaba su existencia, “no se ve bien cómo la publicación de algo que es oficialmente público pudiera afectar a la intimidad”. Llamativamente paralela resulta la STC 52/2002, de misma fecha y Sala, F8 y 9, con significativas diferencias: no parte la noticia de una fuente que, “por tratarse de una resolución judicial, gozaba del principio de publicidad” y se da la doble ausencia de veracidad e interés general, por lo que se considerarán vulnerados tanto el derecho al honor como a la intimidad.

¹⁶⁰ STC 78/1995, de 22 de mayo, F1.

¹⁶¹ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F8.

Tampoco había colaborado previamente mucho a ello en este caso el Tribunal Supremo, al estimar que las informaciones publicadas sobre el piloto del avión accidentado por el diario *El País* “han supuesto una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y al honor de su persona, o más exactamente, en el de la memoria de su persona”; con lo que, lejos de marcar la distinción entre los dos derechos susceptibles de vulneración, introducía en escena un inédito tercer factor¹⁶².

Parece claro que la intimidad hace referencia a la custodia de lo privado, mientras el honor remite a un exigible reconocimiento ajeno. La confusión surgirá cuando la exhibición de un aspecto personal provoca precisamente un menoscabo de ese reconocimiento

Ilustrativas al respecto resultaron las peripecias generadas por la rueda de prensa en la que D.^a María Antonia Abad, más conocida por su nombre artístico: Sara Montiel, tuvo a bien informar de que había acogido en adopción a un menor, ofreciendo una versión un tanto retocada sobre las circunstancias del caso. Nada menos que el ya desaparecido diario *Ya*, de la Editorial Católica, se empeñó en depurar los hechos de modo nada complaciente, resaltando que la madre “trabajaba en una *barra americana*” y llegando a subtitular que el hijo había sido “adquirido en Alicante”¹⁶³.

El Tribunal admite que, desde la perspectiva estricta del honor, y teniendo en cuenta la excepción de veracidad, podrían ser aceptables los argumentos de los informadores, sin perjuicio de que lo de “adquirido” constituya un “dislate en la calificación de los hechos”, susceptible quizá de llevar “a engaño al lector medio”. Pero, a su juicio, esa línea de argumentación no es la procedente, ya que “aunque se defendía también el honor, lo que fundamentalmente estaba afectado era la tutela de la intimidad personal y familiar, al haberse dado publicidad a hechos de la vida privada que, por su contenido, pueden ser considerados además como ofensivos para una persona razonable”. Desde este punto de vista, “la identificación del origen del adoptado ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo”¹⁶⁴.

¹⁶² STC 171/1990, de 12 de noviembre, A.4. El presumible protagonismo del derecho al honor se ve contrapesado por la alusión a “intromisiones insidiosas en la vida privada” del piloto del avión -A.9,a)

¹⁶³ STC 197/1991, de 17 de octubre, A.2, 1).

¹⁶⁴ STC 197/1991, de 17 de octubre, F.3.

Situación equivalente se plantea al informarse a propósito de una joven, “con todo lujo de detalles, de un hecho tan gravemente atentatorio para su dignidad personal” como una violación, desvelando su identidad y algunos aspectos íntimos. Se apuntará en este caso que “tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso, de la lesión”¹⁶⁵. Surge así una obvia diferencia que añadir a la del juego público-privado. Si lo que se desvela tiene interés general, de ser veraz, gozará de protección jurídica, aunque lleve consigo algún menoscabo del reconocimiento ajeno. Si lo que se informa sobre el ámbito privado carece de veracidad, no se habrá desvelado realmente nada que pueda considerarse íntimo. Nos hallaremos, si acaso, ante una falsa imputación susceptible sólo de afectar al honor. Precisamente porque lo que se afirma en este caso no era inveraz sí se consideraba vulnerada la intimidad.

Circunstancias similares se reproducirán cuando, con motivo de los abusos sexuales sufridos por una menor por parte de su padre, se producen informaciones que incluyen la fotografía de éste, así como sus iniciales y las de la víctima. Para colmo, se había producido con ello “una efectiva frustración de la finalidad de la decisión judicial de celebrar el juicio a puerta cerrada”¹⁶⁶.

Abundarán los casos en los que el establecimiento de la existencia o no de interés general en el dato desvelado no resulte tan pacífico; sin perjuicio de que, en ocasiones, circunstancias colaterales ayuden a salir de la duda. Así ocurrió cuando, teniendo como trasfondo la tensión entre ingenieros técnicos y superiores a propósito de sus atribuciones profesionales, el director del Instituto Andaluz de Reforma Agraria considera oportuno informar sobre el alcance del expediente abierto a un funcionario, a la sazón presidente de los técnicos colegiados de la zona. Éste considerará que se ha producido una “revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u ofi-

¹⁶⁵ STC 185/2002, de 14 de octubre, F4. A. MAGDALENO ALEGRÍA ve reflejada en esta sentencia la doctrina alemana que identifica la intimidad con tres ‘esferas’: la de lo íntimo, la de lo privado y la de lo individual (*Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2006, págs. 307-308).

¹⁶⁶ Se apunta también acertadamente que tampoco resulta pertinente examinar si, las informaciones publicadas han de ser consideradas o no como un “reportaje neutral”, que se limitaría a dar a conocer “hechos u opiniones expresados por terceros”, ya que dicha figura se incardina “con toda naturalidad en el examen del cumplimiento del requisito de la veracidad”, irrelevante en esta caso, STC 127/2003, de 30 de junio, E8 y 9.

cial de quien los revela”; conducta expresamente vetada en dichos términos por la ley, en claro desarrollo del artículo 18 de la Constitución.

El Tribunal estima, por el contrario, que con independencia de que la imposición, como tal, de penas o sanciones disciplinarias no vulnere el derecho al honor, ha de tenerse en cuenta otro aspecto que excluye también cualquier lesión de la intimidad, ya que no cabe en este caso atribuir al resultado del expediente administrativo abierto al funcionario público el carácter de “dato privado”. Resalta igualmente que había sido el presuntamente afectado el primero en hacer público el alcance de su expediente, al aludir, en uno de los homenajes de desagravio organizados por sus compañeros, al levantamiento de la sanción preventiva acordada; aunque olvidara ciertamente precisar el motivo: se le habían impuesto otras medidas sancionadoras con carácter ya definitivo. Sería, por cierto, tal extremo el que aclarara su superior jerárquico. “A partir de ese momento, una cuestión que era básicamente particular se convierte en algo noticiable, de interés público, con el evidente consentimiento del afectado”, lo que debe ser interpretado “como una decisión consciente de excluir de su esfera de intimidad el hecho mismo de la existencia del expediente”¹⁶⁷. No habría habido en realidad *revelación* alguna sino la mera *comunicación* de un dato de evidente interés para la opinión pública.

Carrusel de ponderaciones

Como puede constatarse en el ramillete casuístico aportado, la tendencia de las posibles vulneraciones a los derechos al honor y a la intimidad a enredarse mutuamente es constante. Esto llevará a que los criterios establecidos para proceder a la ponderación de uno y otro con las libertades de expresión e información se difuminen en más de una ocasión. Así ocurre al publicarse una reiterativa serie de informaciones sobre la presunta escapada de un conocido y polémico empresario con la esposa de un amigo y colaborador. En contra de lo que los actores creen, poco importa la cuestión de si la noticia era en este caso veraz o no, por ser ello irrelevante, como más abajo se verá, cuando es la intimidad la que anda en juego.

¹⁶⁷ STC 227/1992, de 14 de diciembre, F3 y 4.

En teoría, el derecho a la información no habría de someterse a otros criterios que la veracidad (sólo al ponderarlo con el honor) y el interés público de los hechos (frente a honor o intimidad), mientras que la libertad de expresión, por ser más proclive a los juicios de valor que a las descripciones fácticas, quedaría siempre excluida del canon de veracidad para someterse sólo al susodicho interés público y a un añadido: la renuncia a recurrir a expresiones vejatorias innecesarias.

El Tribunal acabará enredando en este caso concienzudamente derechos y criterios, al afirmar que en las informaciones y comentarios de prensa se daba a entender la existencia de una relación adúltera, que afectaría a la “intimidad personal y familiar” y constituiría una “ofensa grave contra el honor” de la acompañante del empresario y de su cónyuge. Aun invitando a hacer abstracción de los simples hechos, que podrían ser materia meramente informativa, resaltaré que la condena por injurias dictada por el Tribunal Supremo “se funda sobre todo en los epítetos ofensivos que no son imprescindibles para la información e incluso el juicio valorativo sobre ella”, y le dará por ello patente de constitucionalidad. Al final ya no es fácil saber qué dos derechos, dentro del cuarteto intimidad-honor-información-libertad de expresión, fueron los realmente ponderados¹⁶⁸.

Semejante es la situación cuando, en plena asamblea del Real Madrid, su entonces presidente considera oportuno aprovechar un público discurso para equilibrar los dictérios recibidos de un popular crítico deportivo, que, no contento con los que ya le había ido suministrando, los rubricó calificando a uno de sus directivos como “choricero soriano”. El Presidente, tras aludir a que el padre del locuaz radiofonista había sido procesado por estafa, sentenció que “es mejor ser hijo de un choricero que de un chorizo” y a otra cosa, mariposa.

El Tribunal recuerda su decantada doctrina según la cual, aun siendo el aludido persona de pública notoriedad, cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación resulte innecesaria para la información y la crítica relacionada con el desem-

¹⁶⁸ STC 200/1998, de 14 de octubre, A. y F7, reiterado en el 8. No es extraño que el voto particular del magistrado Vives Antón, al que se adherirá su colega González Campos, aparte de apuntar permisivamente que “algunas expresiones equívocas («lobo», «tiburón»)” quizá “en el contexto concreto más bien resultan elogiosas que ofensivas”, dé en el blanco: dado que “la Sentencia condenatoria ni siquiera puso en tela de juicio la veracidad de las informaciones, sino que partió de ella, ha de concluirse que, al aplicar a imputaciones de hecho el canon de ofensividad, sometió la libertad de información a límites distintos de los constitucionalmente establecidos”.

peño de un cargo público, el desarrollo de una actividad profesional o la difusión de una determinada información, la persona afectada ha de ser considerada a todos los efectos un particular como otro cualquiera, que podrá hacer valer su derecho al honor o a la intimidad frente a esas opiniones, críticas o informaciones lesivas del art. 18. Decantando la ponderación, como acaba siendo habitual, hacia el honor y la libertad de expresión, visto lo visto y oído lo oído, acaba concluyendo que el lance “significó más una defensa de la entidad que aquél presidía y de sus representantes que un ataque al honor del recurrente”; aunque “fuera de este contexto la expresión podría reputarse formalmente denigratoria”. En consecuencia, los desahogos presidenciales no transgredieron el legítimo ejercicio de la libertad de expresión¹⁶⁹; menos mal...

Lo curioso es que, meses después, el propio Tribunal debió abordar un nuevo litigio entra las mismas partes, aunque con intercambio de papel procesal. El periodista había, entre otras lindezas, caracterizado a su interlocutor preferido como “un presidente con el pelo blanco y la conciencia negra”. Al Supremo le parecieron expresiones “que pueden resultar desagradables para la persona a la que se les aplica, pero que son aceptados socialmente y de uso común”. Por otra parte, el periodista alegó consentimiento tácito del directivo, pues no había tenido inconveniente en participar luego en su espacio radiofónico.

El Constitucional apuntará que “acudir a un programa de radio dirigido por quien previamente ha infligido alguna ofensa no implica sin más que se consienta ésta, como pretenden los recurrentes en amparo”. Evoca por lo demás su pronunciamiento anterior, que había considerado justificables expresiones formuladas en medio de una notoria polémica, aunque fuera de dicho contexto la expresión pudiera reputarse denigratoria. Matiza, sin embargo, en esta ocasión que no sólo ninguna de las partes ha alegado, y en consecuencia tampoco ha acreditado, ni cabe inducirla de las sentencias impugnadas, la existencia de polémica alguna; sino que cuando “se está ante conductas que no pueden en modo alguno considerarse comprendidas en los límites de las libertades o derechos garantizados por la Constitución, la mención al contexto en el que dichas conductas se producen resulta irrelevante”¹⁷⁰. El periodista volvió pues a salir trasquilado.

¹⁶⁹ STC 49/2001, de 26 de febrero, F7.

¹⁷⁰ STC 204/2001, de 15 de octubre, F6 y 5.

En más de una ocasión, el Tribunal Constitucional había intentado dar solución a esta habitual perplejidad, pero su esfuerzo sólo llevará a comprobar que con la buena voluntad no basta. Se nos dirá, por ejemplo, que “dada la conexión existente entre los derechos a la intimidad y el honor, pues en muchas ocasiones se afecta a este último mediante referencias a la vida privada de las personas, el interés público de la opinión expresada o de la información comunicada constituye un importante criterio de delimitación acerca de cuál sea la comunicación constitucionalmente protegida”. La solución consistiría en que “goza de protección constitucional aquella comunicación que, siendo veraz y no formalmente vejatoria, se refiera a asuntos con trascendencia pública”¹⁷¹. El problema es que, como hemos visto, el criterio de la relevancia pública es válido tanto en relación con el honor como respecto a la intimidad, mientras que la alusión a la veracidad nos sitúa en un ámbito irrelevante en relación con la intimidad, convirtiendo así, de una vez por todas y sin mayor debate, al honor en el derecho realmente afectado.

No muy distinta será la situación con motivo de las informaciones publicadas en 1990 por un semanario sobre un presunto “Falcon Crest socialista”, en las que se incluyen, tangencialmente y respecto a persona relacionada sentimentalmente con uno de los protagonistas, “hechos privados, estrictamente, que enraízan en sentimientos y en acontecimientos íntimos y que no han tenido la trascendencia pública de los demás narrados en el artículo”.

Aunque el juez de primera instancia señale que “tienen sustantividad bastante para ser considerados por sí mismos, sin que se diluyan en su contexto, por ser de naturaleza y proyección distintas a los demás”, al final se convertirán sólo en elemento de referencia para solventar si nos hallamos o no ante un personaje público a la hora de dictaminar la posible vulneración de su derecho al honor¹⁷². En primera instancia, se había apuntado, sin embargo, pese a la continua doble referencia a los

¹⁷¹ STC 110/2000, de 5 de mayo, F8 c).

¹⁷² “Caso de que la información y las opiniones que la acompañan tengan por objeto a una persona que no sea personaje público o carezca de notoriedad pública y más aún si se refieren a sucesos propios de su vida privada, carentes de toda relevancia pública”, STC 112/2000, de 5 de mayo, A.2 b) y F8. Se trata de uno de los tres criterios (el subjetivo) a que aludía L. GARCÍA SAN MIGUEL para abordar estos problemas; junto al espacial, más vinculado a la propiedad, y el objetivo, por él preferido al vincularlo a una conducta orientada a satisfacer necesidades, distinguiendo si son propias o ajenas (“La intimidad como límite de la libertad de expresión”, en la obra colectiva, de la que él mismo fue editor, *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, págs. 22, 24 y 25).

derechos al honor y a la intimidad, que se descartaba “la ilegitimidad de una intromisión en la intimidad personal y familiar, que en ningún momento ha sido alegada por la parte actora”.

Éramos pocos... intimidad y derecho a la imagen

También el establecimiento de la frontera entre los derechos a la *intimidad* y a la propia *imagen* plantea sus dificultades¹⁷³. El Tribunal lo atribuye a que, configurándose en la Constitución el derecho a la imagen “como un derecho autónomo”, en su condición de derecho de la personalidad derivado de la dignidad y dirigido a proteger el patrimonio moral de las personas, “guarda una muy estrecha relación con el derecho al honor y, sobre todo, con el derecho a la intimidad”.

Intentando marcar entre ellos frontera, sugiere que lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de ésta que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El problema planteado por una compañía publicitaria, en la que se dibujaba sin rostro a la conocida figura televisiva Emilio Aragón, con el lema “la persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”, acabó resolviéndose marcando una frontera adicional, ya que el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a su explotación económica, comercial o publicitaria, incluso en un contexto de “creciente patrimonialización de la imagen”¹⁷⁴.

¹⁷³ Esto explica que X.O'CALLAGHAN MUÑOZ no detecte redundancia alguna al afirmar que “el derecho a la propia imagen es una expresión del derecho a la intimidad personal” (“La función de los derechos fundamentales en el ámbito del derecho civil: los derechos de la personalidad”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. II, pág. 856). Tampoco, en referencia a su protección penal respecto al “control visual clandestino”, encontrará E.MORALES PRATS “razones que abonen la expresa mención a la propia imagen, que se encuentra abarcada también en la expresión amplia de intimidad, como una parcela más de la misma” (“Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, 1996 (2), págs. 239-282; incluido en el CD -edición 2004-, del Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código EP960223).

¹⁷⁴ STC 81/2001, de 26 de marzo, F.2. J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO no deja de apuntar que cuando el Tribunal “ha tenido que decidir sobre el derecho a la propia imagen siempre lo ha hecho conjuntamente con el derecho a la intimidad, citando a ambos, mientras no sucede lo contrario, lo que induce a pensar, más bien, que el uno es una manifestación del otro” (*El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, pág. 94). J. GARBERÍ LLOBREGAT da

En el trámite constituyente se había dado entrada al derecho a la propia imagen, ausente en el anteproyecto, por vía de enmiendas¹⁷⁵ y no sin polémica¹⁷⁶.

Ya había habido ocasión de comprobar la difícil frontera entre imagen e intimidad con motivo de la negativa de un deshuesador de jamones a realizar su tarea en una exhibición ante fotógrafos y medios de comunicación. No parecía claro dónde pueda terminar un derecho y comenzar el otro, ya que se nos presentaba al “derecho a la propia imagen” contribuyendo, “junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor”, “a preservar la dignidad de la persona”, “salvaguardando una esfera de propia reserva personal, frente a intromisiones ilegítimas provenientes de terceros”. Hasta tal punto es así que llega a afirmarse que “esta estricta vinculación con la salvaguardia de la intimidad, y la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, hace que la dimensión constitucional del tema quede restringida a este concreto ámbito de natural reserva de la propia esfera íntima”, mientras “sus numerosas vertientes colaterales” quedan “remitidas a lo que al respecto establezca la legalidad ordinaria”.

A la hora de la verdad, en claro paralelismo con el derecho a la intimidad, “los límites del derecho a la propia imagen” acabarán configurados “en torno a dos ejes: la esfera reservada que la propia persona haya salvaguardado para sí y su familia conforme a los usos sociales; y, de otra parte, la relevancia o el interés público de la persona cuya imagen se reproduce o de los hechos en que ésta participa”; o sea, a “la posición que el sujeto se ha fijado en el marco social y a la reserva que, en este mismo marco, le es razonable exigir en atención a los criterios sociales dominantes”. El resultado no deja de resultar enigmático: no puede afirmarse que el derecho a la imagen “comprenda el derecho

por hecho un carácter subsidiario: sólo cuando “la reproducción de su imagen no afecta a la intimidad ni al buen nombre de la persona, el vulnerado sería entonces el derecho a la imagen” (*Los procesos civiles de protección del honor, la intimidad y la propia imagen. Frente a la libertad de expresión y el derecho a la información*, Barcelona, Bosch, 2007, pág. 183).

¹⁷⁵ La 716 del diputado Sancho Rof de UCD y la 779 de este mismo grupo, que fueron asumidas por el Informe de la Ponencia (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, pág. 517).

¹⁷⁶ En el Senado, Camilo José Cela echa su cuarto a espadas y propone suprimir la referencia a la propia imagen, porque “es concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los anteriores”, mientras que el facundo Zarazaga dejará sentado que “los acontecimientos sociales, científicos y técnicos han hecho que el derecho a la propia imagen sea obsoleto” (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980 t. III, págs. 2722 y 3253).

incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante”. Y los fotografías esperando...

El tribunal de instancia considera la orden recibida por el deshuesador “legítima desde la sola perspectiva del alcance del poder de dirección del empresario” y descarta que “la razón alegada por el trabajador tuviese virtualidad para justificar la desobediencia”. De nuevo habrá que constatar el eventual juego de las exigencias jurídico-naturales y de las circunstancias en que el conflicto se produce¹⁷⁷.

El problema radicará pues en “si en el seno de la relación de trabajo resultaba exigible al trabajador someterse a una restricción, incluso no expresamente mencionada en la Ley como ilegítima, de su derecho a la propia imagen”. Dado que no consta que el “deshuesador de jamones tuviera asignada, explícita ni implícitamente, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto”, no cabe considerar que bastara para justificarlo “con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales”. No sería suficiente pues con que “la orden sea, *prima facie*, legítima” sino que será preciso “acreditar una racionalidad específica en la que la restricción del derecho del trabajador, no instrumental para el efectivo desarrollo de su tarea, sea, verdaderamente, la única solución apreciable para el logro del legítimo interés empresarial”. No habiéndose producido tal valoración, el derecho a la imagen se considera vulnerado¹⁷⁸.

Con matices peculiares, se replantea ese mismo año la frontera entre intimidad e imagen con ocasión de la venta de fotografías de D.^a Ana García Obregón realizadas con su consentimiento, que revocó cuando

¹⁷⁷ Para A. SEMPERE, “La actividad del deshuesador de jamones no es de las que comporta naturaliter una restricción en el derecho a la imagen de quien deba realizarlas, en cuyo caso es evidente que no podría invocar el derecho fundamental para eximirse de su realización, si la restricción que se le impone no resulta agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona” (“Modulación laboral de los derechos cívicos”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág. 489).

¹⁷⁸ STC 99/1994, de 11 de abril, F5 a 7. Bajo el epígrafe “Los ciudadanos que trabajan siguen siendo ciudadanos mientras trabajan”, J.A. GARCÍA AMADO señala que “maximizar las libertades organizativas y gestoras del empresario respecto a sus trabajadores equivaldría a liquidar los derechos fundamentales de éstos” (“Los derechos de los trabajadores en la Constitución. Una lectura”, en *Constitución y derechos fundamentales*, -J.BETEGÓN, ELAPORTA, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHIS, coord.-, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 834 y 836).

ya la edición española de *Play Boy* las tenía en máquinas, sin precisar, por lo demás, cómo compensaría de los previsibles perjuicios a quien de buena fe las poseía.

Para el Tribunal, no se habría producido vulneración alguna del derecho al honor de la conocida dama, pese a los expresivos pies de foto que adobaban las páginas, ya que daba por hecho que la interesada, al prestarse a la realización de las fotografías, “había de suponer dada su naturaleza que —sin ningún género de dudas— su publicación sólo podía realizarse en revistas como la encausada y seguramente acompañada de comentarios como los que ahora denuncia”¹⁷⁹.

Estos casos demuestran elocuentemente el entrecruce entre derechos fundamentales y otras facultades subjetivas de mero calado patrimonial. La situación es curiosa, porque los primeros serían en principio irrenunciables, mientras que en los segundos sería la posible renuncia la que habría que considerar irrevocable¹⁸⁰. Nos encontraremos, por el contrario, ante una situación paradójica por vía legal: “autorización o consentimiento con posibilidad de revocación que implicará necesidad de indemnizar los perjuicios que se produzcan”¹⁸¹.

De no haber existido consentimiento, se habrían alterado absolutamente las circunstancias del caso¹⁸². Así se puso de manifiesto al publicar otro semanario “las fotos más esperadas” de una conocida pareja, objeto reiterado de las llamadas revistas del corazón, D. Alberto Cortina, que solicita amparo ante sentencia del Tribunal Supremo, de-

¹⁷⁹ Añadiendo que, “pese a su evidente tosquedad y falta de elegancia, aquellos comentarios, si bien groseros, no se muestran ofensivos para la recurrente sino que, al fin, dentro de su estilo, pretenden más bien constituir una burda alabanza a las cualidades físicas reveladas por las fotografías”, STC 117/1994, de 25 de abril. F9.

¹⁸⁰ J.M. SANTOS VIJANDE estima que el Tribunal “conecta de forma directa la potestad revocatoria del consentimiento con la salvaguarda del núcleo esencial del derecho fundamental”, y aprecia en ello un paralelismo con el “derecho moral de autor” (*La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, págs. 126 y 127).

¹⁸¹ L.H. CLAVERIA GOSÁLBEZ, que apunta cómo “probablemente el legislador pensó no en el derecho patrimonial, sino en el derecho fundamental y concibió la autorización como una mera anuencia a la intromisión” en “un derecho fundamental, en principio irrenunciable, que debía controlar mediante la revocabilidad; pero, al advertir sobre la marcha la posible utilización económica de dicha anuencia, acudió a la indemnización (“Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen” en Consejo General del Poder Judicial Honor, intimidad y propia imagen, *Cuadernos de Derecho Judicial* 35/1993, págs. 339-382; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933509).

¹⁸² Ello plantea el peculiar problema de la posible cesión de imagen de menores (M.A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*; Madrid, Tecnos, 2006, pág. 137).

clina reconocerse como “persona pública” y afirma, respecto a las fotos realizadas por un pariente en Kenia, que no “puede decirse que una reserva federal de caza sea un lugar abierto al público”. Lo que resultará decisivo es que las imágenes “pasaron a los medios de comunicación y que se publicaron sin el previo consentimiento de los fotografiados”, lo que llevará al Constitucional a otorgar amparo.

Aun admitiendo la “vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho al honor y con el derecho a la intimidad”, insiste en que “se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás”. Tratándose en este caso de un “documento personal de carácter estrictamente privado y familiar. No es preciso examinar si tal documento se halla en el ámbito propio de la intimidad, puesto que ni en la demanda de amparo se invoca expresamente el derecho a la intimidad ni, por otra parte, se condicionan mutuamente, de modo necesario, este derecho y el de la propia imagen, dada la autonomía de uno y otro”. Lo decisivo será esta vez que “los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”¹⁸³.

Sí se alegó vulneración del derecho a la intimidad, junto al de la propia imagen, en caso posterior cuya “gran similitud” resalta el propio Tribunal, “dada la práctica identidad de los supuestos de hecho”; incluso el recurrente se llamaba también Alberto... Dictaminará, por una parte, “una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del recurrente”, entendiendo que “queda evidenciado” el “carácter personal, privado y reservado de las expresadas fotografías, cualesquiera que fueran las personas a las que reproducían y el lugar en que se hubieran hecho”; una playa, en este caso. Destaca “el hecho de que dichas fotografías salieran a la luz pública sin el consentimiento de los afectados”.

¹⁸³ STC 139/2001, de 18 de junio, E2, 4 y 5. A la relevancia del lugar donde se produce la intromisión alude D.M. LUZÓN PEÑA: “Protección penal de la intimidad y derecho a la información”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad* -L. García San Miguel, ed.-, Madrid, Tecnos, págs. 87 y 88. También R. MENDIZÁBAL ALLENDE, que lo considera irrelevante si la “persona pública” desarrolla en él su “vida privada” (“El derecho fundamental a ser dejado en paz y sus manifestaciones en la Constitución”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2007 (37), pág. 400).

Considera a la vez que la publicación de las fotografías “invadió ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar del recurrente, al revelar sus relaciones afectivas”, rechazando el criterio del Supremo, para el que “la persona de proyección pública no tiene estas escisiones de su personalidad, en el sentido de que para un ámbito es público y para otro es privado”. El Tribunal insistirá en la falta de “interés público” de la difusión de las fotografías, con independencia de que “pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena”¹⁸⁴.

La dificultad de delimitación entre uno y otro derecho tiene sin duda no poco que ver con su común fundamento. Al fin y al cabo, como se nos había dicho en caso ya analizado, “el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 de la Constitución, al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”.

Por si fuera poco, la dimensión corpórea de la intimidad entra también en juego, ya que en la medida en que la libertad de la persona “se manifiesta en el mundo físico por medio de la actuación de su cuerpo y las cualidades del mismo, es evidente que con la protección de la imagen se salvaguarda el ámbito de la intimidad”.

Por último, no se ignorará que “los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona, salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial”¹⁸⁵. Esto puede generar a la vez consecuencias patrimoniales ajenas al control de constitucionalidad.

Como ya hemos visto, tampoco resulta pacífico el intento de convertir el lugar donde se obtiene una instantánea en motivo excluyente de toda posible vulneración de la intimidad, para derivar así el posible amparo hacia el derecho a la imagen. Pocos casos más polémicos al respecto que el protagonizado por D.^a Marta Chavarri, al difundirse unas fotografías de la zona del pubis de la actora, obtenidas sin su con-

¹⁸⁴ STC 83/2002, de 22 de abril. F3 a 5, así como A.2, c).

¹⁸⁵ STC 117/1994, de 25 de abril. F3.

sentimiento en una discoteca de Madrid. Se ha sugerido que, aunque “reproducen la imagen de una parte íntima de la demandante” no se habría producido “una afectación al derecho a la intimidad”, ya que “la fotografía —ciertamente lesiva sobre el derecho a la propia imagen— fue tomada en lugar público —una discoteca— y en una reunión también de este carácter, por lo que el hecho quedaba desvinculado de lo que define el derecho a la intimidad, que no es más que aquel reducto de la vida de una persona que por su propia naturaleza es inaccesible a los demás”¹⁸⁶. Tal planteamiento no parece conciliable con la jurisprudencia constitucional ya aludida.

El deslinde entre intimidad e imagen, y sobre todo el establecimiento de cuál de ambos derechos cabe considerar vulnerado, seguirá pues siendo problemático. Se pondrá de nuevo de manifiesto con la publicación de fotografías de una persona desnuda, sin su consentimiento, ilustrando un reportaje sobre la secta CEIS y Niños de Dios, con alusiones a su presunto fomento de la prostitución y la corrupción de menores¹⁸⁷. Se añade en esta ocasión un previo problema procesal, que resultará polémico, ya que el fallo de la Audiencia Provincial, estima vulnerado el derecho a la imagen, y no los de honor e intimidad, mientras la recurrente, que no había intentado casar tal resolución, sigue invocando la vulneración de su intimidad, una vez que el Supremo considera que el interés público de la información prevalecía sobre el derecho a la imagen¹⁸⁸.

¹⁸⁶ M. CARRILLO LÓPEZ, “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la C.E.”, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 53-90; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933502. También X.O’CALLAGHAN MUÑOZ considera que el vulnerado es el derecho a la propia imagen, y que las sentencias confunden “intimidad como derecho, con parte íntima de la mujer” (“Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la sala 1.ª del Tribunal Supremo” *ibidem*, págs. 149-205; Código CC933505).

¹⁸⁷ Al menos a ello se refiere hasta dos veces el texto de la STC 156/2001, de 2 de julio, A.2 a) y F.1, tal como lo publica el *BOE* y lo reproduce el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, del Congreso de los Diputados, 2001 (243), págs. 359 y 361. Curiosamente, ambas referencias aparecen mutiladas cuando consulté la misma sentencia en la página *web* del Tribunal; quizá como una prueba más de las *amenazas* de la informática, o a la informática... Tras dar cuenta de ello, parece subsanada tan llamativa anomalía.

¹⁸⁸ Todo ello motivará un voto particular del magistrado Conde Martínez de Hijas, que (epígrafes 3 y 2) considera que cabe explicitar qué derecho invoca una de las partes bajo determinado *nomen iuris*, pero “en cuanto a las Sentencias es obligado por nuestra parte atenernos estrictamente a lo que dicen”; “podrá, o no, convencernos la argumentación utilizada”, “pero no me parece un recurso dialécticamente correcto el de atribuirla contenidos implícitos”.

La circularidad que el propio Tribunal establece entre imagen e intimidad llega casi a generar cierto mareo. El punto de partida resulta pacífico: mediante unas fotografías, “se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos”; igualmente, “también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad”; y, finalmente, “puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos”, cuando se trata de una “que muestre, además de los rasgos físicos que permiten la identificación de la persona, aspectos de su vida privada, partes íntimas de su cuerpo o la represente en una situación que pueda hacer desmerecer su buen nombre o su propia estima” (con lo que se nos ha colado de rondón el honor...).

El asunto se complicará más cuando se nos afirme que “si se constata una vulneración del derecho a la intimidad y, al mismo tiempo, una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, no será necesario indagar si respecto de esta injerencia existen causas justificativas”, tales como que se trate de un reportaje o se reconozca el carácter público de la persona afectada. Habría que entender que “la captación y difusión inconsentida de la imagen de una persona que permita su identificación y al mismo tiempo suponga una vulneración de la intimidad personal o familiar entraña en sí misma una lesión del derecho a la propia imagen”. Pero luego se nos dirá que “la declaración de que esas imágenes gráficas han vulnerado su derecho a la intimidad, permite concluir que la intromisión en su derecho a la propia imagen es también una intromisión constitucionalmente ilegítima, sin que para alcanzar esa conclusión sea necesario analizar si concurren otros bienes o derechos —especialmente el derecho alegado de comunicar información— que hipotéticamente pudiesen justificar esa injerencia, ya que al haber declarado que la publicación de las fotografías ha vulnerado el derecho de la intimidad de la recurrente ninguna circunstancia podría legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen que esas mismas fotografías conllevan”.

En resumen, se concluye que “al haberse publicado sin el consentimiento de la recurrente fotografías en las que aparece desnuda y tratarse de fotografías que fueron captadas en un ámbito privado —lo

que permite deducir su interés en no mostrar al público partes íntimas de su cuerpo—, debemos apreciar la existencia de una intromisión en su derecho a la intimidad que no puede considerarse legítima”. Tampoco “la circunstancia de pertenecer a una secta que fomenta la promiscuidad sexual de sus miembros conlleva que la demandante de amparo haya perdido el poder de reserva sobre partes íntimas de su cuerpo”. Al final acaban siendo dos los derechos vulnerados, porque “la publicación de las fotografías en las que la recurrente aparece desnuda y claramente identificable vulnera sus derechos a la intimidad y a la propia imagen”¹⁸⁹.

El deslinde entre los derechos a la intimidad y a la imagen, sistemáticamente invocados de forma conjunta, acompañados del derecho al honor, por quien ve publicada por la policía la fotografía realizada con motivo de su detención, se resolverá sin tanto debate. El Tribunal entiende que “su queja ha de reconducirse a la posible lesión del derecho a la propia imagen y del derecho al honor, sin que como consecuencia de aquella actuación haya resultado afectado su derecho a la intimidad personal, ni al respecto se ofrezca argumentación alguna en relación con su posible vulneración, ya que la fotografía difundida por la policía no desvela aspectos de su vida privada o partes íntimas de su cuerpo”¹⁹⁰.

Intimidad y secreto de las comunicaciones

Con más facilidad resuelve el Tribunal la conexión igualmente previsible entre el derecho a la intimidad y la garantía del secreto de las comunicaciones, recogida en el epígrafe tercero del mismo artículo 18 C.E. El problema se suscitó al detener la Guardia Civil a un sospechoso de tráfico de drogas y proceder a leer e incautar, sin previa autorización judicial, unas hojas de papel dobladas en el interior de su agenda. Se planteará una doble cuestión: si se ha quebrantado en realidad el secreto de las comunicaciones y si para evitarlo habría sido necesario contar con una previa resolución judicial.

¹⁸⁹ STC 156/2001, de 2 de julio, F3,7 y 5.

¹⁹⁰ El fiscal había apuntado que “se trata de una fotografía de cuerpo entero con el fondo de una pared blanca sin ninguna señal identificativa. El fotografiado está de pie, completamente vestido y en actitud serena”, STC 14/2003, de 28 de enero, A.8, a) y F.4.

La respuesta a la primera cuestión contribuye a dilucidar la nueva querrela fronteriza entre el juego del derecho a la intimidad y el del secreto de las comunicaciones. El Tribunal tiene en cuenta que “la supuesta carta no presentaba ninguna evidencia externa que hubiera permitido a la Guardia Civil *ex ante* tener la constancia objetiva de que aquello era el objeto de una comunicación postal secreta, tutelada por el art. 18.3 C.E. Por el contrario, la apariencia externa del hallazgo era equívoca”.

Lo que, en todo caso, resulta decisivo es que esa “intervención no interfiere un proceso de comunicación, sino que el citado proceso ya se ha consumado”. En efecto, la protección del derecho al secreto de las comunicaciones alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado el proceso en que la comunicación consiste, la protección constitucional de lo recibido “se realiza en su caso a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”. De ahí que no nos hallamos ya en el ámbito protegido por el derecho al secreto de las comunicaciones postales sino, en su caso, en el ámbito del derecho a la intimidad¹⁹¹.

La persecución policial del tráfico de drogas llevará a ilustrar diversos aspectos de la misma cuestión. Habrá que aclarar, por ejemplo, si cabe incluir a los paquetes postales dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones. No se duda a la hora de admitir que “pocas son las resoluciones dictadas por este Tribunal en las que nos hayamos referido a las comunicaciones postales como objeto de la protección constitucional que el art. 18.3 C.E. brinda, a salvo de las que tienen por objeto las comunicaciones de los internos en establecimientos penitenciarios”.

Ya hemos visto cómo tal derecho no se identifica con el relativo a la intimidad. Ello explica, entre otras cosas, que mientras “la intervención de las comunicaciones requiere siempre resolución judicial, no existe en la Constitución reserva absoluta de previa resolución judicial respecto del derecho a la intimidad personal”. Por otra parte, el secreto, constitucionalmente protegido, se proyecta tanto sobre el proceso de comunicación como sobre el contenido de ésta, aunque éste no quede en la esfera de lo íntimo.

Con la *comunicación* acabará ocurriendo pues como con el *domicilio*: el concepto cobra un matiz peculiar. Se entenderá por tal “a efectos constitucionales el proceso de transmisión de expresiones de

¹⁹¹ STC 70/2002, de 3 de abril, F1 y 9 c).

sentido a través de cualquier conjunto de sonidos, señales o signos”. En consecuencia, tal derecho sólo protege el intercambio de objetos a través de los cuales se transmiten mensajes mediante signos lingüísticos, “de modo que la comunicación postal es desde la perspectiva constitucional equivalente a la correspondencia”. Una vez más, el despliegue histórico del progreso tecnológico dejará su huella: hoy los mensajes pueden expresarse no sólo mediante palabras, sino a través de otro conjunto de signos o señales que componen otro tipo de lenguajes. Pueden, por tanto, plasmarse no sólo en papel escrito, sino también en otros soportes, con lo que “la noción de correspondencia no puede quedar circunscrita a la correspondencia escrita, entendida ésta en su sentido tradicional”.

Todo ello lleva a concluir que el envío de mercancías o el transporte de cualesquiera objetos, incluidos los enseres personales, queda fuera del ámbito de amparo de las comunicaciones. Buena noticia para la lucha contra la droga, ya que no habrá duda de que “el envío postal que, procedente de Venezuela, fue interceptado en Gran Bretaña y sometido a entrega vigilada hasta su destino en España no constituía el objeto de una comunicación postal o correspondencia”¹⁹².

No teniendo el derecho a la intimidad carácter ilimitado, habrá también que resolver si cabe considerar acorde con la Constitución hacerlo ceder ante el necesario ejercicio de estas pesquisas. Se nos remitirá a criterios ya comentados: existencia de un fin constitucionalmente legítimo, que la medida limitativa del derecho esté prevista en la ley y que medie resolución judicial motivada, salvo que la ley haya autorizado a la policía judicial a intervenir sin ella. Habrán de respetarse en cualquier caso los principios de proporcionalidad y razonabilidad¹⁹³.

La conclusión, respecto al caso inicialmente analizado, será que no ha existido violación del derecho a la intimidad del recurrente, ya que aunque, ciertamente, lo intervenido por la Guardia Civil en el momento de la detención pertenecía al ámbito de la intimidad, y “la apertura de una agenda, su examen y la lectura de los papeles que encontraban en su interior supone una intromisión en la esfera privada de la persona a la que tales efectos pertenecen, esto es, en el ámbito prote-

¹⁹² STC 281/2006, de 9 de octubre, F3 a), c) y 4.

¹⁹³ De acuerdo con la ya citada STC 207/1996, de 16 de diciembre, F4. Similares principios se aplicarán a la hora de justificar registros domiciliarios, como ocurre en la STC 239/2006, de 17 de julio, F6.

gido por el derecho a la intimidad”, pueden constatarse razones para entender que la actuación de la Guardia Civil era necesaria y “respeta el principio de proporcionalidad”¹⁹⁴.

Veracidad: requisito o presupuesto

Volviendo a la relación entre la protección a la *intimidad* y la del derecho al *honor*, ya hemos visto cómo éste se verá condicionado por el juego de un segundo criterio, que podría resultar entre tautológico e irrelevante de ser tenido en cuenta cuando es la intimidad la que está en juego. El derecho al honor deberá ceder, pero no ante cualquier tipo de *información*, sino sólo ante aquélla que, revistiendo interés público, merezca además ser considerada *veraz*.

No se entenderá por tal de modo exclusivo la que se apoye en una efectiva verificación de su contenido, ya que la verdad informativa, como desde diverso punto de vista ocurre con la llamada verdad procesal, no podrá fácilmente aspirar a verse identificada con la efectiva realidad de lo que se pretende narrar o evaluar¹⁹⁵. El Tribunal recordará, en concreto, 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”¹⁹⁶.

¹⁹⁴ STC 70/2002, de 3 de abril, 10, c). Sobre el alcance de este principio, A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, en “Ámbito material de los derechos fundamentales, dimensión institucional y principio de proporcionalidad”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág.79.

¹⁹⁵ Ello lleva a M. FERNÁNDEZ AREAL a afirmar que el Constitucional “responde a tics judiciales o, por mejor decir, rutinas procesales”, lo que, a su juicio, explicaría que “no le quede clara la distinción entre verdad y opinión y, por tanto, entre verdad objetiva y verdad subjetiva” (“La protección de la verdad en la libre comunicación de mensajes informativos”, en número especial XIII de *Poder Judicial*, sobre *Libertad de expresión y medios de comunicación*, 1990, pág. 209).

¹⁹⁶ Así habría ocurrido, al afirmar el Tribunal Supremo que “el derecho de la información constitucionalmente protegido incluiría sólo la exposición escueta y objetiva de hechos, pero no el análisis, el enjuiciamiento o la valoración de esos hechos, ni tampoco la posibilidad de formular conjeturas o lucubraciones explicativas”. Muy al contrario, la limitación del derecho a la información al relato puro, objetivo y aséptico de hechos no resultaría constitucionalmente aceptable ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay “sociedad democrática”, STC 171/1990, de 12 de noviembre, E9.

Para que la información se considere revestida de esa veracidad capaz de justificar su protección, se exigirá sólo 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, como ya hemos visto, mucho sentido extender este criterio a la protección de la intimidad¹⁹⁷, ya que, si los datos o hechos difundidos no fueran reales, lo único que de ello se derivaría es que la intimidad no habría sido en realidad vulnerada. Si vale el ejemplo, cabría aventurar que quien se equivoca de casa no conseguirá consumir el allanamiento de domicilio que pretendía; podría acabar, si acaso, allanando el domicilio de un vecino. Asunto distinto es en qué medida tal desfase entre información y hechos reales, en lo que de atribución de falsos datos comporte, pudiera acabar constituyendo una lesión para el honor del interesado.

Una vez más, la naturaleza de las cosas acaba imponiendo su ley: lo que no puede ser no puede ser, y además es imposible, según rubricaría el legendario torero. El requisito de la veracidad merece distinto tratamiento según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, “si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan”¹⁹⁸.

En sentido contrario, tampoco la información sobre hechos ciertos deja de afectar al derecho a la intimidad, sino que coadyuva a su vulneración. En efecto, la intimidad “no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones”, ya que, “tratándose de la intimidad, la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo

¹⁹⁷ Así lo pone de relieve el Abogado del Estado, ante la pregunta formulada en asamblea de trabajadores a un representante sindical sobre si había solicitado unos días de permiso por asuntos propios coincidentes con la huelga convocada, tras haber tenido el interpelante conocimiento de ello por un documento depositado sobre una mesa: “nos encontramos ante una información no rectamente obtenida que afecta no tanto al honor cuanto al derecho a la intimidad, materia en la que no cuenta la verdad o falsedad de la información, sino el hecho de que ésta se haya producido, es decir, que se haya difundido lo que debía permanecer reservado salvo consentimiento del afectado”. El Tribunal Constitucional amparará al trabajador denunciante, por entender que “la información crítica no se hizo en atención a la persona del denunciado, sino sólo en razón de su función o cargo representativo”, STC126/1990, de 5 de julio, A.8 y F.5.

¹⁹⁸ STC 187/1991, de 17 de octubre, F.2.

caso, de la lesión”. Así tendrá el Tribunal ocasión de recordarlo ante la identificación periodística, indirecta pero inequívoca, de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)¹⁹⁹.

La dimensión hermenéutica de la delimitación de los derechos rebosa, como hemos podido ver, historicidad; tanto cuando permite 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.

¹⁹⁹ Más bien “fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público” STC 20/1992, de 14 de febrero, F3.

III

CONFIGURACIÓN HISTÓRICA DE LA INTIMIDAD

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 aparecen como la cotidiana actualización de unos rasgos esenciales. No tendrá por ello nada de extraño que sea la misma *naturaleza* de un derecho la que remita a su existencial *dimensión histórica* a la hora de delimitar su *contenido esencial*. Así ocurrirá precisamente con el derecho a la intimidad.

Contenido esencial y pautas culturales

Se asumirá con gran naturalidad que la delimitación de lo que debe permanecer como íntimo o privado, o la de aquellos aspectos que deban considerarse desde tal punto de vista como *sensibles*, dependerá de pautas culturales²⁰⁰. Éstas, lejos de operar necesariamente *contra natura*, pueden contribuir a actualizar del modo más adecuado sus exigencias. Por una parte, la naturaleza humana no puede ser entendida en clave exclusivamente individual²⁰¹, desencajada de la rela-

²⁰⁰ Encontramos ya ese reenvío en la STC 231/1988, de 2 de diciembre, F3, al incluir en el “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás” vinculado a la intimidad, lo que se considera “necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana”. F HERRERO-TEJEDOR resalta cómo “se trataba de la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional se pronunciaba sobre el derecho a la intimidad”, eclipsado hasta entonces en “nuestra historia jurídica” por la protección del derecho al honor o incluso a la propia imagen (“Comentario a la STC 231/1988, de 2 de diciembre, caso Paquirri”, en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág. 108).

²⁰¹ Resultan de interés las reflexiones que, partiendo de “una cuestión ontológica: la relación entre la dimensión individual y social del ser humano”, formula, en diverso contexto, N.M.^a LÓPEZ CALERA: “Los ‘yos’ concretos no pueden vivir o sobrevivir, no pueden entenderse ni ser entendidos, ni pueden vivir con arreglo a lo que la mayoría de ellos entiende como un elemental sentido de

ción con los otros que caracteriza la posible existencia de exigencias de justicia²⁰². Por otra, no sólo no hay naturaleza sin historia, sino que el modo más natural de definir las exigencias de lo íntimo será precisamente remitirse a la versión histórica en vigor.

No serán pocos los pasajes jurisprudenciales en que se insistirá en ello. Al fin y al cabo, las citadas pautas culturales no se limitan a describir sociológicamente una reiteración fáctica, sino que son expresivas de la *opinio iuris* de los ciudadanos²⁰³; implican la entrada en juego de una peculiar instancia delimitadora de “una determinada concepción de estos bienes y derechos y de su recíproca relación”²⁰⁴. Cobra así realidad la constatación de que cada *concepto* constitucional acaba encontrando sentido en una determinada *concepción*, que explicita la teoría de la justicia que se está llevando, conscientemente o no, a la práctica.

Lo que no parece tan claro es que en esta distinción entre *concepto* y *concepción* pueda irse más allá de lo (valga la redundancia) meramente conceptual. No ocurre así cuando se pretende presentar la Constitución como un entramado de conceptos, mientras que sus correspondientes y variopintas concepciones acabarían siendo explicitadas en los textos emanados del poder legislativo²⁰⁵. A ello se apuntarían con entusiasmo los partidarios de un diseño de la *constitucionalidad* y la *legalidad* como planos diversos, ignorando su amplísima zona de confluencia en todo lo que las leyes llevan consigo de desarrollo de la Constitución.

Quizá ello pueda explicar en parte las endémicas fricciones entre el Tribunal Supremo y el Constitucional que se producen en nuestro

su dignidad, si no es bajo la aceptación y el respeto de esa realidad que es la vida social, la vida colectiva” (“El concepto de derechos colectivos”, en *Constitución y derechos fundamentales*, -J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS, coords.-, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 290 y 291).

²⁰² “La clave de lo social está en la alteridad en cuanto que modulante de la realidad del hombre”, se dijo, en ocasión aún más solemne que la de hoy, dada la categoría del protagonista, que exponía algo de lo que aprendió en las clases de Zubiri (M. JIMÉNEZ DE PARGA, *Sobre el saber jurídico-político. Un posible enfoque*, discurso de recepción, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 8 de enero de 2002, págs. 101 y 105).

²⁰³ Con más amplitud me he ocupado de esa *opinio iustitiae* en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs. 220 y ss.

²⁰⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.4.

²⁰⁵ En el ámbito anglosajón, R. DWORKIN proyecta similar distinción sobre el inevitable juego entre las normas y su interpretativa aplicación judicial, hasta el punto de que el traductor sustituye en alguna ocasión ‘concepciones’ por ‘significados’ (*Los derechos en serio Barcelona*, Ariel, 1984, págs. 173, 179 y 206).

país²⁰⁶. Sin entrar a valorar el grado de prudencia y responsabilidad con que los miembros de uno y otro se hayan movido en tan delicada frontera, resulta obvio que quien debe acabar determinando su perfil será el Constitucional, ya que si no asumiera tal responsabilidad, no estaría llevando a cabo la tarea de control que justifica sus existencia.

El normativismo lleva a contemplar el ordenamiento jurídico como un estático aglomerado de normas, susceptible sin duda de ulteriores y sucesivas modificaciones o sustituciones. Olvida, sin embargo, que el derecho no es en realidad un conjunto de textos, sino que se plasma en el *sentido* que de ellos cabe derivar. Igualmente, conceptos y concepciones acabarán siempre enlazados, por más que pretendamos conceptualmente radicar en los primeros el contenido esencial de las previsiones constitucionales y en las segundas su despliegue existencial. Los conceptos sin concepciones serían un mero ente de razón, unas esencias inexistentes... De ahí mi convencimiento de que las propuestas de un pretendido *patriotismo constitucional*, que llevaría consigo un curioso intento de despojo cultural²⁰⁷, constituye un imposible metafísico. Asunto distinto es que, a falta de desarrollo legislativo, sea el poder judicial quien haya de asumir la indispensable tarea de explicitar existencialmente el contenido esencial.

Ello permite entender en su integridad párrafos del siguiente tenor: “cuando entran en conflicto o colisión dos derechos fundamentales, como ahora es el caso, resulta evidente que la decisión judicial ha de tener como premisa mayor una cierta *concepción* de aquellos derechos y de su recíproca relación o interconexión y, por tanto, si tal concepción no fuere la constitucionalmente aceptable, en un momento dado, esa decisión como acto del poder público, habrá de reputarse

²⁰⁶ Para L. PRIETO SANCHÍS, el modelo kelseniano de Tribunal Constitucional “representa un residuo de otra época”, ya que Kelsen “hurtaba el conocimiento de la Constitución a los jueces ordinarios”, al no considerarla, una “fuente del derecho, sino una fuente de fuentes” (“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001 (5), pág. 205).

²⁰⁷ J. HABERMAS, tras señalar que “los conflictos de nacionalidades, como los que se dan en el País Vasco y en Irlanda del Norte”, serían “consecuencia tardía de un violento proceso de formación nacional”, fija como objetivo el logro de una “igualdad de derechos culturales”, que inevitablemente obliga a poner en marcha “en los Estados-nación que se han formado históricamente un proceso tan precario como doloroso”: “para que todos los ciudadanos puedan identificarse en igual medida con la cultura política de su país, la cultura mayoritaria que procede de la cultura nacional debe desligarse de la cultura política (“La constelación posnacional y el futuro de la democracia”, en *La constelación posnacional*, Barcelona, Paidós, 2000, págs. 97 y 100).

lesiva del uno o del otro derecho fundamental, sea por haber considerado ilícito su ejercicio, sea por no haberle otorgado la protección que, de acuerdo con la Constitución y con la Ley, debería otorgarle”²⁰⁸.

Toda ponderación remite pues, inevitablemente, a una teoría de la justicia²⁰⁹ que sirve de fundamento a la delimitación de los derechos. En este caso, es la propia jurisprudencia constitucional la que remite a las pautas culturales como delimitadoras del alcance de los derechos, aunque, obviamente, será luego el poder público competente quien se encargue de contrastarla y aportarle dimensión institucional. “Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”²¹⁰.

No sería fácil, por ejemplo, intentar definir las fronteras y consiguientes exigencias del pudor sin remitir la respuesta a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. Al fin y al cabo, “el ámbito de intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura sobre el recato corporal”²¹¹.

Esta valoración social es la que llevaba a establecer aquella distinción entre la intimidad corporal en sentido estricto y una más amplia intimidad personal, menos vinculada a aspectos objetivos del propio

²⁰⁸ STC 187/1999, de 25 de octubre, F12, relativa a la prohibición de una emisión del programa televisivo *La máquina de la verdad* (cursiva nuestra).

²⁰⁹ Desde su constitucionalismo postpositivista, L. PRIETO SANCHÍS la ve como “una interpretación donde la relación entre las normas constitucionales no es una relación de independencia o jerarquía, sino de continuidad y efectos recíprocos, de manera que, hablando por ejemplo de derechos, el perfil o delimitación de los mismos no viene dado en abstracto o de modo definitivo por las fórmulas habituales orden público, derecho ajeno, etc., sino que se decanta en concreto a la luz de la necesidad y justificación de la tutela de otros derechos o principios en pugna” (“Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001 (5), pág. 216).

²¹⁰ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F.4.

²¹¹ STC 37/1989, de 15 de febrero, F7 y 4, que aborda “si respetó o no la intimidad personal de la recurrente, la orden judicial que la conminó a someterse, en el curso de la investigación sumarial, a un examen ginecológico”, encaminado a “la verificación de una hipotética interrupción de embarazo”. J. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA Y L. RODRÍGUEZ RAMOS no se muestran muy conformes a que el juez pueda resolver la incógnita, porque “una resolución judicial no es la piedra filosofal” (“La intimidad corporal devaluada (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del Tribunal Constitucional)”, *Poder Judicial*, 1989 (14), pág. 126).

cuerpo que a la consideración subjetiva socialmente predominante sobre las conductas que su estado ponga en evidencia. Sirve de ejemplo el despido de una trabajadora de líneas aéreas, al advertirse en un análisis de orina restos de droga muy superiores a los admitidos por los protocolos de la empresa. La necesidad de habilitación legal y de consentimiento del trabajador excluye que el reconocimiento médico en la relación laboral pueda convertirse en un instrumento del empresario a efectos de “selección de personal”, sino que “descansa en un derecho del trabajador a la vigilancia de su salud”.

Para que resulte convalidable la actuación, el trabajador debe recibir información expresa, al tiempo de otorgar su consentimiento, sobre cualquier prueba o analítica no sólo porque “pudiera llegar a afectar a su *intimidad corporal*”, sino también respecto a aquellas pruebas que, aun sin afectar a la intimidad corporal del trabajador, sí “conciernan en cambio al derecho más amplio a la *intimidad personal* de la que aquélla forma parte, al tener por objeto datos sensibles que puedan provocar un juicio de valor social de reproche o desvalorización ante la comunidad”. De ahí que se considere que se ha invadido la esfera privada de la recurrente sin contar con habilitación legal para ello y sin consentimiento eficaz de la titular del derecho, actuando sin autorización sobre ámbitos que exigían una información expresa y previa al consentimiento, y por tanto se ha vulnerado el artículo. 18.1 C.E.²¹².

No muy distinta será la situación cuando, tras un posible homicidio por imprudencia, al atropellar a un peatón un menor que conducía un ciclomotor bajo los efectos del alcohol, la prueba médica que se realiza para su adecuado tratamiento médico acaba incorporándose sin su consentimiento al proceso penal. La solicitud de amparo distinguirá también entre la posible vulneración de su intimidad corporal o la afectación “desde la más amplia perspectiva del derecho a la intimidad personal”. El Tribunal descartará la primera, en cuanto la extracción de sangre no se llevó a cabo como una medida policial o judicial contraria a la voluntad del demandante, pero no así la segunda, “por razón de su finalidad, es decir, porque a través de la práctica de esa prueba se puede obtener una información que el sujeto no quiera desvelar”. Constata

²¹² STC 196/2004, de 15 de noviembre, F.7,9 y 10 (cursivas nuestras). L. MARTÍNEZ ROLDÁN compara críticamente esta sentencia con la STC 170/1987, que ya hemos tenido ocasión de comentar (“El ‘yo’ y el ‘otro’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), págs. 347 y ss).

por ello que la vulneración se ha producido, al incorporarse judicialmente la prueba mediante una “resolución inmotivada” y, como consecuencia, “ajena a toda ponderación de la necesidad de la medida y de su proporcionalidad”²¹³.

Se multiplican casos similares. A veces con alguna peculiaridad, como con ocasión de un accidente de tráfico, ya que los agentes de la Guardia Civil se dirigieron directamente a los facultativos del centro hospitalario para solicitar la práctica de la analítica, y no previamente al juez, apreciándose que “ni existió una autorización judicial previa de la práctica del análisis de sangre, ni posteriormente los órganos judiciales realizaron ponderación de los intereses en conflicto”, lo que determina se estime vulnerado el derecho²¹⁴.

El sujeto y sus circunstancias

No solamente serán aspectos objetivos, física o sociológicamente percibidos, los que contribuyan a delimitar el alcance de los derechos. La historicidad jurídica puede también en ocasiones emerger de las circunstancias del sujeto. Tal puede ocurrir sobre todo, en lo que a la protección de la *intimidad* se refiere, como consecuencia de que su *pública relevancia* justifique un diverso grado de protección.

No implicará dicha desigualdad de trato discriminación alguna, al apoyarse en un fundamento objetivo y razonable capaz de descartarla. La misma naturaleza de las cosas invita a considerar que no sea idéntico el ámbito de actuación de un ciudadano de a pie, de cuya atención o análisis cabrá privar a los demás, que el ámbito pretendidamente privado de un personaje público que merezca gozar de protección.

Tal circunstancia puede llegar a cobrar tonos dramáticos, cuando el Tribunal invita a calibrar en la presunta víctima “hasta qué grado haya

²¹³ STC 25/2005, de 14 de febrero, F.6. Ello puede explicar que P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA proponga considerar ‘sensibles’ todos los datos obrantes en ficheros judiciales, dado que suelen ser obtenidos sin previo consentimiento (“La protección de datos en la Administración de Justicia”, incluido en el volumen *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 2004 (IX), pág. 241). El caso aludido planteaba un problema procesal previo sobre el momento en que se había alegado la vulneración del derecho a la intimidad, que serviría de fundamento a la de la presunción de inocencia. La doctrina aportada se replanteará en la STC 132/2006, de 27 de abril; tras avocarse la cuestión al Pleno del Tribunal, se procede a corregir la solución propuesta.

²¹⁴ STC 206/2007, de 24 de septiembre, F.6 y 8.

dado a su propia persona, con carácter habitual y permanente, una proyección pública, que puede venirle dada por la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social y el papel que representa en este gran teatro del mundo, o puede ser sobrevenida, circunstancialmente, por razón de acaecimientos ajenos a su voluntad y, en cierto modo, a la de los demás”. Como corolario, “quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con una inherente notoriedad pública y actúan en el escenario, real o metafóricamente, bajo la potente cegadora luz de la publicidad constante, es claro que han de aceptar, como contrapartida, las opiniones aun adversas y las revelaciones de circunstancias de su profesión e incluso personales”²¹⁵.

Ocasión se presenta al Tribunal Constitucional para tenerlo en cuenta, al ocuparse de los matices recogidos en las informaciones difundidas por dos medios de comunicación en relación con hechos idénticos ya aludidos.

El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía, según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, “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”²¹⁶.

Dos diarios de difusión nacional, *El País* y el entonces en circulación *Diario 16*, informaron sobre idéntico asunto. Ambos se explayaron en nada gratas referencias al piloto del avión siniestrado, por presuntas destemplanzas de carácter o conducta. No faltó un titular que aludiera a la “forma irreflexiva de volar del comandante” o a su presunta inclina-

²¹⁵ STC 76/1995, de 22 de mayo, F6, sobre conflicto derivado de unas oposiciones universitarias y más centrada en la protección del honor que de la intimidad.

²¹⁶ STC 171/1990, de 12 de noviembre, F5, relativa al comentado accidente aéreo en el monte Oiz.

ción a la bebida²¹⁷. El paralelismo informativo fue tan acusado que ya en la primera instancia judicial se optó por acumular las acciones ejercitadas contra uno y otro medio²¹⁸; también se analizaron conjuntamente tales informaciones en las dos posteriores instancias judiciales, siempre con consecuencias penales sancionadoras.

Aun estimando que dicha acumulación no había generado indefensión, el Tribunal Constitucional dedica a cada información sentencia distinta; si bien es idéntica la fecha, será dispar el resultado. El paralelismo de ambos fundamentos de derecho es notable y hay que situarse en el cuarto de ellos para localizar el motivo de discrepancia. Nos encontraríamos ante una semblanza personal del comandante, realizada invocando fuentes informativas no precisadas. No es, sin embargo, su “inveracidad parcial” la que se considerará decisiva, sino una alusión de *Diario 16*, no recogida en la información paralela, a que “vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses”. Ello llevará a apreciar que, aparte de que el resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable, se incluyen expresiones y afirmaciones que exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho de información.

Hay una apostilla final que no dejará de resultar significativa: tal afirmación, “de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información, si se refiriese a un personaje público”, pero no puede en modo alguno encontrar justificación al tratarse de una persona privada. En este segundo caso, cabría “someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público”, pero no entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información, “tanto más cuanto que se trate de una persona fallecida, cuya memoria, de acuerdo con el sentimiento social prevalente, merece el mayor respeto”²¹⁹. En con-

²¹⁷ T. DE DOMINGO convierte esta alusión en ejemplo para calibrar cuando una conducta puede o no considerarse “íntima” (*¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, págs. 286-287).

²¹⁸ STC 171/1990, de 12 de noviembre, A.6, d) y 2.a).

²¹⁹ STC 172/1990, de 12 de noviembre, F.4. Una actitud crítica ante los posibles excesos en los criterios de prevalencia, P.SERNA, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, *Humana Iura*, 1994 (4), págs. 207, 208 y 224).

secuencia, y a diferencia de lo ocurrido con el otro periódico, el Tribunal le denegará el amparo solicitado.

Esta línea argumental abre una vía no exenta de riesgos, lo que llevará bien pronto al Tribunal a matizarla: “ello no supone que los personajes públicos, por el hecho de serlo, y aún menos sus familiares, hayan de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad”.

Las ya comentadas zozobras de Sara Montiel darán así pie a resaltar que, sin duda, las personas que, por razón de su actividad profesional, son conocidas por la mayoría de la sociedad han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente. Resulta más bien “exigible, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea”²²⁰.

Habrà nueva oportunidad de aportar matices, esta vez con un conocido político como personaje público blanco de las informaciones. Cuando lo divulgado o la crítica vertida vengán acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, “un particular como otro cualquiera”, porque “no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen”²²¹.

Claro que de ahí a plantear que la existencia de grabaciones de los insultos proferidos fuera de turno en un debate parlamentario constituyan una injerencia ilegítima en la propia intimidad media un abismo. Así ocurrió cuando el Presidente de la Asamblea de Cantabria decidió suspender a don Gonzalo Piñeiro García-Lago (consejero del gobierno

²²⁰ STC 197/1991, de 17 de octubre, F4. P. SERNA y F. TOLLER, que consideran razonable la conclusión, entienden que se podría haber llegado a ella “sin hablar de intromisiones, sacrificios, confrontaciones” y demás terminología conflictivista, ya que en realidad no había habido “ejercicio de la libertad de información” (*La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires. La Ley, 2000, págs. 157).

²²¹ No obstante, se acabará entendiendo que “las informaciones vertidas sobre don Francisco Vázquez, quien siempre es citado en su condición de Alcalde coruñés, no inciden en el ámbito privado de su proyección personal”, STC 192/1999, de 25 de octubre, F7 y 8.

regional) y a don Juan Hormaechea Cazón (presidente de dicho gobierno) en su condición de diputados, durante diez días, “por la gravedad de los vocablos que por su parte fueron proferidos en un momento del Pleno”. El Tribunal habrá de hacer notar que “dicha conducta se produjo en un acto parlamentario, sometido a las reglas de la publicidad parlamentaria y no encuadrable en la esfera de lo privado”. Los amparará sin embargo, en aras del principio de legalidad, al haberse producido el acuerdo tras un discutido análisis posterior al debate, pese a que el Reglamento de la Cámara no contemplaba otras sanciones que las impuestas en el transcurso de la misma sesión²²².

Los parlamentarios, al igual que todas aquellas personas que intervienen en las contiendas políticas, sean profesionales de la información o se dediquen a actividades en las que frecuentemente se expresan opiniones o emiten informaciones con trascendencia pública que pueden afectar al honor, intimidad o imagen de otros ciudadanos, están sin duda expuestos al riesgo de tener que soportar demandas civiles por parte de las personas que consideren que las opiniones manifestadas por ellos entrañan intromisiones ilegítimas en sus referidos derechos fundamentales. No se llega, sin embargo, a admitir que ello constituya “justificación razonable y proporcionada para establecer, en el orden procesal civil, un requisito en protección de los diputados y senadores” que extienda a ese ámbito el trámite de suplicatorio previsto para proceder contra ellos por vía penal. El Tribunal no sólo lo descartará, sino que se planteará una autocuestión de inconstitucionalidad y anulará la reforma legal introducida al efecto²²³.

Intimidación disponible

La justificación de ese trato desigual a los personajes públicos podrá igualmente dar pie a que entre en juego algún atisbo de un tercer elemento, a caballo entre la *autopropiedad*, patrimonialista y de posible relevancia comercial, y una autonomía vinculada a la dignidad personal, que puede llegar a servir de antesala, como veremos, a una pura *autodeterminación* de contenido incondicionado. Por uno u otro motivo, no se excluye a la vez la posibilidad de un voluntario *desvelamiento*

²²² STC 136/1989, de 19 de julio, A.2, C) y 3, B), así como E.2 y 3.

²²³ STC 243/1988, de 19 de diciembre y STC 9/1990 de 18 de enero, F.5.

de la propia intimidad, en ejercicio de la disponibilidad sobre el ámbito íntimo protegido.

Cabrá privar del conocimiento o atención a lo íntimo cuando se desee, así como se podrán establecer por propia voluntad las excepciones que se consideren oportunas respecto al conocimiento de esos aspectos. Nada impedirá pues que se opte voluntariamente por hacer de dominio público, de modo gratuito o no, determinados aspectos de la propia intimidad; al menos desde un punto de vista jurídico y sin perjuicio, como es lógico, de la consideración que tal conducta merezca a los ojos de la llamada moral social positiva.

Se tratará sin duda de situaciones en las que será particularmente necesario no confundir el ámbito de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos con aquellos otros, de fácil relevancia patrimonial o mercantil, cuya protección vendría confiada a la legalidad ordinaria. Mientras en el primer caso habría que plantear la ponderación oportuna, al estar en juego otros derechos o libertades, como el ya indicado de dar y recibir información veraz, en el segundo bastaría con recurrir a meras figuras de orden civil o mercantil capaces de regular sin mayor alcance esa esfera del tráfico jurídico²²⁴.

También en este aspecto, la histórica rueda de prensa de Sara Montiel contribuirá a sentar doctrina. Quien por su propia voluntad da a conocer a la luz pública unos determinados hechos concernientes a su vida familiar los excluye de la esfera de su intimidad, por lo que en el caso en cuestión “prevalecerá el derecho a la información sobre la protección de la intimidad en relación con los hechos de la adopción divulgados por los propios afectados”²²⁵.

No obstante —como recordará el Abogado del Estado, en pleno debate educativo en torno a la polémica LODE, sobre la compatibilidad de libertad de gestión y obligado sistema de participación en ella en los centros sostenidos con fondos públicos—, no podrá entrar fácilmente en juego la invocación al contenido esencial del derecho, a la

²²⁴ Respecto a este aspecto, tangencial en el comentado *caso Paquirri*, el Tribunal alude al “derecho a disponer de la imagen de una persona desaparecida y de su eventual explotación económica” como “susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero derecho que no puede ser objeto de tutela en vía de amparo”, STC 231/1988, de 2 de diciembre, F3. En el epígrafe 1 de su voto particular los magistrados García Mon y De la Vega Benayas llegan a afirmar, reduciendo a esto la cuestión, que “el recurso planteado carece de contenido o dimensión estrictamente constitucional”.

²²⁵ STC 197/1991, de 17 de octubre, F4.

hora de analizar “cualquier reducción de un derecho fundamental, verbigracia, la propiedad, la intimidad personal, etc., que deriva de una actuación dispositiva de su titular”. La función de garantía de ese concepto se establece frente a posibles “límites impositivos por parte de los poderes públicos”, pero no a las reducciones que, en ejercicio de su derecho, “establezca voluntariamente su titular”²²⁶.

En consecuencia no cabrá tampoco, como ya hemos visto, apreciar en un contexto bien diverso lesión alguna del derecho a la intimidad personal y familiar cuando un obispo decide no mantener como profesor de religión a quien no exhibe, a su juicio, una conducta coherente con dicha responsabilidad. Así ocurrió al darse publicidad a la condición de ex-sacerdote, casado civilmente y con cinco hijos, de un profesor que se manifiesta en unión de otros miembros del Movimiento pro Celibato Opcional, que se proponían celebrar —de manera canónicamente irregular— una eucaristía en un monasterio y “organizar una jornada de convivencia con sus esposas e hijos”. El Tribunal estima que al no prorrogarse su propuesta como docente no se ha vulnerado su derecho a la intimidad, al entender que “ha sido el propio recurrente quien, por su libérrima voluntad, decidió hacer públicas su situación personal y familiar”²²⁷.

El consentimiento habrá de estar, en todo caso, siempre presente, por lo que el simple hecho de que determinados aspectos hayan sido objeto de público conocimiento no permite considerarlos en lo sucesivo excluidos del ámbito de protección de la intimidad²²⁸. Ahora serán el torero Paquirri y sus deudos quienes vuelvan a escena, ya que las imágenes de su muerte difundidas comercialmente en video habían sido ya recogidas por espacios informativos de cadenas televisivas²²⁹.

²²⁶ STC 77/1985, de 27 de junio, A.7, e).

²²⁷ STC 128/2007, de 4 de junio, F.4 y A.6, f).

²²⁸ Ni siquiera en el caso de difusión consentida de otros aspectos. Lo contrario equivaldría, para L. LÓPEZ GUERRA, a “reconocer un ‘pecado original’ que no puede borrarse, y que condena, al que lo comete, a una pérdida irremediable de su derecho a la intimidad”; algo así como “admitir también que una persona que practique la prostitución no puede ser objeto de una violación” (“La libertad de información y el derecho al honor”, en número especial VI de *Poder Judicial*, dedicado a *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, 1989, pág. 294).

²²⁹ La STC 231/1988, de 2 de diciembre, F.9, al plantearse “si esas imágenes no constituirán, así, escenas que pertenecen al conocimiento público, fuera por tanto de la esfera de la intimidad”, considera que “la respuesta que ha de darse a este interrogante es negativa”. Por el contrario, los magistrados García-Mon y De la Vega Benayas, consideran relevante, en el epígrafe 2 de su voto particular, que “la primera información visual de la noticia y su posterior difusión en un reportaje

Esta capacidad de disponer de la propia intimidad se extenderá también a la ya aludida protección del secreto de las comunicaciones. Cuando quien, bajo amenazas, es objeto de chantaje y autoriza a la Guardia Civil a grabar sus conversaciones para localizar a quien le presiona, el fiscal apuntará que en cualquier llamada cada uno de los interlocutores “tiene el dominio de la comunicación” y por tanto “no está sujeto a un deber de secreto de lo comunicado”. El Tribunal admitirá, por otra parte, la licitud de registrar a efectos comerciales en las facturas, para posibilitar así el control del usuario, los números objetos de llamada; si bien resalta que “la difusión sin consentimiento de los titulares del teléfono o sin autorización judicial de los datos captados supone la vulneración del derecho al secreto”. Igualmente, la entrega de los listados por las compañías telefónicas a la policía, sin consentimiento del titular del teléfono, requerirá resolución judicial. En resumen, “que quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 C.E.; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este sólo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado”²³⁰.

La alusión incidental a la licitud de la facturación telefónica con expresión de los números destinatarios de las llamadas no debe hacernos ignorar que se trata de una cuestión que reviste aspectos polémicos. Sirva como ejemplo la posible lesión del derecho a la intimidad de los hijos mayores de edad que permanecen en el hogar familiar. De ahí que se halla aludido al ejemplo italiano, que admite esa modalidad de facturación, pero eliminando las tres cifras finales del número de la línea receptora²³¹. Se planteará adicionalmente si el registro de esos datos afecta al secreto de las comunicaciones contemplado en el artículo 18.3, con la obligada intervención judicial para poder manejarlos, o más bien a la garantía de intimidad del 18.4, con desigual tratamiento²³².

emitido por televisión, no mereció de la actual recurrente reacción alguna en defensa de sus derechos, sin duda por entender que la importancia de la noticia trascendía de su propia intimidad”.

²³⁰ STC 56/2003, de .A.11 y F3.

²³¹ S. CAVANILLAS MÚGICA, “Telecomunicaciones y protección de la intimidad personal en el seno del grupo doméstico”, en *XII Encuentros sobre Informática y Derecho 1998-1999*, Madrid-Elcano, Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 1999 -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, pág. 31.

²³² H.ANCOS FRANCO, “El tratamiento automatizado de datos personales en el ámbito de las telecomunicaciones. Comentario a la Consulta 1/1999 de la Fiscalía General del Estado”, en *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Madrid-Elcano. Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2000,(M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.), pág. 74.

Dimensión familiar de la intimidad

Junto a esa capacidad para renunciar a la protección de la propia intimidad, surge por el contrario una dimensión expansiva fundada en la dimensión relacional de la persona, más allá de todo reduccionismo individualista²³³. Ello explicará que, en el ámbito de protección de derechos humanos del Consejo de Europa, se haya llegado a reclamar, aunque sin éxito, amparo contra la prohibición impuesta a una persona de tener un perro, en virtud de la ley islandesa que sólo lo admitía, por excepción, en las explotaciones agrarias²³⁴.

Papel relevante jugará en este nuevo contexto algo tan natural como las relaciones familiares, que potencian y condicionan el despliegue de la propia personalidad. De ahí que llegue a considerarse merecedora de protección no sólo la intimidad personal, sino también un determinado ámbito de intimidad familiar. Ello no implica necesariamente el reconocimiento de la unidad familiar como titular de un derecho fundamental, sino que lo sería cada una de las personas que la integran²³⁵.

En el trámite constituyente ello dio lugar a un jugoso caso práctico sobre la no fácil convivencia entre lenguaje ordinario y terminología jurídica, gracias al papel híbrido, entre senador real y académico infiltrado, que jugó Camilo José Cela. Fiel al guión, propone que en el apartado 1 del artículo 18 no se aluda a intimidad “personal y familiar”, por considerarlo redundante, ya que “intimidad (segunda acepción) significa zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia”. Remueve así, sin saberlo, el avispero de si los grupos pueden ser titulares de derechos de la personalidad. No

²³³ La intimidad aparece así como “el único derecho de libertad que se ha decantado con autonomía propia en los últimos decenios frente al desarrollo de los derechos socioeconómicos en la sociedad postindustrial” (F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Barcelona, Destino, 1984, pág. 118).

²³⁴ Se argumentará para rechazarlo que “no hay duda de que el perro ha mantenido vínculos estrechos con el hombre desde tiempo inmemorial”, pero ello no bastaría “para atraer tal relación al ámbito de la vida privada del propietario” (M. LEZERTUA RODRÍGUEZ, “El derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 49-98; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962202).

²³⁵ Al respecto M. LUCAS DURÁN, *El Acceso a los Datos en poder de la Administración Tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 147.

contento con ello, propone igualmente suprimir la referencia a la propia imagen, porque “es concepto que sobra por impreciso y porque lo engloban los anteriores”. Por si fuera poco, en el apartado 2 sugiere sustituir con “usuario” la alusión al “titular”, por considerarlo “término confuso y muy angosto”. Alguien debió luego ilustrarle sobre el alcance de la titularidad de derechos, porque a la hora del debate en Comisión argumentaría que propuso ese cambio terminológico “por error”, y se limitó a leer el texto de su enmienda 145 sin argumentación alguna, añadiendo “Gracias, señor Presidente”. Éste le pregunta extrañado si ha terminado y Cela corrobora lacónico: “Sí, señor Presidente, y le di las gracias”... El senador Sánchez Agesta apoyó lo que quedaba de su propuesta siendo aprobado por unanimidad²³⁶.

Aunque, al cabo de casi dos decenios de jurisprudencia constitucional, el derecho que nos ocupa seguía apareciendo integrado primordialmente por “la intimidad corporal” y “la vida sexual”, más bien vinculadas a una privacidad patrimonialista, la conciencia de que su delimitación histórica le empujaba a ampliarse llevó a caracterizar este ámbito inicial de modo más restringido como “intimidad personal *stricto sensu*”. A la vez, irán mereciendo reconocimiento jurídico, entre otros elementos más propios del libre desarrollo de la personalidad, “determinados aspectos de la vida de terceras personas que, por las relaciones existentes, inciden en la propia esfera de desenvolvimiento del individuo”; se los identificará como intimidad familiar.

Lo mismo ocurrirá también, como veremos, respecto a algunos hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que el trabajador desarrolla su actividad, que, si bien no se integran en principio en la esfera privada de la persona, no cabe ignorar que permiten en ocasiones acceder a “informaciones atinentes a la vida íntima personal y familiar”, entre las que se incluirían, “sin duda, las referencias a la salud”²³⁷.

A propósito de la intimidad familiar cobrará de nuevo protagonismo el tan aludido caso *Paquirri*. Fallecido éste en la enfermería de la plaza de Pozoblanco, donde se filmaron secuencias cuando se hallaba ya reclinado en la improvisada mesa de operaciones, su muerte dejaba vacío de sentido cualquier intento de protección de la intimidad vincu-

²³⁶ *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. III, págs. 2722, 3247-3248.

²³⁷ STC 202/1999, de 8 de noviembre. F.2.

lada a una personalidad jurídica desgraciadamente extinguida. Se invocará, sin embargo, que tales imágenes “inciden negativamente, causando dolor y angustia en los familiares cercanos del fallecido”. Ello llevará al Tribunal Constitucional, ante quien se solicita amparo, a dictaminar que “inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente”, por lo que la difusión de las imágenes captadas en la enfermería de la plaza de toros “vulnera el derecho a la intimidad personal y familiar”, no del torero, sino “de la señora Pantoja, viuda del señor Rivera”²³⁸.

También las idas y venidas de Sara Montiel tendrán un final paradójico. Se trata de una figura pública, lo que ya reducía la protección de su intimidad; a mayor abundamiento, opta libremente por desvelar aspectos en ella incluidos; pero aun aquellos aspectos de su intimidad ya no susceptibles de protección afectarán a la intimidad de su hijo adoptivo, lo que llevará a que se niegue amparo a los informadores. El derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia, sino también a “determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar”. En consecuencia, “prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado y, por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, ha de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo, como con toda seguridad sucede con la identificación por parte del periódico de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales”. Se trataba de datos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducible de ella, que en modo alguno pueden considerarse como noticia de interés público, al ser sólo un hecho estrictamente personal y privado, incluible en la reserva protegible de la intimidad²³⁹.

La protección de esa dimensión de la intimidad será la que justifique, en un caso diverso, una excepción a la previsión constitucional (artículo 120.1) de que “las actuaciones judiciales serán públicas”. Se trataba de tutelar los intereses de los menores. En efecto, “nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen

²³⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre, F6 y 10. Aportan elementos jurisprudenciales previos C. GARCÍA GARCÍA y A. GARCÍA GÓMEZ, *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Murcia, Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación - Ilustre Colegio de Abogados, 1994, págs. 174 y ss.

²³⁹ STC 197/1991, de 17 de octubre, F3 y 4.

normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños²⁴⁰.

La adopción llevada a cabo por la conocida artista tendrá por lo demás segunda parte, generadora de nueva sentencia, a raíz de la publicación de unas declaraciones de la madre biológica del menor. Tanto el juez de primera instancia como el Tribunal Supremo considerarán vulnerado de nuevo el derecho a la intimidad, pese a que —entre uno y otro fallo— la Audiencia Provincial hubiera estimado, por el contrario, que no se habían “revelado datos que no estuviesen ya divulgados, bien porque los padres adoptivos de ambos menores los habían difundido con anterioridad, bien porque otras informaciones periodísticas habían dado cuenta de los mismos”. Se verán así reproducidos criterios argumentales ya expuestos, pero introduciendo elementos nada irrelevantes.

Se parte del reconocimiento de que la información aportada puede toda ella calificarse de veraz, y ninguna de las expresiones vertidas para narrar los hechos en alusión al menor adoptado y a su madre adoptiva pueden considerarse, ciertamente, injuriosas o innecesarias respecto de lo que se desea narrar. Problema distinto es dilucidar si quien informa “se ha extralimitado por injerir en la vida privada personal y familiar de un tercero”. Ello lleva a ir introduciendo unos matices que nos permitiremos ir subrayando, en cuanto anuncian un inesperado cambio de paradigma: el artículo 18.1 “no garantiza una *intimidad* determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un *poder de control* sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, *con independencia del contenido* de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

Todo parece indicar que se están incluyendo en un escenario bastante clásico elementos novedosos más vinculados al artículo 18.4 C.E. Nos encontraríamos ahora ante “un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, *decidan* cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, *sea cual sea lo contenido* en ese espacio”. El *derecho* a la intimidad parece tender a convertirse en “un *poder jurídico* sobre la información relativa a su persona

²⁴⁰ STC 71/1990, de 5 de abril, E7.

o a la de su familia, pudiendo *imponer a terceros su voluntad* de no dar a conocer dicha información²⁴¹. Tendremos que volver sobre todo ello...

El concepto de intimidad familiar no quedará, sin embargo, únicamente vinculado a las relaciones de parentesco, sino que abarcará expansivamente otros elementos que puedan llevar consigo. De ahí que sea tal derecho el que se considere vulnerado cuando a un recluso “no se le permite comunicar con su familia en euskera”. La propia Ley General Penitenciaria contemplaba de modo expreso en su artículo 51.1 esta circunstancia lingüística:

Los internos estarán autorizados para comunicarse periódicamente, de forma oral y escrita, en su propia lengua, con sus familiares, amigos y representantes acreditados de organismos e instituciones de cooperación penitenciaria, salvo en los casos de incomunicación judicial.

Estas comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y no tendrán más restricciones en cuanto a las personas y al modo que las impuestas por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento.

No deja de resultar significativo que lo que se considera vulnerador de la intimidad no es en este caso la forzosa presencia de un funcionario durante la comunicación sino el hecho de que se obligue a realizarla de modo para él inteligible; “salvo que se razone, al conceder la autorización condicionada, que el uso de una lengua desconocida por los funcionarios del establecimiento puede atentar a algún interés constitucionalmente protegido”. Falta de explícita cobertura legal, la decisión del director de la prisión “resulta desproporcionada” y la reglamentaria presencia de un funcionario no puede convertirse en un fundamento jurídico para prohibir las comunicaciones familiares en la lengua propia de cada uno²⁴².

²⁴¹ Las cursivas son nuestras. Se trata de matices presentes no sólo en esta STC 134/1999, de 15 de julio, a la que nos venimos refiriendo, sino también más tarde en la STC 83/2002, de 22 de abril, E5, y en la STC 99/2002, de 6 de mayo, E6. Ya se aludió en esta misma Casa a cómo la “visión cerrada y defensiva de la intimidad ha sido sustituida por una concepción activa y dinámica en la que la intimidad se contempla como la posibilidad de conocer, acceder y controlar las informaciones que conciernen a cada persona” (A.E. PÉREZ LUÑO, “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1996 (XLVIII-73), pág.317).

²⁴² STC 201/1997, de 25 de noviembre, E5 a 7.

En cualquier caso la protección de la *intimidad familiar* no llegará entre nosotros a cobrar alcance tan amplio como el abierto por el artículo 8 del Convenio de Roma, a través del concepto más amplio de *vida familiar*²⁴³, que tutela el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Excurso obligado: ¿derechos humanos universales o nacionales?

Esta referencia a la *intimidad familiar* cobrará un inesperado alcance cuando se analice la posibilidad de considerarla extensible a las aspiraciones de muchos inmigrantes residentes en España de lograr un *agrupamiento familiar*. El debate producido por los recursos presentados por los parlamentos de Navarra y el País Vasco, con ocasión de la reforma de la regulación legal de la extranjería, llevará a plantear en toda su hondura tanto el fundamento real y objetivo de los más fundamentales derechos como la dimensión histórica que su despliegue hermenéutico lleva consigo²⁴⁴.

Ya en el debate constituyente se planteó la cuestión, aunque sin llegar a atribuirle particular énfasis. Lo provocó una enmienda socialista que proponía eliminar, al hablar de la intimidad personal y familiar en el artículo 18.4 del Anteproyecto, “la referencia a los ciudadanos, porque este derecho debe referirse a todos los hombres”²⁴⁵.

La dignidad humana se convierte ahora en el eje del entrecruce de argumentos y 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. En ocasión anterior no he dudado en resaltar, por el contrario, la dimensión utópica y rompedora de tópicos consolidados,

²⁴³ Así lo resalta A. GUILLÓ SÁNCHEZ, “Intimidad y familia”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*; Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 217-256; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962206.

²⁴⁴ Al respecto, el capítulo final de F.VIOLA y G. ZACCARIA, *Derecho e interpretación. Elementos de teoría hermenéutica del derecho*, Madrid, Dykinson - Universidad Carlos III, 2007, págs. 385-433.

²⁴⁵ La enmienda 339 no encontró eco alguno y no se vuelve sobre la cuestión, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980 t. I, pág. 277. Una defensa de la “imposibilidad de diferenciar entre nacional y extranjero” en la protección de este derecho: L. REBOLLO DELGADO, *El derecho fundamental a la intimidad*, Madrid, Dykinson, 2000, pág. 134.

incluso políticamente correctos, que suele cobrar de hecho la defensa y promoción de los derechos humanos²⁴⁶, sólo posible cuando se apoya (confesadamente o no) en un fundamento ético objetivo.

Especialmente ilustrativo al respecto resulta el voto particular discrepante, reiterado con motivo de los aludidos recursos²⁴⁷, que suscribe una “concepción global distinta” de la suscrita por la mayoría. Se discrepa, en efecto, de la afirmación de que la dignidad humana obliga a reconocer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre, aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla, erigiéndose así la dignidad en un mínimo invulnerable que, por imperativo constitucional, se impone a todos los poderes públicos, incluido el legislador.

Aplicándolo al texto legal controvertido, tal planteamiento no se considerará por los discrepantes “aceptable, por exagerado, en cuanto a la vinculación a la dignidad humana de los derechos de reunión, asociación y sindicación”. El magistrado, con el beneplácito de los dos adheridos, confiesa: “la apelación a la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, no me resulta consistente, utilizado con la generalidad con la que se usa” en la sentencia²⁴⁸. Más drástico aún se había mostrado el Abogado del Estado en su obligada defensa del cuestionado texto legal. Los recurrentes habrían abordado “los derechos fundamentales como derechos extraterritoriales con vigencia universal independientemente de cualquier conexión territorial”.

No es irrelevante la cuestión: ¿existen realmente derechos universales? ¿con fundamento en qué universal derecho positivo?²⁴⁹. Si es

²⁴⁶ “Los derechos humanos entre el tópico y la utopía”, *Persona y Derecho*, 1990 (22), págs. 159-179, incluido más tarde en *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México D.F., UNAM, 2007, págs. 11-27, también antes, en francés: *Droit ‘positif’ et droits de l’homme*, Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 125-141, e italiano: *Diritto ‘positivo’ e diritti umani*, Torino, Giappichelli, 1998, págs. 127-143.

²⁴⁷ Me refiero al presentado por el magistrado Conde Martínez de Hijas a las SSTC 236/2007, de 7 de noviembre y 260/2007, de 20 de diciembre. A los dos se adhiere el magistrado Rodríguez-Zapata, mientras el magistrado García-Calvo indica por separado su “completa adhesión” al primero, aunque nada hace pensar que discrepara del segundo.

²⁴⁸ Texto del voto particular a la STC 236/2007, que se da en el de la STC 260/2007 por reproducido.

²⁴⁹ En su discurso ante la Asamblea General de la ONU el 18 de abril de 2008, BENEDICTO XVI no dudó en resaltar que “estos derechos se basan en la ley natural” poniendo en guardia ante la posibilidad de que “los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos” lleguen a oscurecer “no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos”.

el parlamento de turno el que positiva y convierte con ello en jurídica lo que sólo era exigencia moral, ¿no es esto precisamente lo que ha hecho la reforma legal? El aludido abogado del Estado afirmará que “residir y circular dentro de las fronteras del Estado no son derechos imprescindibles para la dignidad humana, y por tanto, no pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano”. Con ello nos deja abierta otra pregunta: ¿con fundamento en qué cabe defender lo contrario, contra la legítima voluntad de la mayoría parlamentaria?

Pretender, por otra parte, reconocer a la reagrupación familiar rango de derecho fundamental respondería, a su juicio, a una concepción desacertada del derecho a la intimidad, ya que nuestra Constitución no reconoce “un derecho fundamental a la vida familiar”, en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁵⁰.

Cabría aducir que el fundamento para la universalidad de tales derechos lo podríamos encontrar, sin salir del *derecho positivo*, acudiendo al texto de nuestra Constitución y de los tratados internacionales a los que remite para explicitar el contenido de los derechos. Puede que sea cierto, siempre que convirtamos dichos textos en una misteriosa bola de cristal capaz por sí sola de hacer explícito lo implícito, ahorrándose no poco debate.

El Tribunal no duda en defender la existencia de derechos “pertenecientes a las personas en cuanto tal”, entre los que incluye “el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la *intimidad*, la libertad ideológica”, así como el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad o el derecho a no ser discriminado; aunque advertirá que “no constituyen una lista cerrada y exhaustiva”. Reconocerá que determinar si un concreto derecho pertenece o no a este grupo ofrece algunas dificultades por cuanto “todos los derechos fundamentales, por su misma *naturaleza*, están vinculados a la dignidad humana”. Todo parece indicar, por cierto, que considera a la dignidad como una realidad objetiva racionalmente cognoscible, ya que, en caso contrario, difícilmente podría constituir “un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”²⁵¹.

²⁵⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre, A.6, b) y f); STC 260/2007, de 20 de diciembre, A.6, b) y f).

²⁵¹ STC 236/2007, de 7 de noviembre, F3 (cursiva nuestra).

Partiendo de todo ello, recordará que la Constitución, en su artículo 21, afirma genéricamente que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, sin ninguna referencia a la nacionalidad. Deriva de lo genérico de esa afirmación una nada irrelevante consecuencia específica, tan acertada a nuestro modo de ver como necesitada de más sólido fundamento; sobre todo cuando no duda en reconocer que ello no ocurre en “otras Constituciones comparadas donde este derecho expresamente se reserva a los ciudadanos”. Al final, atemperará un tanto su apuesta iusnaturalista: lo que en realidad rechaza será la falta de mesura de la ley, que “no se limita a condicionar el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros en situación irregular sino que impide radicalmente cualquier ejercicio del mismo a las personas que se encuentren en España en aquella situación”; más que a una ponderada delimitación habría pues procedido a una drástica supresión. Argumentación similar aplicará al derecho de asociación, al acceso a la enseñanza no obligatoria y gratuita, a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita, a más de referirse a la libertad sindical, rechazando que pudieran ser ejercido “exclusivamente por quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal”²⁵².

Respecto a la cuestionada vinculación de la reagrupación familiar al derecho a la intimidad, tras señalar que el precepto no regula ni desarrolla aspecto alguno de la intimidad familiar, ni siquiera de la vida familiar —pues “se refiere a la posibilidad de conservar la residencia por parte del cónyuge que la adquirió en virtud de reagrupación, y sus familiares, cuando desaparece el vínculo matrimonial”—, acabará dando por sentado que “este derecho a la reagrupación familiar, sin embargo, no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 C.E., que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal”²⁵³. No deja, sin embargo, de resultar muy de agradecer la enjundia del debate suscitado...

Intimidad en las relaciones laborales

También en las cambiantes relaciones laborales surgirán situaciones en las que el derecho a la intimidad podrá verse amenazado²⁵⁴. Como de

²⁵² STC 236/20007, de 7 de noviembre, F.6,9,12 y 13.

²⁵³ STC 236/20007, de 7 de noviembre, F.11; STC 260/2007 de 20 de diciembre, F.3.

costumbre, habrá discrepancias a la hora de establecer su alcance. La posibilidad de efectuar registros que afecten a la persona o pertenencias de los trabajadores se verá condicionada por diversos requisitos: que los registros personales constituyan una medida imprescindible y tengan carácter subsidiario respecto a la posible adopción de sistemas automáticos de control; que los registros no se adopten generalizadamente de modo preventivo, o para evitar un riesgo en el patrimonio empresarial, sino sólo cuando existan pruebas, indicios o fundadas sospechas de que se ha producido un daño; que la medida se aplique en principio a las taquillas y efectos particulares del trabajador y, sólo si no se obtienen resultados, se proceda luego al registro de la persona del trabajador...²⁵⁵.

Los sistemas automáticos de control se tradujeron en el Casino de la Toja en la implantación en determinados zonas de instrumentos audiovisuales susceptibles de captar conversaciones entre trabajadores o de éstos con los clientes, argumentándose que ello añadía “un plus de seguridad para resolver reclamaciones relativas al juego de la ruleta”. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia opta por considerar que el centro de trabajo no constituye por definición un ámbito en el que se ejerza el derecho a la intimidad por parte de los trabajadores, ya que dicho espacio habría que “entenderlo limitado a los lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, lavabos o análogos”. Tan restrictivo concepto merecerá el rechazo del Constitucional, que dictamina que no se ha “ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad”²⁵⁶.

²⁵⁴ Una primera aproximación, bastante crítica, de J.M. DEL VALLE VILLAR, particularmente preocupado por el papel de los vigilantes jurados y por los controles por motivos sanitarios (“El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo en el ordenamiento laboral español”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, -L. GARCÍA SAN MIGUEL, ed.-, Madrid, Tecnos, págs. 169 y 176).

²⁵⁵ N. BUISÁN GARCÍA, “Aspectos de la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores: acoso sexual, registros y medios audiovisuales”, en Consejo General del Poder Judicial, *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*; Cuadernos de Derecho Judicial 22/1996, págs. 156-198; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CI962204.

²⁵⁶ STC 98/2000, de 10 de abril, E7 y 9. F. CAMAS RODA, tras aludir al juego de la noción de “vida privada” de la normativa europea en el ámbito laboral, considera que para el Tribunal “no es que el derecho a la intimidad continúe activado, aunque con las debidas modulaciones en el marco de la relación jurídico-laboral del trabajador, sino que lo supera y ampara también frente a una injerencia en la propia actuación profesional del trabajador, entendida en sentido estricto” (“La intimidad y la vida privada del trabajador ante las nuevas modalidades de control y vigilancia de la actividad laboral”, en *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo* -M.R. ALARCÓN CARACUEL y R. ESTEBAN LEGARRETA, coord.-, Alicante, Bomarzo, 2004, págs. 164 y 167).

No ocurrirá lo mismo, tras instalarse cámaras de video sin captación acústica, en otra empresa. Un trabajador considerará vulnerado su derecho a la intimidad porque, aunque estas instalaciones tengan como fin controlar el trabajo, también registran actos del trabajador pertenecientes a su intimidad, toda vez que “este tipo de control no es selectivo en cuanto a las imágenes que capta”.

El Tribunal, dejará sentado que “el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales”, aunque sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende, en principio, los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están “más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada”.

Considera que la instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una medida justificada, al existir razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo. La medida sería “idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada)”. Ni siquiera estima relevante que, a diferencia del caso anterior, no hubiera tenido noticia de ella el Comité de Empresa, porque este aspecto constituiría una “cuestión de mera legalidad ordinaria”²⁵⁷.

Informática e *intimidad económica*

La dimensión histórica de la delimitación de los derechos nos invitará, en todo caso, a regresar al pasaje constitucional que nos ocupa para captar en qué medida acabará resultando significativo el alcance del epígrafe cuarto del artículo 18. Nos encontrábamos ante la aparente

²⁵⁷ STC 186/2000, de 10 de julio, F. 5 a 7.

indicación de una posible fuente de amenazas, de la que se pronostica particular incidencia²⁵⁸. De ahí que lo que se recoja en el texto no aparezca como un nuevo derecho²⁵⁹ sino, más bien, como el anuncio de la previsible necesidad de limitar determinadas conductas ajenas, con aires de garantía instrumental.

La entrada en escena de este epígrafe en el debate constituyente no dejó de resultar polémica. No faltó quien, como ya hemos visto, solicitara su supresión²⁶⁰. Es fácil observar en ello un desfase respecto a lo que ya estaba ocurriendo en el ámbito europeo. No ha dejado de aplicarse también a este asunto una cronología *generacional*. La primera generación de medidas arrancaría precisamente con la década de los setenta, aunque ya en 1967 se constituye en el Consejo de Europa²⁶¹ una Comisión Consultiva para el estudio de las tecnologías de la información y su potencial agresividad sobre el derecho a la intimidad, entre

²⁵⁸ Esto lleva incluso a que se plantee la posible aplicación a la intimidad de la polémica categoría procesal del “interés difuso”. M. POZA CISNEROS admite que “si aceptamos un concepto más modesto de interés difuso (o mejor sería decir colectivo), que atendiera sólo a la extensión o número de los afectados, a veces de difícil identificación, sí sería posible, en cambio, admitir la posibilidad de encontrarnos con tales intereses en conflicto en relación con los atentados al honor y, sobre todo, a la intimidad. Los medios informáticos, en particular, permiten perpetrar verdaderos delitos masa contra la intimidad en el que resultan lesionados intereses difusos, por extensos”; pero, en todo caso, “si se concibieran los derechos de la personalidad, como el honor o la intimidad, como intereses difusos, imprecisos, se estaría contribuyendo a su desnaturalización y devaluación” (“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, págs. 147-206; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CP943606).

²⁵⁹ Cinco años después, en el detenido estudio de A. GARCÍA VITORIA sobre *El derecho a la intimidad, en el derecho penal y en la Constitución de 1978*, Pamplona, Aranzadi, 1983, pág. 27, se nos dice que “contiene en sí mismo otros varios”, llegándose a señalar hasta seis relacionados con la “reserva de la identidad personal” y cuatro vinculados con el “secreto”, sin que la protección de datos haga en ningún momento aparición.

²⁶⁰ A las enmiendas ya citadas de UCD y AP se añade la 16 del diputado de AP Jarabo Payá, que “propone la sustitución de la palabra ‘informática’ por la más sencilla y clara ‘información’”. Lo justifica porque “la informática se ha convertido en la actualidad en una ciencia muy amplia en contenido y objetivos, que abarca toda una problemática independiente del individuo como persona integrante de una familia y de una sociedad”. Mostró sentido de la oportunidad al no estar presente en la Comisión durante el trámite de defensa, facilitando la retirada de la enmienda por su grupo (*Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, Madrid, Cortes Generales, 1980, t. I, págs. 136 y 1068).

²⁶¹ Sobre la labor del Consejo de Europa al respecto y el diferente papel que corresponde a su Convenio 108, dado su carácter no *self executing*, y al artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, E. GUICHOT, *Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, págs. 28 y ss. y 48.

otros. La segunda generación vendría marcada por leyes estatales, como la alemana de 1977, precedida por la ya legendaria del Land de Hesse. La tercera, que arrancararía ya en los ochenta, tendría como puntos de referencia el Convenio 108 del Consejo de Europa y más tarde la presencia del derecho a la protección de los datos de carácter personal en la ajetreada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada inicialmente en Niza en diciembre de 2000²⁶².

La alusión constitucional parece, sin embargo, traslucir cierta vanguardista conciencia de sensibilidad histórica, al anticiparse a posibles vulneraciones derivadas del “uso de la informática”²⁶³. La historicidad, en efecto, no lleva consigo sólo la inevitable gravitación del pasado sobre el presente, sino que se pone también particularmente de relieve en la capacidad de anticiparse al futuro, situándonos en un escenario aún inédito. Nuestro texto constitucional presume de modernidad, al mostrarse sobre aviso ante las situaciones de riesgo que a través de la informática podrían generarse²⁶⁴ respecto al derecho a la intimidad.

Referencia a una presunta vulneración del derecho a la intimidad con parentesco informático encontramos ya en la segunda sentencia del Tribunal Constitucional; surge con ocasión de un recurso de amparo, apoyado en “interpretaciones un tanto singulares de los hechos y a valoraciones jurídicas en algunos momentos sorprendentes”, dada su “peculiar fundamentación”. El condenado como encubridor del tráfico ilegal de una partida de brillantes alegaba que había “penetrado la sentencia en las intenciones del recurrente sobre si el dinero entregado era para su exportación”. El Tribunal, que descarta se hayan producido

²⁶² Al respecto la detallada relación de J.L. PIÑAR MAÑAS, “El derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, Valencia, Tirantlo Blanch, 2005, págs. 19-22.

²⁶³ Los derechos afectados no son fácilmente previsibles. Ni siquiera la tutela judicial efectiva del artículo 24 quedará a salvo, ya que el ‘corta y pega’ puede provocar, mediando “una jugarrera 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), pág. 19).

²⁶⁴ Una preocupante “Explicación técnica de las amenazas de las TIC a la intimidad”, incluyen M.^aM. PAYERAS CAPELLA y J.L. FERRER GOMILA en *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004 (IX), págs. 77-106. Sobre la enojosa lluvia de comunicaciones inútiles: J.F. DURÁN ALBA, “El derecho a la libertad informática (según el artículo 18.4 C.E.) como límite al correo electrónico no solicitado (“spam”)” en *Derecho Constitucional para el siglo XXI* -J. PÉREZ ROYO, J.P. URÍAS MARTÍNEZ y M. CARRASCO DURÁN eds.-, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, t.I, págs. 1539-1569.

intromisiones intolerables en la esfera personal, al no violarse el domicilio ni las comunicaciones, no dejará de añadir “y menos hacer uso indebido de la informática”²⁶⁵; por el momento, ahí quedó todo...

No hubo que aguardar mucho para que se plantearan cuestiones más cercanas a los palpitos constitucionales. Se provocan con motivo de una inspección fiscal, que suscitará un doble interrogante. En qué medida, por una parte, los datos relativos a la actividad económica entran dentro de la protección de la intimidad personal; por otra, el papel que en dicha vulneración jugaría su posible constancia informatizada.

El recurrente, que —valga la anécdota— llegaría años después a integrar como magistrado el propio Tribunal, no tiene la menor duda de que ambas respuestas habrían de ser positivas. En el primer caso porque, dada la extensión del uso de los depósitos bancarios en cuenta corriente en la vida moderna, en la marcha de éstos pueden reflejarse todas o gran parte de las peculiaridades de su vida económica, personal o familiar. No se trataba, por lo demás, de una interesada opinión personal, ya que la había avalado la propia Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, cuya sentencia revocaría más tarde el Tribunal Supremo, no sin que el propio ponente de la resolución discrepara en voto particular. Para el Tribunal Constitucional, la solución parece clara: “aun admitiendo como hipótesis que el movimiento de las cuentas bancarias esté cubierto por el derecho a la intimidad, nos encontraríamos que ante el Fisco operaría un límite justificado de ese derecho”, como una prueba más de que no existen derechos ilimitados²⁶⁷.

Respecto a la segunda cuestión, será el propio Tribunal Constitucional quien, con énfasis, levante acta de su entrada en juego. La “idea originaria”, a la hora de garantizar la intimidad, será “el respeto a la vida privada”, lo que lleva a concretar su protección en la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, como modo más eficaz de garantizar el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar que debe quedar excluido del conocimiento ajeno, a no ser que mediara autori-

²⁶⁵ STC 2/1981, de 30 de enero, F7

²⁶⁶ STC 110/1984, de 26 de noviembre, A.2. B). El Abogado del Estado considerará, por el contrario, que “el derecho a la intimidad personal concierne a elementos más profundos y de mayor relevancia para el desarrollo de la persona que su aparato o instrumentación de flujo económico, materializado en sus depósitos bancarios”, *ibídem*, A.5. Alusión al voto particular del magistrado Martín Herrero en A.6.

²⁶⁷ STC 110/1984, de 26 de noviembre, F5.

zación del interesado. Sin embargo, “el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá”.

De ahí que no tenga empacho en recoger la afirmación del recurrente de que en nuestra sociedad una cuenta corriente puede constituir “la biografía personal en números” del contribuyente; ni su preocupación ante la posibilidad de que la investigación de las cuentas comprenda “las operaciones pasivas, pues a nadie le importa en qué gasta cada cual su dinero”. En cualquier caso, acabará considerando que estos argumentos no son convincentes, ya que la injerencia que pudiera producirse en el derecho a la intimidad no podría calificarse de arbitraria, al poder la ley “autorizar esas intromisiones por imperativos de interés público, circunstancia que se da en los supuestos aquí contemplados”²⁶⁸.

Al cabo de nueve años, será un recurso de inconstitucionalidad planteado por ochenta y cuatro senadores el que obligue al Tribunal a adentrarse de modo más detenido en la que ya aparece conceptualizada como *intimidación económica*. Ésta podría verse en este caso afectada por los derechos de información reconocidos a los sindicatos sobre los contratos laborales suscritos por las empresas.

Se planteará, de nuevo, en qué medida los datos económicos habrían de ser considerados íntimos. Se parte, en línea con la doctrina más clásica, de que el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, en lo que se refiere tanto a “la toma de conocimientos intrusiva” como a la divulgación ilegítima de esos datos. La consecuencia es inequívocamente restrictiva, y lleva a dar por sentado que la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de su inviolabilidad frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que “no

²⁶⁸ STC 110/1984, de 26 de noviembre, F3 y 5, 6 y 8. C. CHECA GONZÁLEZ e I. MERINO JARA no dejan de aludir a la “intimidación económica” al comentar esta sentencia, antes de dar por hecho que “no ha ponderado adecuadamente los intereses en conflicto”, ya que “no cabe desconocer que la protección que la Constitución otorga a la intimidad es cualitativamente mayor que la otorgada a las potestades administrativas” (“El derecho a la intimidad como límite a las funciones investigadoras de la Administración tributaria”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*”, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, págs. 500 y 501).

comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral”.

El debate se centrará en el presunto “derecho a mantener reservada la información relativa a las percepciones económicas”. La respuesta es que la garantía de la intimidad obligará a proteger informaciones atinentes no tanto a la esfera económica de la persona como relativas directamente a su “vida íntima personal y familiar”. La identidad entre uno y otro ámbito se rechaza, ya que “hay que descartar que el conocimiento de la retribución percibida permita reconstruir la vida íntima de los trabajadores”.

Por lo demás, “la Ley hace una expresa reserva del derecho a la intimidad como límite de la información a suministrar”, ya que permite, que el trabajador manifieste su oposición a que en la “copia básica” figuren datos que él estime justificadamente de carácter reservado o íntimo, correspondiendo en tal caso al órgano judicial, en caso de conflicto al respecto, resolver lo procedente, ponderando los derechos en presencia. Todo ello lleva a concluir que las medidas previstas no resultan desproporcionadas ni el derecho a la intimidad vulnerado²⁶⁹.

El problema se replantea un año después, con motivo de la regulación del Número de Identificación Fiscal (NIF). El Consejo general de Colegios de Economistas de España plantea recurso contencioso-administrativo por considerar vulnerado el derecho a la intimidad. El Supremo le niega legitimación para ello, por no tener interés directo ni legítimo respecto a la cuestión, y el Constitucional, tras considerar que se ha dado una respuesta razonada y razonable al problema planteado²⁷⁰, entiende que, tratándose de una acción de amparo, debe entrar en el fondo de la cuestión.

Los recurrentes temen que el NIF pueda convertirse en un instrumento a través del cual se recabe información que pueda ser utilizada de forma desviada, incidiendo en la esfera de reserva personal que el derecho a la intimidad garantiza. Al Tribunal le parece “cuestionable que en abstracto pueda entenderse vulnerada su intimidad por

²⁶⁹ STC 142/1993, de 22 de abril, F7, 8 y 11. Habrá voto particular del magistrado José Gabaldón. Crítico respecto a la exclusión del centro de trabajo del ámbito de la intimidad del trabajador se muestra M.A. FALGUERA BARÓ en “Trabajadores, empresas y nuevas tecnologías”, incluido en el volumen sobre *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004 (IX), pág.209.

²⁷⁰ STC 143/1994, de 9 de mayo, F3.

la exigencia de transmitir información sobre actividades desenvueltas en el tráfico económico y negocial”. Más bien apunta que se trata de actividades que sólo con extremada dificultad puedan calificarse como reservadas, siendo, por otra parte, obvio que el derecho a la intimidad “no es absoluto”; puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, como ocurriría con el decreto impugnado, de “clara orientación tributaria”²⁷¹.

En cuanto a un posible uso desviado del NIF, el Tribunal admite que el incremento de medios técnicos de tratamiento de la información hace precisa la “ampliación del ámbito de juego del derecho a la intimidad”. En consecuencia deja sentado que “un sistema normativo que, autorizando la recogida de datos incluso con fines legítimos, y de contenido aparentemente neutro, no incluyese garantías adecuadas frente a su uso potencialmente invasor de la vida privada del ciudadano, a través de su tratamiento técnico, vulneraría el derecho a la intimidad de la misma manera en que lo harían las intromisiones directas en el contenido nuclear de ésta”. Concluirá, sin embargo, que en el caso analizado no puede afirmarse que las disposiciones reglamentarias desconozcan por sí mismas estas garantías²⁷².

Esta argumentación apunta sin duda al requisito, habitual al plantearse la posibilidad de otorgar amparo, de que exista una efectiva vulneración de un derecho y no un mero riesgo de que llegue a ocurrir. No parece que ello dejase de tener relevancia por el mero hecho de deslindar de manera más nítida el derecho a la intimidad y el de la protección de datos²⁷³, salvo que se diera un paso más: estimar, como implícitamente hace la Constitución portuguesa, que el contenido esencial

²⁷¹ STC 143/1994, de 9 de mayo, F5 y 6. J.M. DE PABLOS recuerda cómo el NIF fue acogido en relevantes editoriales de prensa como “el número inquisidor” (“Límites a la libertad de comunicación de la expresión”, en número especial XIII de Poder Judicial, sobre *Libertad de expresión y medios de comunicación*, 1990, pág. 228). P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA la considera una sentencia “contradictoria y poco sensible” a la protección de datos personales (“La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, *Revista de Estudios Políticos*, 1999 (104), pág. 45).

²⁷² STC 143/1994, de 9 de mayo, F7. Tampoco se considerará necesaria reserva de ley orgánica en la regulación de las Haciendas Locales, por estimar que tal norma “no pretende el desarrollo de los derechos a la intimidad o al honor tutelados en el art. 18 C.E.”, sino que, “se limita a establecer un deber de colaboración” entre las Administraciones implicadas, STC 233/1999, de 16 de diciembre, F7.

²⁷³ Así lo plantea A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, muy crítica respecto a esta sentencia, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 44-45.

del segundo quedaría necesariamente vulnerado por la existencia de un único número identificador de cada ciudadano, al coincidir DNI y NIF²⁷⁴.

Para que no falte ninguna variante, llega también a plantearse la posible vulneración de la “intimidad económica conyugal”. Lo comenzó sugiriendo un ciudadano quejoso ante la obligatoriedad de realizar de forma conjunta la declaración fiscal por parte de la unidad familiar. El Tribunal entiende que, como siempre que se encuentra ante un “fundamento que no haya sido suficientemente debatido por haber sido extemporáneamente aportado”, se ve obligado a descartar su examen²⁷⁵. Pero, como todo llega en la vida, el problema volverá a plantearse apenas un trimestre después por vía de cuestión de constitucionalidad.

El Abogado del Estado mostrará escasa simpatía ante la sugerida posibilidad de no hacer “valer la propia intimidad frente a la Hacienda, sino frente al otro cónyuge”. Estaríamos no sólo ante un caso de *Drittwirkung*, o eficacia de la protección de los derechos respecto a terceros, sino que ésta se acabaría produciendo en una mera “relación entre particulares dentro de una esfera de intimidad libremente creada (la matrimonial)”. Esto le lleva a plantear que el derecho fundamental a la intimidad, como intimidad económica, no opera entre cónyuges.

Para el Tribunal, la situación que se ha provocado “es desde luego claramente incompatible con el derecho a la intimidad personal y familiar”, ya que, entre otros aspectos, “la declaración única y conjunta de los esposos impone a cada uno de ellos el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones en que, a su juicio, incurre su respectivo cónyuge en la estimación de sus propias rentas. La obligada manifestación pública de una discordia en el seno de la familia no es tampoco compatible con la intimidad familiar”²⁷⁶.

El problema aflora de nuevo, esta vez por vía de recurso de amparo, cuando ya se había subsanado ese carácter obligatorio de la declara-

²⁷⁴ De acuerdo con este precedente se proponen diversos tipos de identificación: civil, fiscal, seguridad social... (J.A. MARTÍN PALLÍN, “Intimidad, privacidad y protección de datos en la nueva Ley Orgánica de 15/1999”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Madrid-Elcano, Universidad Pontificia, Comillas-Aranzadi, 2001, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, pág. 58.

²⁷⁵ STC 209/1988, de 10 de noviembre, F 3.

²⁷⁶ STC 45/1989, de 20 de febrero, A.4 c) y E9. “Pocas sentencias (si es que hay alguna) del Tribunal Constitucional han tenido una incidencia más directa e importante en la vida (y en la faltriquera) de millones de ciudadanos”, apunta J. MARÍ OLANO en su “Comentario a la STC 45/1989, de 20 de febrero. Inconstitucionalidad del artículo 34 de la Ley del IRPF”, en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág.127.

ción conjunta, convirtiéndola en meramente optativa. Un matrimonio prefiere, sin embargo, realizar dos conjuntas, cada cónyuge con uno de los hijos, e intenta que se le aplique similar doctrina. Aparte de por lo ya señalado, el intento no tendrá éxito, al estimar el Tribunal que los recurrentes no habían especificado, respecto a lo que llaman vertiente interna de la intimidad, “qué concretas actividades económicas cuya reserva habían decidido mantener habrían sido desveladas a cada cónyuge con la notificación de las liquidaciones provisionales”. Ciertamente, habían planteado hipótesis creativas: imagínese “que alguno de los esposos mantuviese en secreto una vivienda en la que habite alguien (una pareja o un hijo extramatrimonial) cuya existencia desconozca el otro cónyuge”...

Tampoco, en relación con lo que llaman vertiente externa, “de las actuaciones o sus alegaciones se desprende que alguno de los esposos se haya visto obligado a manifestar públicamente su discordancia respecto de los datos declarados por el otro”. Todo lo cual lleva a recordar que el recurso de amparo tiene como finalidad reparar las lesiones reales, efectivas e individualizadas de los derechos fundamentales, no prevenir las futuras, eventuales o hipotéticas²⁷⁷.

Después de todo este periplo jurisprudencial, acabará quedando claramente delimitado, con motivo de un recurso de amparo suscitado tras otra inspección tributaria, que “es doctrina consolidada de este Tribunal la de que los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad”. Cabe, sin embargo, una injerencia legítima si, como era el caso, se cumplen los cuatro habituales requisitos: que exista un fin constitucionalmente legítimo, que la intromisión en el derecho esté prevista en la Ley, que se acuerde mediante una resolución judicial motivada y que se observe el principio de proporcionalidad²⁷⁸.

La apreciación de esa proporcionalidad dista de ser fácil, si se tienen en cuenta los aspectos que se nos enumeran como principales generadores de tensión frente a la protección de datos personales: libertad de expresión, transparencia y acceso a la información, intereses y evolución del mercado, lucha contra el terrorismo y garantía de la seguridad pública...²⁷⁹.

²⁷⁷ STC 47/2001, de 15 de febrero, F9 y A.3 c).

²⁷⁸ STC 233/2005, de 26 de septiembre, F4.

²⁷⁹ Los enumera el entonces director de la Agencia Española de Protección de Datos: J.L. PIÑAR MAÑAS, “El derecho fundamental a la protección de datos personales. Algunos retos de presente y futuro”, *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 2005 (13), pág. 38.

¿Intimidad política?

El contenido esencial de un derecho acaba revestido de un ropaje poliédrico como consecuencia de la historicidad de su actualización. No faltarán por ello tampoco denuncias por vulneración de lo que cabría catalogar con el paradójico rótulo de *intimidad política*. Surgen con motivo de la intervención de la Sala Especial del Tribunal Supremo contemplada por el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Anulará candidaturas de un buen número de agrupaciones de electores presentadas en las elecciones municipales en el País Vasco, dada la presencia en sus listas de personas vinculadas a partidos ilegalizados, como quedaría acreditado por su condición de candidatos en elecciones anteriores.

La argumentación del alud de recursos acumulados al respecto es relativamente diversa, aunque coincidente en lo fundamental. Valga una como muestra, que recuerda cómo “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado”, o que “nadie está obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencia”, que la ley “prohíbe los ficheros de datos de carácter personal que revelen entre otros asuntos la ideología de las personas”, así como “establece que los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que se hubieran recabado”. Se considera respecto al otrora candidato “obvio que tal cancelación no se ha producido tal como debió ocurrir cuando finalizaron los correspondientes procesos electorales, por lo que es evidente que se ha realizado sin su consentimiento un fichero ideológico y que de él se han obtenido y aportado a los Tribunales datos que vulneran su derecho a la intimidad”.

El Tribunal estimará, en referencia a la acepción primigenia de intimidad, que ninguno de los datos afecta a la intimidad de los candidatos, ya que no se refieren a los “aspectos más básicos de la autodeterminación personal” protegidos por el artículo 18 C.E. Además, tienen que ver con la participación de los ciudadanos en la vida política, actividad que “por su propia naturaleza” se desarrolla en la esfera pública de una sociedad democrática; con excepción del derecho de sufragio activo, dado el carácter secreto del voto. Hay pues que entender que dicha participación “implica en general la renuncia a mantener ese aspecto de la vida personal alejada del público conocimiento”.

Tampoco cabría argumentar que se han utilizado para fines distintos de los que motivaron su recogida, ya que si se reconoce un

poder de control sobre datos personales es con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado; pero en este caso se trata de “datos publicados a los que puede acceder cualquier ciudadano y que por tanto quedan fuera del control de las personas a las que se refieren”²⁸⁰.

Similares argumentaciones se cruzarán más tarde entre los recurrentes de turno y el Tribunal con ocasión de las elecciones europeas de 2004²⁸¹. No muy distinta será la situación con motivo de las elecciones al Parlamento Vasco del año siguiente, aunque en este caso el Tribunal sí precisará que no cabe extender la doctrina sobre fraudulenta continuidad entre partidos ilegalizados y agrupaciones de electores basándose en “la historia personal (política, policial o judicial) de los simples avallistas”²⁸².

El debate continuará estancado en los mismos términos con motivo de las elecciones municipales de mayo de 2007. El Tribunal reiterará a las agrupaciones electorales, que recurren por considerar afectada la protección de los datos personales de los integrantes de sus listas, que ese poder de disposición no puede pretenderse con respecto al único dato relevante en este caso; a saber, la vinculación política de aquellos que concurren como candidatos a un proceso electoral. Se trata de datos publicados a los que puede acceder cualquier ciudadano y que, por tanto, quedan fuera del control de las personas a las que se refieren²⁸³.

Similares razones de obligada publicidad fundarán, en otro contexto, la respuesta ante la solicitud de un recurrente en amparo de que en una inminente sentencia del Tribunal, teniendo en cuenta “tanto motivos de seguridad personal, como de prestigio y dignidad personal y profesional”, las referencias a los afectados “se publicasen citando sólo sus iniciales”. Ello da pie a que se le recuerde que “quien participa por decisión propia en un procedimiento público... no puede invocar su derecho fundamental a la intimidad personal ni la garantía frente al uso de la informática”.

²⁸⁰ STC 85/2003, de 8 de mayo, A.11, o) y F.21. Los límites a la posible comunicación de datos entre Administraciones públicas, que permitía la ley 5/1992, constituyeron uno de los aspectos centrales de la STC 290/2000, de 30 de noviembre. Al respecto, J.M.ª ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, *La Ley*, 22 enero 2001 (5230), págs 2-3.

²⁸¹ STC 99/2004, de 27 de mayo, A.2, b) y F.13.

²⁸² STC 68/2005, de 31 de marzo, F.15.

²⁸³ STC 110/2007, de 10 de mayo, F.9.

Se admite que “la exigencia constitucional de máxima difusión y publicidad del contenido íntegro de las resoluciones” judiciales, que contribuyen a forjar doctrina, no es de carácter absoluto y cabe ser excepcionada en determinados supuestos, muy especialmente, si lo contenido en el procedimiento incluye datos que puedan considerarse inherentes a la intimidad del sujeto, recordando que así lo propuso en temprana sentencia²⁸⁴. Tras resaltar el Tribunal el habitual “cuidado que muestra en no incluir en sus resoluciones ningún dato personal que no resulte estrictamente necesario para formular su razonamiento”, considera que la mera identificación del demandante al publicar la resolución no supone la aportación de elementos que puedan tener influencia de ningún tipo sobre la eventual situación de riesgo preexistente para su seguridad personal²⁸⁵.

²⁸⁴ La STC 31/1981, de 28 de julio, en la que amparó la presunción de inocencia del recurrente. Un análisis de la cuestión, suscitado por caso similar en el ordenamiento argentino, en P. SERNA, “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, en *Humana Iura*, 1994 (4), págs. 212 y 214.

²⁸⁵ STC 114/2006, de 5 de abril, F7 y 8.

IV

NUEVO CAMBIO DE PARADIGMA

Es obvio, a estas alturas, que la inevitable dimensión hermenéutica que la realidad jurídica lleva consigo se plasma en variopintos detalles rebosantes de historicidad. Sin esta variedad existencial, nos encontraríamos con un presunto contenido esencial inexistente en la realidad. Ahora, sin embargo, se nos viene insinuando algo bien distinto: que el dinamismo histórico de un derecho sea tal que no sólo transforme su perfil propio, sino que provoque el nacimiento de otro nuevo derecho.

No es extraño, por ello, que se nos sugiera que el ya insinuado paso de una dimensión defensiva de la intimidad a la entrada en juego de un activo poder supondría superar “una libertad de signo individual circunscrita al ámbito del hombre aislado”, para sustituirla por un “derecho interactivo de control sobre el flujo de informaciones que afecta a cada persona, lo que incorpora una dimensión intersubjetiva, social o externa de la intimidad, en la que participan los poderes públicos con importantes obligaciones de tutela y salvaguarda de este bien jurídico”²⁸⁶.

Como síntoma de la relevancia de que el derecho a la intimidad vaya pasando a ser entendido como poder de control²⁸⁷ sobre el conocimiento ajeno de aspectos personales, en él se acabará incluyendo también que su titular pueda conocer todo lo que a él concierna.

Intimidad como poder

El problema se pondrá de relieve con motivo del registro realizado en una celda penitenciaria, en ausencia de los reclusos y sin infor-

²⁸⁶ C. ALDAMA BAQUEDANO, “La protección de la intimidad y del derecho a la información”, en *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina*. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español -C.M.³ ROMEO CASABONA, ed.-, Bilbao-Granada, Comares, 2002, pág. 147.

²⁸⁷ Pensamos que se relativiza tan decisivo cambio cuando, en clave dogmático-jurídica, E. GUCHOT lo traduce en una conceptual distinción entre la “concepción objetiva de lo íntimo”, como “ámbito material” protegido, y la “concepción subjetiva” como poder de control sobre los datos “cualquiera que sea su contenido y naturaleza” (*Datos personales y Administración Pública*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, págs. 92-93).

mación sobre su resultado. Esto lleva al Tribunal a resaltar la necesidad de precisar la relación entre el derecho a la intimidad y el conocimiento por su titular de que existe una injerencia en ese ámbito. Planteará si, en el caso de referencia, la intimidad ha resultado aún más limitada por el hecho de que el sujeto afectado desconozca el hecho mismo del registro, su contenido o el resultado del mismo en cuanto a la incautación de objetos personales. La respuesta será afirmativa, ya que el modo de realizar el registro “hace que su titular desconozca cuáles son los límites de su capacidad de administración de conocimiento”²⁸⁸.

No afectará en ningún caso a ese derecho a controlar la información el hecho de que ésta sea o no veraz como también resultará irrelevante que los datos divulgados fuesen ya de dominio público. Si la anterior revelación, haya sido su fuente la que haya sido, podía ser una intromisión en la intimidad, “no lo será ahora en menor medida”. Volviendo a un caso ya archicitado: aun admitiendo que la protagonista “puede ser uno de esos personajes que alcanzan notoriedad pública tanto por su actividad profesional, como por la habitual divulgación en medios de comunicación de circunstancias diversas de su vida privada personal y familiar”, hay que tener en cuenta que “la intimidad desvelada no es la de Sara Montiel, sino la de sus dos hijos adoptivos”. En efecto, “no fueron los menores adoptados quienes, ciertamente, divulgaron la controvertida información, sino sus padres adoptivos, quienes no han ejercido, es cierto, su patria potestad para proteger con su prudente silencio la intimidad personal y familiar”, mientras ellos no podían “ejercer su *poder de disposición* sobre esa información”²⁸⁹.

Sólo una semana después encontraremos esta misma doctrina en contexto bien distinto. En relación con el conocido político D. Juan Hormaechea, la Junta Electoral de Zona obtuvo del Registro Central de Penados y Rebeldes, fuera de los cauces establecidos, su hoja histórico-penal, lo que “tratándose de un archivo cuyo acceso está restringido a quien no sea el propio interesado y a la jurisdicción penal, sería contrario al derecho a la intimidad”. Así lo considera el Tribunal, que estima incluso indiferente que la hoja remitida estuviese en blanco. Si, como vimos, la Constitución no garantiza sin más la intimidad, sino “disponer de un poder de control sobre la publicidad de la informa-

²⁸⁸ STC 89/2006, de 27 de marzo, F5 y 6.

²⁸⁹ STC 134/1999, de 15 de julio, F1 y 4 a 7 (cursivas nuestras).

ción relativa a nuestra persona y familia, *sea cual sea el contenido* de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”, a nadie extrañará que se añada que esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías, y también “el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información”.

En consecuencia, aun en el caso de que una norma de rango legal autorice a determinados sujetos el acceso a la misma, con o sin el consentimiento del afectado, ese acceso sólo está justificado si responde “a alguna de las finalidades que explican la existencia del Archivo o Registro”. Todo ello, “con independencia de que esa información sea objetivamente considerada de las íntimas o de que su conocimiento o divulgación pueda ser pernicioso para la integridad moral o la reputación de aquel o de aquellos a quienes se refiere. Pues, de no ser así, atribuiríamos a los poderes públicos el poder de determinar qué es íntimo y qué no lo es”²⁹⁰.

Se ha ido produciendo pues una significativa modificación. Antes eran los poderes públicos los encargados de constatar los límites de la intimidad, aunque hubieran para ello de remitirse a unas pautas culturales que les venían marcadas por el entorno social, al establecer qué deberían o no considerar sensible. Ahora la intimidad parece cobrar el alcance que su titular decida, al margen de toda pauta²⁹¹.

Todos estos extremos se verán reiterados antes de un año por una resolución llamada a cobrar notable relevancia. No sólo consolida la doctrina que el Constitucional ha ido perfilando, a la vez que acredita en qué medida el Supremo no llega a hacerla propia, sino que sirve de inicio a una saga de resoluciones que culminarán en uno de los más graves desencuentros entre ambas instituciones. La involuntaria protagonista de ella será una persona de amplia notoriedad: D.^a Isabel Preysler.

La publicación de unas declaraciones de quien convivió años con ella, trabajando en su hogar como niñera, abrirán un ajetreado debate

²⁹⁰ STC 144/1999, de 22 de julio, A.1 c) y E8 (cursivas nuestras).

²⁹¹ M. MARCHENA GÓMEZ critica con acierto la sentencia del Tribunal Supremo 234/1999, de 18 de febrero, por apuntar que considera desvelado en una información un dato “que el hombre medio de nuestra cultura considera sensible”, con lo que “reduce la protección penal de la intimidad” (“Aspectos penales del tratamiento automatizado de datos”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Madrid-Elcano, Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2001 -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, págs.48-49).

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 pesetas. Para el 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”. Tres claras muestras de su desconocimiento de la doctrina del Tribunal.

Tras reiterar pasajes de sentencias anteriormente comentadas, el Tribunal recordará que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas; desmonta de este modo los tres alegatos anteriores.

Como ya hemos tenido ocasión de repetir, el último de ellos no venía a cuento. El requisito de la veracidad de la información merece distinto tratamiento según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, “si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado”. Más abajo se rematará: la intimidad que la Constitución protege no es menos digna de respeto por el hecho de que resulten veraces las informaciones relativas a la vida privada, extremo que nunca será atenuante, sino presupuesto fáctico de la lesión.

Que los “chismes de escasa entidad” no pudieran afectar al buen nombre, “dada la escasa entidad de los datos divulgados”, resulta doblemente rechazable. En primer lugar, porque no se está dictaminando una posible lesión del honor de una ciudadana, sino si se ha producido una ilegítima injerencia en su intimidad personal y familiar. No dejaría, por lo demás, de “ser contradictorio” que “de un lado se afirme la escasa entidad de los datos divulgados en el reportaje y, de otro, que la información posee interés general”, que es lo único que podría legitimarla.

Queda por solventar este último extremo, al ser la posible afectada “una persona con notoriedad pública por diversas razones, entre ellas su frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional o determinados aspectos de su vida privada”. Tampoco ello alterará la situación, ya 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. Aunque “haya divulgado anteriormente datos de su vida privada en otras publicaciones e incluso los espacios más íntimos de su nuevo hogar”, sin ahorro de alicatados, “más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad prevalece y opera como límite infranqueable”, al no haberse acreditado el preceptivo interés general de la información aportada²⁹².

El caso volverá al Constitucional, ya que el Supremo acepta, como no podría ser de otro modo, dar por vulnerado el derecho a la intimidad, pero no se priva de rebajar la indemnización de los 10 millones fijados por la Audiencia a sólo 25.000 pesetas, en razón una vez más de los ya míticos chismes de escasa entidad; pero de eso hablaremos más adelante.

Excursus inevitable: supremo y constitucional celosos de su intimidad

No hemos aludido aún a cuál será el modo más habitual a que recurra el Tribunal para satisfacer un vulnerado derecho a la intimidad, o cuáles descartará para garantizarlo. Ello nos lleva incidentalmente a explorar la principal razón de los endémicos desencuentros entre nuestro Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, con particular protagonismo del Tribunal Supremo. Para nadie es un secreto que el nacimiento del Tribunal Constitucional fue acogido en ámbitos judiciales

²⁹² STC 115/2000, de 5 de mayo, F. 7, 5 y 8 a 10. No deja de resultar llamativo que se aluda hasta en tres ocasiones al F. 3 de la STC 29/1992, que nada tiene que ver con este problema. Se trata sin duda de una confusión; probablemente con el de la STC 219/1992, lo que cabría atribuir a las amenazas del informático corta y pega...

con un entusiasmo perfectamente describable²⁹³. A eso habrá que añadir que, inevitablemente, el Constitucional acabará ocupándose del contenido de no pocas sentencias del Supremo²⁹⁴.

El Tribunal Constitucional, en una primera etapa, lo habría logrado evitar considerando como mero problema de legalidad ordinaria la posible tensión entre los derechos recogidos en los artículos 18 y 20. Tal doctrina tenía “la ventaja”, innegable, de eliminar la interferencia de la jurisdicción constitucional con el resto de las jurisdicciones en lo que pudiera aparecer como corrección de la aplicación de la legalidad por dichos tribunales, pero resultaba a todas luces “insostenible”²⁹⁵. De ahí que se viera bien pronto obligado a analizar si el órgano judicial competente había o no realizado una razonable ponderación entre el presunto ámbito de acción de unos y otros derechos.

No se limitará para ello a constatar —en una sentencia que ya hemos analizado— si la hubo, sino que, con aire paradójicamente restrictivo, asumirá “únicamente” la función de comprobar, en su caso, que la ponderación se haya producido de forma acorde con el contenido constitucional de los derechos fundamentales implicados. De ahí que, al considerar necesaria una respuesta negativa, no se contente con “constatar la ausencia de ponderación, extendiéndose por el contrario a un pronunciamiento sobre el fondo a través del cual se lleve a cabo la labor de ponderación no asumida por los Jueces y tribunales”²⁹⁶.

Ello le llevará a dictaminar que la fundamentación de la resolución judicial prescinde de toda referencia expresa al derecho a informar;

²⁹³ No deja de resultar sorprendente que, con más de diez años de jurisprudencia constitucional disponible, no haya ni rastro de ella en trabajos que sí recogen resoluciones del Supremo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o de tribunales extranjeros; por ejemplo, C.AUGER LIÑÁN, “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en número especial XIII de *Poder Judicial*, sobre *Libertad de expresión y medios de comunicación*, 1990, págs.87-99.

²⁹⁴ J. VEGAS TORRES desdramatiza la situación con los datos en la mano. No se dará la denunciada posibilidad de que el Constitucional se convierta en “última instancia ordinaria” mientras de los 1.433 recursos de amparo de un año sólo anulan resoluciones del Supremo 19, cuando el número de éstas había sido de 29.000. Su dictamen es neto: se trata de “un problema político” (“Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001-2002 (8-9), pág. 118, nota 2).

²⁹⁵ P. CRUZ VILLALÓN, que data esa primera etapa entre 1981 y 1986 (“Los derechos al honor y a la intimidad como límite a la libertad de expresión, en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en Consejo General del Poder Judicial, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 91-104; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933503).

²⁹⁶ STC 227/1992, de 14 de diciembre, F 2 y 3.

derecho que se encuentra necesaria y alternativamente en juego. “Esta deficiencia en la ponderación, como hemos señalado en otras ocasiones, sería suficiente para declarar la nulidad de la Sentencia impugnada”. Intentando no dilatar la satisfacción del derecho vulnerado, no se preocupa de evitar posibles susceptibilidades del Tribunal Supremo y opta por la vía rápida: “en la medida en que la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Territorial de Sevilla contiene una ponderación adecuada desde el punto de vista constitucional de los derechos fundamentales en colisión, procede confirmarla y declarar su firmeza”²⁹⁷.

Lo mismo sucederá en otras ocasiones. Por ejemplo, cuando considera que se ha producido indefensión de una madre, que recababa el reconocimiento de la paternidad del hijo, por negativa del padre a someterse a la prueba establecida. El Tribunal no sólo le otorga amparo, sino que pretende que se haga efectivo también su derecho a un proceso sin indebidas dilaciones, para lo que opta por anular “sólo aquellas resoluciones judiciales que de forma directa e inequívoca han infringido el derecho fundamental”. Todo ello acaba afectando a la sentencia del Supremo, pero no a la de la Audiencia Provincial, pues ésta “utilizó medios válidos y antes empleados por el mismo Tribunal Supremo para salvaguardar los derechos del menor y de la madre”, al considerar la negativa del padre a someterse a la prueba biológica como “un indicio, tanto más consistente cuanto más reiterado, que en conjunción con las restantes pruebas aportadas por la demandante —que no corresponde valorar a este Tribunal en su conjunto— contribuyó a zanjar” el problema con una prueba de presunciones²⁹⁸.

La tensión llegará al extremo con motivo del ya comentado caso Preysler. Tras la rebaja de la indemnización de 10 millones a 25.000 pe-

²⁹⁷ STC 227/1992, de 14 de diciembre, E2 y 6. Otro tanto ocurrirá en la STC 11/1998, de 13 de enero, E7, al anularse una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, “con la consiguiente firmeza de la del Juzgado de lo Social, que respetó el contenido de la libertad constitucional cuestionada”. Al repetirse tal circunstancia, sobre similar supuesto de hecho, habrá voto particular del magistrado García-Mon, por considerar que la resolución “excede de la competencia de este Tribunal que, como tantas veces hemos repetido, ni es una segunda instancia, ni garantiza el acierto de las resoluciones judiciales corrigiendo los errores de interpretación jurídica en el que hayan podido incidir”.

²⁹⁸ Tal decisión provoca el voto particular concurrente a esta STC 7/1994 del magistrado Cruz Villalón, que entiende que se deberían haber anulado todas las resoluciones, porque todas habían acabado admitiendo la negativa a realizar la prueba; como consecuencia, el Tribunal estaría incurriendo en lo que debería evitar: mostrar “su preferencia por la valoración del material probatorio disponible efectuada en una resolución respecto de las efectuadas por las otras”.

setas, por considerar el Supremo “insignificantes” los aspectos íntimos desvelados, el Constitucional considera necesario que su fallo sobre la nueva sentencia no se limite a declarar otra vez la nulidad y a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca una nueva resolución del Tribunal Supremo; “habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto”, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige “excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles”. Resuelve pues, de modo definitivo, fijar en ejecución el “*quantum*, indemnizatorio” señalado en su momento por la Audiencia.

Entiende, por lo demás, que “la falta o insuficiencia de motivación de una resolución judicial relativa a un derecho fundamental sustantivo se convierte en lesión de ese derecho”. Ello habría ocurrido en este caso, dado el “carácter meramente simbólico de la indemnización fijada”, con lo que la resolución impugnada “se aparta de los criterios establecidos” por la sentencia 115/2000 al delimitar el alcance del derecho y de la lesión sufrida. Todo esto le obligaba a evitar que “la protección jurisdiccional de los derechos y libertades se convierta en un acto meramente ritual o simbólico”²⁹⁹.

Surge así el problema de cómo cuantificar adecuadamente la obligada indemnización. El Supremo acabará, a lo largo de una penosa polémica, comparando la que se había propuesto por la instancia anterior con las acordadas en sus propios fallos por motivos diversos: accidentes, lesiones e incluso pérdida de vidas humanas. Desde otro punto de vista, sin embargo, parecía exigible fijar una cuantía que resultara efectivamente disuasoria, para evitar el efecto colateral de que la mera difusión de los pormenores del proceso se acabe convirtiendo en una fuente más de beneficios para quien vulneró un derecho fundamental.

Interesantes al respecto resultan las reflexiones posteriores de un magistrado emérito del Tribunal Constitucional, utilizando como puntos de referencia los pormenores de lo que califica de jurisprudencia “menor”, emitida en iniciales instancias, con expresivas referencias casuísti-

²⁹⁹ STC 186/2001, de 17 septiembre, E9 y 7. Para J. VEGAS TORRES de ello habría que deducir que “podrá recurrirse en amparo por lesión de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no sólo cuando la demanda de protección civil de tales derechos haya sido desestimada por los tribunales ordinarios, sino también cuando, estimada la demanda, la indemnización que se haya acordado pueda considerarse meramente ‘simbólica’” (“Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001-2002 (8-9), pág.148).

cas. Parte de que hay “un derecho ‘natural’ a no lucir las imperfecciones físicas” y no tiene la menor duda de que la ley orgánica “no permite una indemnización simbólica o testimonial”, que podría tener sentido “en el marco de la ‘belle époque’ para dirimir un litigio entre caballeros”, pero no ante grandes empresas que muestran “voracidad insaciable de beneficios” y parece “falta de escrúpulos”. Prueba de ello sería que se llegaran a difundir las vulneraciones de la intimidad hasta en cinco programas en una semana, e incluso dedicar otro a burlarse de los 75 euros con que habían sido sancionado los autores. La indemnización fijada podría resultar “desmesurada” si se la compara con el sueldo del magistrado, pero no si se calcula el lucro obtenido. Todo ello aconsejaría, al margen de toda intención punitiva, plantear que “debe dolerle al bolsillo del responsable”, pues no dudarán en adquirir por 60.000 euros los videos grabados por los reclusos que comparten prisión con personajes noticiosos³⁰⁰.

Por si fuera poco, volviendo a la fricción reseñada, dos de los magistrados del Constitucional —uno procedente del Tribunal Supremo y el otro que oficiaba de ponente— firman un voto particular en el que llegan a afirmar que “el modo en que el Tribunal Supremo fija la indemnización, con un insólito esquematismo de argumentación, se asemeja más al propio de un órgano de primera instancia que a la respuesta a un debate procesal de casación, esperable en un recurso de tal tipo”. Abogarán paradójicamente, tras resaltar la manifiesta insuficiencia de la motivación aportada, por “devolver las actuaciones al Tribunal Supremo, previa anulación de su Sentencia, para que, ateniéndose a las exigencias constitucionales del derecho de tutela judicial efectiva”, abordara “el tema de legalidad pendiente referido a la cuantía de la indemnización”. Renunciaban a hacerlo por sí, como “este Tribunal prudentemente ha evitado en otras ocasiones, sin que veamos la razón para que no se continúe esa actitud en este caso”³⁰¹.

³⁰⁰ R. MENDIZÁBAL ALLENDE, “El derecho fundamental a ser dejado en paz y sus manifestaciones en la Constitución”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2007 (37), págs. 376, 445, 446, 451, 453 y 459.

³⁰¹ Voto particular de los magistrados Conde Martínez de Hijas y Jiménez Sánchez a la STC 186/2001, de 17 de septiembre. J. VEGAS TORRES entiende que el Constitucional, que habría mantenido una “indefinición activa y consciente” sobre el alcance real de su tarea, rechazando en la STC 115/2000 la petición del fiscal de que devolviera el caso al Supremo para nueva resolución, acaba viéndose obligado a ocuparse de ella, en un contexto que “no se presenta como una discrepancia entre juristas, sino como un conflicto entre instituciones” (“Reflexiones sobre el recurso de amparo al hilo de una polémica suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, 2001-2002 (8-9), págs. 145 y 149).

A nadie podrá extrañar que de estos polvos se llegara a ciertos lamentados lodos. De auténtico barrizal cabe calificar la insólita sentencia dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la que, con ocasión o excusa del pronunciamiento del Constitucional sobre las ya comentadas fotografías de la reserva de caza keniana, se replantea sin venir a cuento el también tratado caso Preysler. La Sala proclama, enfatizando que lo hace “por imperativo legal”, que las citadas fotos vulneraron el derecho a la intimidad del señor Cortina, para estar así “formalmente de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, que afecta a la presente cuestión”. De ello es fácil colegir que lo que viene a continuación poco tiene que ver con ella, y así ocurre en efecto.

Lo que en realidad planteará, afirmando que lo hace “para evitar suspicacias y salir, ahora, al paso de cualquier tacha de empecinamiento”, son “las razones de disconformidad” con la otra sentencia (la 186/2001), que considera “dictada con una rapidez inusitada en relación a otras peticiones de amparo, lo que sin duda tendrá alguna explicación”. Tras reafirmar como “acertado el criterio seguido en su resolución anterior”, pese a haber sido anulada, pasará a criticar la sentencia del Constitucional, para terminar acusándole de “irrumper abruptamente en la cuestión indemnizatoria”. Considera que sus “razonamientos son inaceptables”, ya que “desconoce el concepto de instancia procesal e incurre en el error mayúsculo, inexcusable por su índole, de hacer valer una sentencia inexistente —la de la Audiencia— por encima de la decisión en la instancia del TS”.

En consecuencia “la evidencia, respecto de la ignorancia del precepto, no admite paliativos”. Estima que el Constitucional, al hacer suya la indemnización fijada por la Audiencia, la “ha fijado de una manera extravagante”. Aporta al efecto un amplio repertorio comparativo y aventura que todo ello se debe a “una inaceptable sospecha o desconfianza respecto de la conducta de este TS”. Todo estas reflexiones les lleva a confiar en que “el TC medite sobre la importancia de las mismas sin llevar a sus últimas consecuencias lo que entendemos como conducta negligente, que con su repetición sugeriría la concurrencia al menos de culpa con representación o dolo eventual”.

Fundamento específico dedican a la actitud del ponente, y a la vez emisor de voto particular, del que tienen a bien destacar la “insólita puerilidad jurídica que impregna su entendimiento de lo que es la motivación de una sentencia”, aunque aseguran hacerlo “sin afán descalificatorio ni de reprobación, sino con ánimo didáctico”³⁰².

La bronca, como era fácilmente previsible, no termina ahí, porque el afectado recurrirá de nuevo en amparo, al haberse rebajado a una centésima parte la indemnización inicialmente fijada, que pasa de veinte millones a doscientas mil pesetas, ignorando el “beneficio que cabe suponer se obtuvo atendiendo a que se pagaron por las fotografías la cantidad de cuatro millones de pesetas y que las utilizó no sólo para una revista concreta sino también como base de un cartel publicitario, convirtiendo al actor en modelo publicitario forzoso”.

El Constitucional repasa con detalle en qué medida el Supremo ha tomado a beneficio de inventario los criterios que sobre el caso ya había señalado cinco años antes, en la sentencia 83/2002, al preferir estimar “la alta capacidad económica del recurrente como criterio para deducir una menor entidad de la lesión de los derechos a la intimidad”, o al considerar la playa como espacio público. Rechaza a la vez que el Supremo opte por remitirse a su anterior sentencia de 2001, cuyos fundamentos considera a su vez “inaceptables, no sólo por lo inapropiado de los términos en los que tales consideraciones aparecen redactadas, sino también, y sobre todo, porque pretenden desconocer la posición de supremacía” que es obligado reconocer “al Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales”³⁰³. En consecuencia, concluirá dando firmeza a la sentencia de la Audiencia y a su millonaria indemnización.

El propio Tribunal Constitucional ha ido tendiendo, salvo en estos casos extremos, a recurrir a fórmulas menos expeditivas, retrotrayendo las actuaciones para que el órgano judicial proceda a emitir nueva sentencia.

El bautizo de un nuevo derecho

Volviendo al hilo de nuestro discurso, la verdad es que, si se hubiera en 1978 intentado anticipar un elenco de las posibles vulneraciones

³⁰² Todo ello en la STS 1064/2001, de 5 de noviembre, a la que formula voto particular el magistrado Marín Castán, que se desmarca de todo lo apuntado, “por no guardar relación con los motivos del recurso ni ser consecuencia de la estimación de ninguno de ellos”.

³⁰³ STC 300/2006, de 23 de octubre, F.4. En este caso, habrá un voto particular, del magistrado Pérez Tremps, que admite que tras la “la lesión de un derecho fundamental, el eventual perjuicio moral irrogado quede reparado con el propio reconocimiento de su vulneración” o con una indemnización meramente simbólica.

de la intimidad provocadas con apoyo informático, su resultado invitaría hoy a la sonrisa³⁰⁴. Por entonces las alusiones a la *red*, o el despliegue de lo que hoy conocemos como *internet*, andaba todavía más por los dominios de Julio Verne, Aldous Huxley o George Orwell que presente en textos jurídico-constitucionales.

Una vez más, la historia actualiza los contenidos esenciales de un derecho; pero esta vez en grado tal que llegará a plantearse si nos encontramos ante una nueva variante del ya existente, capaz también de proteger por vía instrumental a otros derechos y libertades, o si asistimos más bien al descubrimiento de un nuevo derecho³⁰⁵, con alcance no inferior a si se tratase de un nuevo continente. La hipótesis de que haya nacido una inédita criatura jurídica cobrará aires de bautizo, por lo que no faltará ni la reñida polémica en torno a qué nombre ponerle.

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:

1. Que se me comunique si la Administración del Estado o cualquier organismo de ella dependiente dispone de ficheros automatizados donde figuren mis datos de carácter personal.
2. Que en caso afirmativo se me indique la finalidad principal de dichos ficheros, la autoridad que los controla y su residencia habitual.

³⁰⁴ Lo mismo ocurriría en la actualidad respecto a un no muy lejano futuro. No resulta fácil calibrar las posibles incidencias en los derechos fundamentales derivables 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” (G. ARIÑO ORTIZ en su presentación a la obra por él dirigida *Telecomunicaciones y audiovisual. Cuestiones disputadas*, Granada, Comares, 2003, pág. XII).

³⁰⁵ Resulta sintomático que J.J. LÓPEZ ORTEGA afirme que “el núcleo normativo del derecho fundamental a la intimidad se contiene, en nuestro ordenamiento, en el apartado primero del art. 18 C.E., pues los restantes lo precisan desde la óptica de las diversas formas de violación”; si bien más abajo se referirá a la “intimidad informativa”, a la “libertad informática” y a la “autodeterminación informativa”, afirmando respecto de esta última que esta “forma de integrar el contenido de la noción jurídica intimidad constituye el criterio esencial para delimitar el alcance de la protección penal en las distintas figuras delictivas que atienden a la protección de la intimidad” (“La intimidad como bien jurídico protegido”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, 1996 (2), págs. 283-310, incluido en Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, que citamos en la versión en CD –edición 2004–, Código EP960224).

3. Que se me comuniquen los datos existentes en dichos ficheros referidos a mi persona, de forma inteligente (*sic*) y sin demora.

La respuesta no dejará de ser elocuente: lo que el Tribunal acaba caracterizando como un “pertinaz silencio del Gobernador civil, primero, y 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”³⁰⁶.

No faltará un sustancioso debate sobre si los convenios internacionales sirven de meros criterios interpretativos de derechos fundamentales o son incluso capaces de dotarlos de fundamento sin necesidad de *interpositio legislatoris*. Se apelará, como argumento a favor de la segunda opción, a lo ya establecido por el Tribunal sobre el hoy todavía discutido derecho a la objeción de conciencia³⁰⁷.

En cualquier caso, el debate girará en torno a si cabe reconocer o no al ciudadano derecho a lo solicitado, y en razón de qué. Será el Ministerio Fiscal el que acabe haciendo el gasto, demostrando una capacidad de persuasión sobre la Sala muy superior a la del Abogado del Estado. Sin ser quizá consciente de ello, acaba haciendo historia, al comunicar la buena nueva del nacimiento de un derecho inédito y prestarse incluso a darle nombre. Su arranque es más moderado: nos encontraríamos ante “una ampliación sectorial del ámbito del derecho a la intimidad, en lo referente al tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. Bien pronto, sin embargo, elevará el nivel de su discurso.

³⁰⁶ STC 254/1993, de 20 de julio, A.2, a), F.3 y voto particular del magistrado Rodríguez-Piñero. Con ello nos encontraremos ante “la primera sentencia en que el Tribunal Constitucional se enfrenta con el derecho a la libertad informática” (J.M.^o ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, *La Ley*, 22 enero 2001 (5230), pág. 2). Se mostrará de acuerdo con ello otro Presidente, hoy Emérito, del Tribunal: “es un punto de apoyo para la pertinente construcción del derecho fundamental. Otra base firme la proporciona el art. 18.4” (M. JIMÉNEZ DE PARGA, “La refundamentación del ordenamiento jurídico”, *Persona y Derecho*, 2001 (44), pág. 26).

³⁰⁷ STC 254/1993, de 20 de julio, A.7. A. TRONCOSO REGADA apunta cómo el magistrado Rodríguez-Piñero, que emite voto particular en esta ocasión, será luego ponente de la STC 143/1994, en la que el Convenio 108 “se interpreta a la luz del derecho fundamental a la intimidad” y no se “realiza esfuerzo alguno por completar e integrar el contenido del artículo 18.4. C.E. con el Convenio 108 por la vía del artículo 10.2 C.E.”, que permitiría plantear más directamente el derecho a la protección de datos (“La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional”, introducción a *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia sobre protección de datos*, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pág. 56).

Mientras “la intimidad poseía en un primer momento un contenido negativo de exclusión”, “en nuestros días se ha dado un paso más, pues la *privacy* se concibe como una libertad positiva para ejercer un derecho de control sobre los datos referidos a la propia persona”. Más que desvelar una nueva dimensión de la intimidad, la estaríamos abandonando, ya que considera que los mencionados datos “han salido ya de la esfera de la intimidad para convertirse en elementos de un archivo electrónico”. Tal localización extracorpórea no parece muy equiparable a las intimidades clásicas.

El certificado de nacimiento del nuevo derecho parece prolongarse: “el interés jurídico se ha venido desplazando paulatinamente hacia el bien constituido por el contenido de los propios bancos de datos personales, en los que la personalidad aparece reflejada”. La creciente autonomía de la nueva criatura exige ponerle nombre, con mayor o menor fortuna; nos encontraremos así ante una “libertad informática”, que ya habría sido “reconocida por el art. 18.4 de la Constitución”.

El nombre, de matriz italiana³⁰⁸, no resulta para todos apropiado, ya que más bien parece animar a que cada cual haga con la informática lo que se le antoje, que es precisamente lo que se pretende evitar; quizá habría sido más correcto apelar a una *libertad pese o frente a la informática*³⁰⁹. 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*”³¹⁰.

³⁰⁸ Como recuerda A.ORTI VALLEJO, decidido partidario del término: “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho privado y Constitución*, 1994 (2), págs. 315 y 330-332.

³⁰⁹ No faltará quien, como L.A. BALLESTEROS MOFFA, sin dejar de aludir a la libertad informática, llame a defender *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirantoblanch, 2005, págs. 63, 307 y 22. De “intimidad frente al uso de la informática” hablará por su parte J. GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos civiles de protección del honor; la intimidad y la propia imagen. Frente a la libertad de expresión y el derecho a la información*, Barcelona, Bosch, 2007, pág. 149.

³¹⁰ STC 254/1993, de 20 de julio, A.5. El Tribunal se hará eco de la argumentación del Fiscal en el E.7. Sintomáticas de la generalización del fenómeno son las observaciones de L. CASTILLO CÓRDOVA sobre la experiencia peruana, en *Habeas corpus, amparo y habeas data*, Lima, Universidad de Piura, 2004, págs. 367-385.

Contamos pues con un nuevo elemento terminológico que añadir ante el entusiasmo suscitado por el nuevo derecho: “un nuevo *habeas* del ciudadano, el denominado *habeas data* o *habeas scriptum*, expresión que pretende aprehender la idea de derecho a la propia *identidad informática* o, como señala la doctrina alemana, de derecho a la autodeterminación informativa”³¹¹.

No hay que engañarse, lo que asoma en lontananza no es una nueva variedad de ejercicio de la *libertad*; se vislumbra, más bien, una novedosa modalidad de ejercicio de *poder*. Ya el mismo Consejo de Europa había justificado su Convenio haciendo notar que “en la sociedad moderna, gran parte de las decisiones que afectan a los individuos descansan en datos registrados en ficheros informatizados”. El problema no son pues las libertades propias, sino posibles decisiones ajenas y su previsible repercusión sobre aquéllas.

No es extraño que, en vísperas legislativas, se apunte³¹² la necesidad de regular aspectos de la recogida de datos genéticos, o de garantizar con realismo la prestación de consentimiento³¹³, la confidencialidad de las redes y la eficacia a la hora de exigir responsabilidades.

Seguirá, sin embargo sin quedar muy claro si se trata o no un nuevo derecho, ya que el fiscal, pronosticando quizá un moderado afán de novedades en los magistrados, acaba yendo a lo seguro: para él, todo quedará en que “el derecho a la intimidad”, y no otro novedoso derecho, “del solicitante de amparo ha quedado vulnerado en su contenido esencial por la negativa de la Administración a permitirle todo acceso a los datos a él referentes contenidos en archivos públicos automatizados”.

El Tribunal, sin embargo, no duda en asumir el momento histórico. Tras tomar constancia de que “nuestra Constitución ha incorporado una nueva garantía constitucional, como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona”, se muestra dispuesto a todo. No duda en dar por hecho un lumi-

³¹¹ F. MORALES PRAT, “La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995”, en Consejo General del Poder Judicial, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial 3/1996, págs. 147-196; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CP960303.

³¹² H. CAMPUZANO TOMÉ, *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 157.

³¹³ Sobre vicisitudes suscitadas en la solicitud y formulación del consentimiento C. ALONSO MARTÍNEZ, “El consentimiento del interesado en la protección de datos”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Madrid-Elcano, Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2001, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, págs. 32-34.

noso embarazo jurídico, ya que con ello, de un modo más o menos consciente, se ha abierto un proceso creativo “de forma en último término no muy diferente a como fueron originándose e incorporándose históricamente los distintos derechos fundamentales”³¹⁴. Un nuevo derecho parece habernos nacido, aunque sólo el Tribunal presume saber cómo ha sido; e incluso sólo de modo implícito...

La posibilidad de tal evento había sido ya anunciada por la doctrina, tomando como arquetipo la objeción de conciencia. La lista de los derechos fundamentales no podía considerarse cerrada porque “la propia historicidad de los derechos humanos” lo hace inaceptable. Bastaría para verla ampliada con que unos “derechos-derivados” ya reconocidos por la Constitución “estuvieran lógicamente implicados en los derechos-núcleo”³¹⁵. Asunto distinto es si el primero de los que tal cosa afirmaron será, como el segundo, tan educado ciudadano como para seguir defendiendo hoy lo mismo. Resta, por otra parte, dictaminar si cabe dar por cumplidos aquellos requisitos en un novedoso derecho a la protección de datos. Nada invita respecto a esto último a pensar lo contrario.

Siete años después, el término “libertad informática” se resiste aún a hacer mutis por el foro. La LORTAD (o sea, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal) se había ya visto expresamente derogada, sin unánime entusiasmo³¹⁶, por la LOPD (o sea, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal); incluso los diputados populares que presentaron recurso de inconstitucionalidad contra la primera pretenden retirarlo, pero la presencia

³¹⁴ STC 254/1993, de 20 de julio, A. 5. y F. 6. En efecto, la resolución marca época. Ese mismo año se había señalado que la regulación de la relación entre intimidad e informática “sólo está en mantillas, con todo lo que supone de desprotección de los individuos”, y se apuntaba que el Constitucional no había contado aún con el recurso de amparo que le brindara “una oportunidad” (J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Civitas, 1993, págs. 146 y 148).

³¹⁵ De ahí que la objeción de conciencia “sería un derecho fundamental, puesto que concurren en él las dos condiciones” (J. DE LUCAS y E. VIDAL, “El catálogo de derechos en la Constitución Española de 1978: ¿una lista cerrada?”, en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, pág. 633).

³¹⁶ Crítico ante la nueva ley M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, “La nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal”, en *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Madrid-Elcano, Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2000, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, pág. 28.

de otros recursos suscitados por conflictos competenciales entre Administración central del Estado y comunidades autónomas, no disipados por la nueva ley, mantendrá el litigio parcialmente vivo. La incertidumbre sobre el nombre correcto de la novedosa criatura jurídica se mantiene. Se afirma que las previsiones legales “limitando el uso de la informática están estrechamente vinculadas con la salvaguardia de ese *derecho fundamental a la protección de datos personales* frente a la informática o, si se quiere, a la libertad informática”. En todo caso, siendo su objeto el “desarrollo de lo previsto en el apartado 4 del art. 18 C.E.”, constituirá “un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor”. La nueva figura ha nacido al parecer robusta, ya que de ella se nos asegura: “en suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos”; algo así como un derecho racimo...³¹⁷.

El recurso no prosperará, ya que su planteamiento “soslaya la función que nuestra Constitución ha atribuido a los derechos fundamentales y, en correspondencia, la necesidad de que sean protegidos, incluso en el ámbito del reparto competencial”. Como consecuencia, “se está desvirtuando cuál es el bien jurídico constitucionalmente relevante, que no es otro que la protección de los datos de carácter personal frente a un tratamiento informático que pueda lesionar ciertos derechos fundamentales de los ciudadanos”, y no tangenciales conflictos competenciales.

En cuanto a cuál sea el fundamento de la ley discutida, el Tribunal se mostrará mayoritariamente cauto. Se la considerará, por una parte, como una “ley dictada en cumplimiento del mandato del art. 18.4 C.E. de limitar el uso de la informática”, mediante unos límites que “han de ser los mismos en todo el territorio nacional”; pero señalando a la vez que se ha pretendido con ella “garantizar el ejercicio por los ciudadanos del *derecho fundamental a la protección de dichos datos* mediante la actuación preventiva por parte de los citados órganos”³¹⁸.

La nueva ley no se vio, en todo caso, libre de críticas. Desde ámbitos judiciales se la censuró por haberse elaborado “sigilosamente, casi

³¹⁷ P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA repasa hasta cinco derechos en “Los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa”, en *Derecho procesales fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Manuales de Formación Continuada*, 2004 (22), págs. 174-176.

³¹⁸ STC 290/2000, de 30 de noviembre, F7,11,13 y 14 (cursivas nuestras). Un detenido comentario en J.M.^a ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, que aludirá reiteradamente al “derecho a la libertad informática” (“La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, *La Ley*, 22 enero 2001 (5230), págs. 1, 2 y 5).

como diría Lope de Vega, en horas 24” y porque “siguiendo una costumbre lamentable”, nos “deja sumidos en la perplejidad”, al carecer “de una Exposición de Motivos, que pueda orientar y facilitar la tarea interpretativa”³¹⁹.

Los balbuceos en torno a la cuna del neonato resultan poco disimulados, y ello provoca un nítido voto particular concurrente que exige partida de nacimiento: “debió afirmarse de modo explícito”, en la argumentación de la sentencia, que “nuestro Tribunal reconoce y protege ahora un derecho fundamental, el derecho de libertad informática, que no figura en la Tabla del texto de 1978”; se dejaría así claro que “una de las tareas importantes de los Tribunales Constitucionales” es el “reconocimiento de nuevos derechos fundamentales”, dado que la Constitución Española no contiene una cláusula abierta como remate o coronamiento de la lista de derechos fundamentales.

La dimensión histórica del surgimiento y despliegue de los derechos fundamentales brillaría en todo su esplendor: “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. Se evidencia así el ya señalado juego de texto y contexto (o *transtexto*): “los derechos no-escritos han de ser tutelados por la jurisprudencia, ya que las Constituciones proporcionan al intérprete un punto de apoyo, unas palabras (escasas a veces, lapidarias), sobre las que hay que efectuar, mediante una actividad creadora, la construcción del derecho fundamental”.

El fundamento del nuevo derecho no será pues el palpito futurista del artículo 18.4, vislumbrando que tarde o temprano habría que poner coto a la informática, sino una más sólida roca: “debe tener como eje vertebrador el art. 10.1 C.E., ya que es un derecho inherente a la dignidad de la persona”³²⁰. Al fin y al cabo, la experiencia no fue muy

³¹⁹ J.A. MARTÍN PALLÍN, “Intimidad, privacidad y protección de datos en la nueva Ley Orgánica de 15/1999”, en *XIV Encuentros sobre Informática y Derecho 2000-2001*, Madrid-Elcano. Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2001, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord. -, pág. 55.

³²⁰ 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. J.A. SEOANE muestra su “concordancia con la fundamentación de este voto particular, más sólida que la de la opinión mayoritaria”, pero discrepa “en los sustentos constitucionales brindados”, así como “en la denominación elegida por el voto particular: derecho de libertad informática (“La ampliación del catálogo de derechos fundamentales”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág. 462). Del mismo autor, al

distinta en el ámbito anglosajón cuando nació el propio derecho a la intimidad entendido como *privacy*. Sus padrinos, los abogados Brandeis y Warren, lo fundamentaron en una amplia serie de decisiones judiciales, pese al hecho de que los jueces que fallaron tales casos nunca mencionaran de modo expreso la existencia de tal derecho³²¹.

En cualquier caso, a partir de la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, cabe ya dar por resuelto que contamos con un nuevo derecho: “el constituyente quiso garantizar un verdadero derecho fundamental a la protección de datos, cuya garantía deberá preservarse frente a cualquier invasión o intromisión ilegítima, merced a un sistema de protección específico e idóneo, marcando las diferencias existentes entre el *habeas data* y el derecho a la intimidad”³²².

¿Intimidad como derecho de prestación

El paso de un contenido meramente negativo, con obligada abstención del Estado, característico de los llamados derechos de la primera generación, a la solicitud de una prestación planteará un doble problema. El primero resucita la necesidad de expedir la partida de nacimiento de un nuevo derecho; el segundo la cuestiona, al poner en duda que, sin mandato del legislador, quepa exigir al Ejecutivo gastos que no se vislumbran anecdóticos³²³. No parece muy claro que, aunque los derechos nazcan, lo hagan con un pan debajo del brazo. A nadie

respecto: “De la intimidad genética a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español. (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, *Revista de Derecho y Genoma Humano/Law and the Human Genome Review*, 2002 (16), págs. 71-105.

³²¹ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pág. 193. Sobre la dificultad y límites de una fundamentación basada en la dignidad humana, P. SERNA, “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos”, en *Interpretación Constitucional*, -E. FERRER MAC-GREGOR, coord.-, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. II, págs. 1090, 1094 y 1116.

³²² J.L. PIÑAR MAÑAS, “El derecho fundamental a la protección de datos personales”, en *Protección de datos de carácter personal en Iberoamérica*, Valencia, Tirantoblanch, 2005, pág. 23.

³²³ La situación se reduplica a propósito de la llamada intimidad genética. Junto a un aspecto “negativo o de defensa”, tendría también “una vertiente positiva o prestacional”. De ahí que se proponga “trasladar la categoría *habeas data* para configurar un *habeas genoma*” y contar, en consecuencia, también con una “Comisión Nacional de Protección del Genoma, siguiendo el modelo de la Agencia de Protección de Datos Personales” (C. RUIZ MIGUEL, “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, *Revista de Derecho y Genoma Humano*, 2001 (14), págs. 152 y 166).

sorprenderá que sea el abogado del Estado, vecino siempre a la Hacienda pública, el que se muestre particularmente sensible a la cuestión.

No le cabe en la cabeza que pueda “entenderse razonablemente que el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen incluya derechos de prestación”. Para disipar toda duda, se aferra a lo corpóreo, apelando a la literalidad terminológica: “el derecho a la propia imagen nada tiene que ver con la imagen de un ciudadano tal y como resulta delineada por el conjunto de datos que sobre él obran en ficheros automatizados de la Administración, pues la imagen del art. 18.1 C.E. equivale a figura o efigie reproducida o representada de una persona”. Insistirá en que la garantía de una reacción jurídica contra intromisiones lesivas de la intimidad no puede incorporar un derecho instrumental de prestación; parece, por los demás, estar muy al tanto de los movimientos de caja. La austera Administración es “evidente que carecía de los medios precisos para poder satisfacer la prestación informativa que se le recababa”, lo que no hace sino recordar que “los derechos prestacionales a obtener ciertas informaciones necesitan insoslayablemente medidas de Derecho interno para ser efectivamente exigibles”³²⁴.

El debate se anima, ya que —de prosperar— tan sesudas reflexiones pondrían en berlina a todos los *derechos económicos, sociales y culturales*, bastante deslucidos sin presupuestos disponibles. El Tribunal, sin embargo, no rehuye reaccionar en clave épica: “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, especialmente si esos derechos son declarados por la Constitución”. Por si no había quedado suficientemente claro: si el ciudadano precisa la garantía de un derecho del que es titular, “es deber de todos los poderes públicos poner los medios organizativos y materiales necesarios para procurársela; si no tiene derecho, sigue siendo igualmente irrelevante el que dichos medios existan o no”³²⁵.

³²⁴ STC 254/1993, de 20 de julio, A.6. De ahí que A.E. PÉREZ LUÑO, tras recordar que la sentencia del Constitucional alemán sobre la ley del censo fue considerada como el “Sermón de la Montaña” en materia de protección de datos personales, apunte que el Constitucional, al no tener en cuenta los argumentos del abogado del Estado, se comporta como el “Buen Samaritano” (“Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997 (XIV), pág. 555).

³²⁵ STC 254/1993, de 20 de julio, F.3. Tampoco otros argumentos del abogado del Estado saldrán mejor parados: “si, como acepta dialécticamente en sus alegaciones, el derecho fundamental a la intimidad puede justificar en determinados casos que un ciudadano se niegue a sumi-

Quizá contribuya a aclarar el embrollo admitir que la distinción entre *generaciones* de derechos fundamentales puede resultar útil para explicar su proceso de formación histórica, pero no para sostener en la actualidad la existencia de categorías diferentes de derechos³²⁶.

El derecho fundamental a la protección de datos personales

Había surgido pues, para empezar, el novedoso concepto de *libertad informática*, sin que cupiera aún dilucidar si se trataba de una mera especificación del derecho a la intimidad³²⁷, atribuible sin duda al dinamismo de lo histórico, o si nos encontrábamos ante un derecho de nueva planta³²⁸. El cauteloso tanteo de la jurisprudencia constitucional había resultado tan indisimulado como la tendencia de la doctrina a albergar ambas posibilidades, a la espera de un decantamiento decidido, no menos rebosante de historicidad.

Hay quienes consideran suficiente y necesaria una reformulación del derecho a la intimidad “más social y no individualista”, que haría superfluo patentar un nuevo derecho. Se parte del ejemplo de la *privacy* norteamericana, hoy ampliada a ámbitos inicialmente imprevistos, hasta el punto de suplantar en el ámbito italiano al concepto, ahora demasiado angosto, de *riservatezza*. La novedad histórica no sería tanta, ya que “no estaríamos ante un nuevo problema, sino ante el ya cono-

nistrar a las autoridades determinados datos personales, no se ve la razón por la que no podría justificar igualmente que ese mismo ciudadano se oponga a que esos mismos datos sean conservados una vez satisfecho o desaparecido el legítimo fin que justificó su obtención por parte de la Administración, o a que sean utilizados o difundidos para fines distintos” (E7).

³²⁶ Así lo sugiere A.L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág. 95.

³²⁷ Desde esta perspectiva cabía considerar a la intimidad personal y familiar como “el más atacado de todos los derechos fundamentales”, “por las más distintas razones. Todas son válidas para invadir la intimidad y trasladar los datos privados de la persona a ficheros, catálogos o registros” (J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, págs. 107-108).

³²⁸ Displícite respecto a esa posibilidad J. BERMEJO VERA, que se justifica por usarlo aclarando que su alusión a ese término “no es más que una concesión —por cierto, escasamente aceptable desde mi punto de vista— a la terminología foránea, que goza ya entre nosotros de cierta popularidad” (“Premisas jurídicas de la intimidad personal y de la protección de datos, en el derecho español”, en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí* -R. GÓMEZ-FERRER, coord.-, Madrid, Civitas, 1989, pág. 144).

cido enfrentamiento entre la intimidad, honor, etc., y el derecho a la información. Sólo se trata de una tecnología”, que plantea nuevas posibilidades de atentar contra ellos³²⁹.

Las consecuencias del cambio de escenario histórico han sido, sin embargo, tales como para justificar que el reconocimiento de un nuevo derecho se vaya abriendo paso³³⁰. Se ha producido, para empezar, un cambio notable en los elementos identificadores de los bienes jurídicos protegidos. El *cuerpo* pierde el protagonismo que la originaria protección de la intimidad le había conferido, mientras se sitúan en el centro del problema los datos recogidos en soporte informático³³¹. No faltará quien aventure incluso que pueda haberse consumado una efectiva sustitución de derechos, pero en sentido contrario³³², lo que resulta explicable dada la amplitud del término dato³³³. No sólo se habría producido sin duda una relativización de la dimensión corporal del ámbito de protección, sino que cabría entender que todas las dimensiones protegidas por el viejo derecho a la intimidad podrían ser a su vez consideradas como dato y verse protegidas en cuanto tales.

De ahí que lo que en el artículo 18.4 C.E. más bien parecía aviso de navegantes, destinado a establecer límites al empleo de medios in-

³²⁹ A. ORTÍ VALLEJO, “El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho privado y Constitución*, 1994 (2), págs. 320, 311-312, 316 y 324-325. La postura decididamente favorable a la duplicidad de derechos y a calificar el nuevo como “autodeterminación informativa” la encontramos casi por las mismas fechas en A.R. GONZÁLEZ MURÚA, como colofón a su “Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 1993 (37), págs. 264-270.

³³⁰ De su posible repercusión legislativa da idea el despliegue casuístico de A. RUIZ CARRILLO en *La protección de datos de carácter personal*, Barcelona, Bosch, 2001.

³³¹ P. CASANOVAS ROMEU anota en “Derecho, internet y *web* semántica”, en qué medida las *webs* comerciales recogen información personal de los consumidores sin informar de que lo hacen y sin brindar los procedimientos fijados para acceder a la información recogida (en el volumen sobre *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004 (IX), pág. 37.

³³² “Lo que el legislador llama, usando un barbarismo, privacidad, prácticamente coincide con lo que hemos denominado autodeterminación informativa”, afirma P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “El derecho a la intimidad en Consejo General del Poder Judicial”, *Honor, intimidad y propia imagen*, Cuadernos de Derecho Judicial 35/1993, págs. 9-61; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CC933501.

³³³ La normativa en vigor consideraría como tal “toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión, concerniente a una persona física identificada o identificable”; cfr. J.A. MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, pág. 29.

formáticos, sobre visos de derecho autónomo, repescando el contenido del artículo 105, b), que dejaba en evidencia las cortas miras del anterior, al establecer, fuera del contexto de los derechos fundamentales³³⁴, que la ley regulará “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”³³⁵.

Será el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, el que abra la puerta a la consumación de este hito histórico. No resulta irrelevante que, al resolverse, se hallara a la vez en avanzado estado de gestación la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 8 aparece dedicado a la “Protección de datos de carácter personal”, con el siguiente contenido:

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

Los Antecedentes de la sentencia ayudan con elocuencia a constatar en qué medida tanto el recurso del Defensor como los fundamentos de la resolución del Tribunal reflejan el auténtico festival terminológico

³³⁴ Se ha discutido el alcance del citado artículo: si se trata de una norma jurídica o de un principio, si deriva o no de él un derecho subjetivo y si tendría éste carácter fundamental (M. LUCAS DURÁN, *El acceso a los datos en poder de la Administración Tributaria*, Pamplona, Aranzadi, 1997, págs. 39-46).

³³⁵ A.E. PÉREZ LUÑO denuncia el “carácter parcial y fragmentario” de este tratamiento constitucional, tras haber resaltado el más acertado enfoque con que dos años antes abordaba esta cuestión la Constitución portuguesa (*Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005 -9.ª ed.-, págs. 348 y 344). Expresa sus dudas sobre el papel “dinamizador” del artículo 105 b) J. BOIX REIG, “Protección jurídico-penal de la intimidad e informática”, en *Poder Judicial*, 1989 número especial IX: *Nuevas formas de delincuencia*, pág. 24.

existente hasta ese momento³³⁶. El primero alude a cómo la ley “permite que reglamentariamente se imponga un límite al *derecho fundamental a la autodeterminación informativa* reconocido en el art. 18.4”, sin que ello le impida luego presentar “la facultad de consentir sobre la cesión de datos personales” como una “garantía necesaria del *derecho a la intimidad* de su titular”, para seguir luego alternando una y otra denominación.

Los Fundamentos de la sentencia se harán, por su parte, eco de una adicional alusión al “derecho fundamental que este Tribunal ha denominado de *libertad informática*”, e incluso a un “*derecho fundamental a la intimidad frente al uso de la informática*”. Nos hacen notar también que tampoco el Abogado se queda corto en sus alegaciones: los “límites fijados por la Ley” a derechos de configuración legal “sólo mediatamente afectan a los derechos fundamentales a la *intimidad* y a la *autodeterminación informativa*”³³⁷. El Tribunal optará, sin embargo, decididamente por patentar con aire definitivo la existencia de un

³³⁶ A.E. PÉREZ LUÑO, ha glosado el contexto en que había surgido en la jurisprudencia constitucional alemana un derecho a la “autodeterminación informativa”, pese a la nula presencia expresa de la intimidad en la Ley Fundamental (A.E. PÉREZ LUÑO, “Aspectos de la tutela del derecho a la intimidad en la jurisprudencia”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, vol. I, págs. 717-719).

³³⁷ STC 292/2000, de 30 de noviembre, A.2 a) y F1 y 2 (las cursivas serán nuestras). M. GALÁN JUÁREZ opta acertadamente por referirse al “derecho a la protección de datos” en su “Comentario a la STC 292/2000, de 30 de noviembre. Protección de datos de carácter personal. Los derechos civiles individuales”, en *Veinticinco años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, Colegio de Abogados - Grupo Difusión, 2007, pág. 122. Insistirá en la referencia a la autodeterminación informativa P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “La protección de datos en la Administración de Justicia”, incluido en el volumen *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004 (IX), págs. 229 y ss. En A.E. PÉREZ LUÑO encontramos temprana referencia a la “libertad informática” (“Intimidad y protección de datos personales: del *habeas corpus* al *habeas data*”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, -ed. L. GARCÍA SAN MIGUEL-, Madrid, Tecnos, págs. 37 y 41; reiterada luego en “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1996 (XLVIII-73), pág. 326). R. MENDIZÁBAL ALLENDE aludirá a una híbrida “intimidad informática”, sin que ello le impida referirse páginas después a la “autodeterminación informativa” (“El derecho fundamental a ser dejado en paz y sus manifestaciones en la Constitución”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 2007 (37), págs. 364 y 368). Por no faltar, no faltará una alusión a cómo se ha abordado la tutela penal de la “*privacy* informática” por primera vez en nuestro país (F. MORALES PRATS, “Los delitos contra la intimidad en el código penal de 1995: reflexiones político-criminales” en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 -Parte Especial-*, 1996 (2), págs. 239-282; incluido en el CD -edición 2004- del Consejo General del Poder Judicial *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código EP960223).

“específico *derecho fundamental a la protección de datos personales* derivado de los arts. 18.1 y 18.4 C.E.”³³⁸.

No desaparecen, sin embargo, de modo definitivo las alusiones a la *autodeterminación informativa*; de ello da fe el propio Tribunal, que se hace eco de que tal derecho fundamental había sido invocado por alguna de las agrupaciones electorales cuyas candidaturas para las elecciones municipales en el País Vasco se ven rechazadas. Optará, no obstante, por remitirse a su resolución anterior, en la que aludía al “derecho fundamental a la protección de datos”³³⁹.

De la libertad a la no discriminación

La mutación ha sido pues histórica, y no meramente terminológica. El derecho emergente, por más que se lo etiquetara inicialmente como *libertad*, se ha ido configurando sin remilgos como un poder³⁴⁰. Al fin y al cabo, sobre todo en sociedades dinámicas, diversificadas y complejas, se ha impuesto el tópico de que *información es poder*. El ciudadano se sustraerá a las amenazas que de ello puedan derivar, sólo si asume a su vez un *poder* de resonancia más política³⁴¹ que enco-miabilmente ética: la posibilidad de someter a control el manejo de

³³⁸ STC 292/2000, de 30 de noviembre, F.2 y ss. J.L. PIÑAR MAÑAS señala que esta sentencia y el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales marcan el inicio de una tercera fase en la protección de datos, tras una primera, “caracterizada por la tensión entre privacidad e informática”, y una segunda que intenta conciliar la relevancia económica del tratamiento de datos con la garantía de derechos (Prólogo a L.A. BALLESTEROS MOFFA, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirantglobalnch, 2005, pág. 14).

³³⁹ STC 110/2007, de 10 de mayo, A.34 y F.9.

³⁴⁰ No deja de ser significativo cómo X.O’CALLAGHAN hacía ya suyo un concepto de intimidad que, sin particular énfasis, la considera por partida doble como “poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”, aun reconociendo que lo definido acaba estando presente en la definición (“Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Los derechos fundamentales y libertades públicas*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1992, vol. I, pág. 573).

³⁴¹ El propio A. ORTÍ VALLEJO, decididamente opuesto al reconocimiento del nuevo derecho, admite que “desde un punto de vista de jurisprudencia de intereses”, situándose “en ese ámbito en que lo jurídico y lo político tienen una mayor interrelación, puede que convenga socialmente la afirmación del derecho fundamental nuevo”, ante “la necesidad de defensa del ciudadano frente al abuso del poder informático del Estado” (“El nuevo derecho fundamental (y de la personalidad) a la libertad informática (A propósito de la STC 254/1993, de 20 de julio)”, *Derecho privado y Constitución*, 1994 (2), págs.328-329).

todos sus datos personales de los que conciudadanos privados o poderes públicos puedan disponer.

Este paso de la mera libertad, que reclamaba una inhibición ajena, al “poder que, dando por hecho que los datos se hallan a la intemperie, permitirá conocerlos y controlar su uso” juega en paralelo con otra sustitución fácil de advertir. Ya vimos cómo el tránsito de la primera a la segunda generación de los derechos marca la insuficiencia de la *lucha por las libertades*, si no se ve acompañada de una *lucha por las igualdades*. Pero, aparte de esta adición, apuntada en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, es fácil también observar con qué alcance se va produciendo un paso más generalizado de la libertad a la igualdad, a la hora de situar el centro de gravedad de la dinámica histórica de los derechos.

No es extraño pues que, tras superarse la mera protección de la *privacidad* para dar entrada a una *libertad autónoma* de mayor calado ético, ahora haya entrado un tercer elemento en juego. Antes el objetivo era dejar espacio a la libertad, ahora lo decisivo será poder garantizar la *no discriminación*, neutralizando toda previsible amenaza a la igualdad. En realidad, no se trata de que haya salido de escena la libertad, ya que, a fin de cuentas, por no discriminación se entenderá la garantía de una igualdad real a la hora de ejercer libertades. Es obvio que al ciudadano no le bastará con saber asegurado su derecho a la asistencia sanitaria; necesitará también no acabar viéndose discriminado al recibirla en razón de datos genéticos o clínicos que pudieran resultar disponibles³⁴².

No será, por lo demás, éste el único derecho en que se experimente ese creciente protagonismo de la igualdad. También, en el derecho de familia, las exigencias clásicas de la institución matrimonial, con la protección de los hijos en primer plano, han ido cediendo el lugar central a las derivadas de la igualdad entre hombre y mujer, o incluso a las surgidas de exigencias de no discriminación por motivo de orientación sexual, mientras los hijos parecen quedar como aleatorio elemento paisajístico.

El Tribunal se había encontrado ya ante un caso que sirvió para evaluar el grado de consolidación del cúmulo de sugerencias apuntadas. Muchas de ellas se verán confirmadas, aunque no faltará tampoco,

³⁴² Sobre la protección de datos genéticos M. GALÁN JUÁREZ, *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces - Universidad Rey Juan Carlos, 2005, págs. 227 y ss.

como veremos, alguna aportación adicional generada por las circunstancias del concreto conflicto.

Con motivo de una huelga, RENFE optó expeditivamente por retenir salarios a los trabajadores del sindicato convocante, cuya afiliación le había sido dada a conocer al solo objeto de que pudiera proceder a descontarles el importe de su cuota sindical y transferirlo a la central correspondiente³⁴³.

El punto de partida será el ya sentado en una sentencia anterior, explícitamente citada. Aunque el artículo 18.4 C.E. “incorpora una garantía constitucional” para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona, va más allá: “es también, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”. Se asume también que con ello “la garantía de la intimidad, *latu sensu*, adopta hoy un entendimiento positivo que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona”. Se respetaba todavía su originaria denominación, aunque con cierto despejo, al aludirse a “la llamada libertad informática”³⁴⁴.

Si bien parecía que nos encontrábamos inicialmente ante “un derecho instrumental ordenado a la protección de otros”, resulta ya preciso reconocer que el artículo 18.4 “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática”, sino que además “consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona”.

La novedad será doble. Consistirá, por una parte, en dar paso a un ámbito diverso de la intimidad. Aunque, siguiendo la terminología legal, se aluda a la *privacidad*, no se oculta que se controlarán variadas informaciones, “pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para

³⁴³ Glosa la resolución J.J. MARCO MARCO en su “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 11/1998, de 13 de enero: la vulneración de derechos fundamentales mediante el uso de datos informáticos automatizados”, *Revista General de Derecho*, 1998 (645), págs. 7159-7169.

³⁴⁴ STC 11/1998, de 13 de enero, F.4. El contenido de esta sentencia es reiterado por la STC 60/1998, de 16 de marzo, que versa, según su F.1, sobre “supuesto de hecho sustancialmente igual al presente”. Lo mismo ocurre con la STC 94/1998, de 4 de mayo y con otras cinco del mismo año: las SSTC 33, 35, 94 (aunque, por error, se indique 95), 124 y 126/1998; en el F.1 de esta última el Tribunal constata que este caso, “visto desde la perspectiva constitucional que nos es propia, guarda una semejanza rayana en la identidad” con los anteriores.

así preservar el pleno ejercicio de sus derechos”. No se oculta que lo que se pretende evitar es que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios, siendo tal posibilidad, y no eventuales vinculaciones a la corporalidad o la espiritualidad, lo que lleve a considerarlos *sensibles*. Ello explica por qué “la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo”, sino a la efectividad del resultado discriminatorio, mientras el “elemento intencional es irrelevante”.

Se resaltarán, por otra parte, que el replanteado contenido del epígrafe constitucional incluye la posible “oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”. Combinando ambos aspectos, se concluye que, en el caso examinado, “se utilizó un dato sensible, que había sido proporcionado con una determinada finalidad, para otra radicalmente distinta”³⁴⁵.

Lo mismo constatará otra resolución posterior, provocada por la conducta de una entidad bancaria que había procedido a crear una base de datos en la que figuraban los diagnósticos de las enfermedades de sus trabajadores que originaron una situación de baja laboral por incapacidad temporal, “sin requerir para ello la previa autorización del interesado, ni invocar interés contractual alguno”; a ello había que añadir otra circunstancia: el citado “archivo no está dado de alta en la Agencia de Protección de Datos”. Por si fuera poco, se alega que tienen acceso a él “médicos distintos de los que atienden al trabajador”, pese a que “no existe ningún motivo que justifique su conocimiento del historial clínico del recurrente”. El nombre del archivo no disimulaba su auténtica finalidad: “absentismo con baja médica”. En efecto, “a la vista del contenido del fichero, forzoso resulta convenir que su mantenimiento no se dirige a la preservación de la salud de los trabajadores, sino al control del absentismo laboral”. La sentencia, aun no considerando necesario subrayar los aspectos novedosos antes aludidos, sí mantiene el cuerpo doctrinal previamente consolidado³⁴⁶.

³⁴⁵ STC 11/1998, de 13 de enero, F5, 6 y 4. Se destacará cómo la sentencia, entre los “elementos esenciales de este derecho, subraya la importancia que tiene la finalidad para la que se recogieron los datos” (P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, “La construcción del derecho a la autodeterminación informativa”, Revista de Estudios Políticos, 1999 (104), pág. 47).

³⁴⁶ STC 202/1999, de 8 de noviembre, A.3, F1 y 4. Los elementos doctrinales básicos los encontramos en el F2, que nos habla, entre otros extremos, “de un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí

Se concluirá que la realización por la empresa “de dichas actividades prescindiendo del consentimiento expreso del afectado ha de calificarse como una medida inadecuada y desproporcionada que conculca por ello el derecho a la intimidad y a la libertad informática”, todavía... No se trataba “de medida de suyo ponderada y equilibrada, ya que de ella no se derivan más beneficios o ventajas para el interés general o para el interés empresarial que perjuicios sobre el invocado derecho a la intimidad”³⁴⁷.

El caso acabará con un inesperado estrambote, cinco años después, al considerar el trabajador vulnerada su tutela judicial efectiva por no haberse llegado a verificar adecuadamente si los datos relativos a diagnósticos que le afectaban habían sido efectivamente retirados, lo que provocará un nuevo amparo³⁴⁸.

Se consolida el nuevo derecho

El ya citado recurso de inconstitucionalidad del Defensor del Pueblo permitió perfilar de modo más rotundo el nuevo escenario. Si ha surgido un nuevo derecho ha sido como consecuencia de la notoria insuficiencia del anterior para garantizar los bienes jurídicos en juego. Resultan indudables los riesgos a que se ven sometidos éstos ante el avance de los procesos informáticos, “dado que una persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero, sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad”. De ahí que sea suficiente indicar ambos extremos

mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos”, sin que falte la alusión a “la llamada libertad informática”. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO apunta cómo en “la mayor parte de los supuestos en que la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de la protección de datos del trabajador lo ha sido con esta función instrumental”; “de ahí el interés” que atribuye a esta sentencia (“El tratamiento de datos personales sobre la salud del trabajador”, *Persona y Derecho*, 2006 (54), pág. 431).

³⁴⁷ STC 202/1999, de 8 de noviembre, F5. No faltarán críticas, al considerarse que la resolución se apoya “en una presunción que en ningún momento queda mínimamente acreditada”, ya que “es la denominación y el contenido del fichero lo que convence al Tribunal del uso irregular del mismo, pero hay que tener en cuenta que no se alegó ni se probó esa posible desviación en la utilización de los datos” (A.V. SEMPERE NAVARRO y C. SAN MARTÍN MAZZUCCONI, *Nuevas tecnologías y relaciones laborales*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pág. 126).

³⁴⁸ Cfr. STC 153/2004, de 20 de septiembre.

para comprender que el derecho fundamental a la intimidad no aporta “por sí sólo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico”. Evocando el debate constituyente, sobre todo en el Senado, resulta claro que lo que se “quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 C.E.” no fue “sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto”.

Aspectos ya esbozados en resoluciones anteriores cobraban ahora pleno sentido. El flamante “derecho fundamental a la protección de datos, a diferencia del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E., con quien comparte el objetivo de ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar, atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el *poder* jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos”. Por si quedara alguna duda: “la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental tan afín como es el de la intimidad radica, pues, en su distinta *función*, lo que apareja, por consiguiente, que también su *objeto* y *contenido* difieran”.

Esta diversidad de contenido implica, como se ha ido adivinando, el abandono de algunos de los elementos característicos del derecho precedente. La singularidad del derecho a la protección de datos radicará en que “su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad”, al extender su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida. Protegerá también “lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respeto de la dignidad personal”, “como el derecho al honor”; lo que casi parece abrir un horizonte de sustitución más que de complemento.

En todo caso, lo más significativo será que “el derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para, o tengan incidencia en, el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar, y a cualquier otro bien constitucionalmente amparado”.

Se confirma pues que el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo “a los datos íntimos

de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales”. Su objeto no es pues “sólo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 C.E. otorga, sino los datos de carácter personal”.

También la clásica referencia a lo *sensible* ha acabado pasando a la historia: el que los datos sean de carácter personal no significa que sólo tengan protección los relativos a la vida privada o íntima de la persona, sino que los datos amparados son “todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo”.

Tampoco faltará la alusión a otra diferencia, ya advertida, respecto al juego práctico del derecho a la intimidad. Mientras el de éste consistía en “imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”, ahora el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistente en “diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos” novedosos, destinados a “garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales”. Su contenido le permitirá “decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar”; al igual que “saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso”³⁴⁹. Ello obligará, en coherencia, a abordar los problemas planteados por aquellas fórmulas de acceso, almacenamiento y uso electrónico de la información que resultan “invisibles” para el afectado³⁵⁰.

³⁴⁹ STC 292/2000, de 30 de noviembre, E4 a 7 (cursivas nuestras). J.J. LÓPEZ ORTEGA no considera todo ello adecuadamente reflejado en el Código Penal, que “se limita a la tutela de los datos ya registrados”, reconduciendo al ámbito de la responsabilidad administrativa su recogida sin previo consentimiento, a la vez que protege sólo “datos reservados”, cuando dicha categoría no tendría ya sentido (“Intimidad informática y derecho penal. La protección penal de la intimidad frente a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, incluido en el volumen *Derecho a la intimidad y nuevas tecnologías*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial 2004 (IX), págs. 131-132).

³⁵⁰ J.L. BALLESTEROS MOFFA, *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirantlo Blanch, 2005, págs. 309-310.

Tratándose de un nuevo derecho³⁵¹, serán también diversa su delimitación, partiendo precisamente del hecho digno de ser resaltado de que “la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales”. En cualquier caso, como “la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”, se considerará inconstitucional la implícita deslegalización que se genera al haber el texto legal “renunciado a regular la materia que se le ha reservado, remitiendo ese cometido a otro Poder Público, frustrando así una de las garantías capitales de los derechos fundamentales”. La ley se había “limitado a identificar la norma que puede hacerlo en su lugar. Norma que bien puede ser reglamentaria”. Con ello está “lesionando el contenido esencial del derecho fundamental así restringido, dado que la forma en que se han fijado sus límites lo hace irreconocible e imposibilita, en la práctica, su ejercicio”³⁵².

³⁵¹ A.GARRIGA DOMÍNGUEZ destaca cómo aparece recogido como derecho a la protección de datos de carácter personal, entre las libertades de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en distinto artículo al relativo al respeto de la vida privada y familiar (*Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, págs.30-31).

³⁵² STC 292/2000, de 30 de noviembre, F11, 14 y 15. La existencia de cobertura legal justificará sin embargo que, dentro del régimen disciplinario de la Guardia Civil, se autorice “a los instructores de expedientes disciplinarios a incorporar a los mismos la documentación personal y antecedentes del interesado, aun cuando tengan carácter reservado, a fines de esclarecimiento de los hechos que son objeto de investigación”. La alusión posterior, en caso similar, de la STC 272/2006, de 25 de septiembre, F8, a que no constaba que los documentos incluidos “contuvieran datos pertenecientes a la intimidad del recurrente”, deja entrever la pervivencia de la frontera existente entre el clásico derecho a la intimidad y el novedoso a la protección de datos personales.

V

EXIGENCIAS JURÍDICO-NATURALES
E HISTORICIDAD

La polémica parece cerrarse. Ha nacido, en efecto, un nuevo derecho y se ha consumado su bautismo jurídico como *derecho fundamental a la protección de datos*. No se ha asistido con ello a un mero cambio de nombre. El *cuerpo* parece pasar 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 la persona, de componente informático³⁵³; casi podría acabar convirtiendo la clásica protección de la intimidad en superflua, en la medida en que todo elemento susceptible de ser considerado íntimo podría acabar encontrando en él cobijo.

El dinamismo histórico de los derechos

El soporte informático pasa a ser 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. No habrá que proteger sólo los datos relativos a la *corporalidad*, reflejados en el ámbito más superficial del llamado derecho a la *imagen*, ni tampoco aquellos que, por unas u otras razones, merezcan ser considerados *sensibles*³⁵⁴, sin perjuicio de que éstos justifiquen

³⁵³ 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, págs. 94 y ss.

³⁵⁴ A.E. PÉREZ LUÑO apunta cómo se pasó de “la autorización previa de los bancos de datos, en una etapa en la que los equipos informáticos eran escasos, voluminosos y fácilmente localizables”, a la ahora superada con leyes cuyo “objetivo fue la garantía de los datos ‘sensibles’, por su inmediata incidencia en la privacidad”, para afrontarse luego la “revolución microinformática”, en la que “la tutela de las informaciones ya no puede quedar circunscrita al factor estático de su calidad”, sino que “debe hacerse extensiva a la dinámica de su uso o funcionalidad” (“Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2001 (XVIII), pág. 330).

la existencia en nuestro Código de un tipo penal *agravado*³⁵⁵. De la preocupación por el pudor se ha pasado al control del poder. El sujeto determinará a su arbitrio qué datos considera oportuno controlar³⁵⁶. Sólo por ley le podrán ser recabados, pero, aun así, podrá siempre acceder a ellos, rectificarlos y asegurarse de que no serán empleados para objetivo distinto del que goce de esa cobertura legal.

Todo esto repercutirá, se quiera o no, sobre las *fronteras* ya trabajosamente establecidas entre la hasta ahora clásica tripleta de derechos del artículo 18 C.E. Así podría ocurrir en lo relativo a la *intimidad* y la *imagen*, al haberse afirmado del segundo que “pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás”. Una vez que lo íntimo se ha visto relativizado, resultando relevante cualquier contenido, la diferencia se convierte en tan problemática como el intento de traducir a la realidad lo que se nos presentaba como clave del derecho a la imagen: “lo que se pretende con este derecho, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas”³⁵⁷. En torno a lo que se considere o no susceptible de afectar a la *personalidad* acabará pues girando ahora todo intento delimitador.

Resulta, por otra parte, evidente que lo así configurado es un *derecho-prestación*. La Administración deberá facilitar las antedichas garantías y hacerlas cumplir; también a aquellos particulares que, siempre al

³⁵⁵ Destinado a proteger “datos personales pertenecientes al núcleo duro de la privacidad” (F. MORALES PRAT, “La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995”, en Consejo General del Poder Judicial, *Delitos contra la libertad y la seguridad*, Cuadernos de Derecho Judicial 3/1996, págs. 147-196; citamos por la versión en CD -edición 2004-, *Cuadernos y estudios de derecho judicial*, Código CP960303).

³⁵⁶ De ahí la reticencia de A.E. PÉREZ LUÑO a que, mientras dentro “del nuevo ‘sector cuaternario’, ahora añadido a los tres sectores económicos tradicionales, se ha desatado la fiebre del acopio de datos”, se pretenda solventar la situación con los llamados “ficheros Robinson”, que suponen que “el ciudadano normal es el que acepta gustoso la contaminación de su vida privada por los intereses consumistas de los mercaderes de la publicidad” (“El derecho a la intimidad”, en *Constitución y derechos fundamentales* -J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHÍS, coords.-, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, págs. 649 y 650-651).

³⁵⁷ STC 81/2001, de 26 de marzo, F.2. La importancia de este giro es tal que no es extraño que pueda no “parecer del todo convincente”, como ocurre a L.M.ª Díez PICAZO JIMÉNEZ y F. YÁNEZ VIVERO, que ven en ello el paso de una definición material a otra formal de la esfera privada (“Derecho al honor, intimidad e imagen”, en *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación Continuada 2004 (22), pág. 106).

amparo de una ley, puedan disponer de sus propios ficheros. Ha reaparecido así también un problema típico de las nuevas generaciones de derechos: en qué medida los poderes públicos podrán escatimar la demandada prestación amparándose en la escasez de recursos³⁵⁸.

Hasta ahora, la situación se había venido manejando con posturas menos altisonantes. Los llamados derechos fundamentales, convenientemente identificados con aquellos a los que las *normas* constitucionales ofrecen protección procesal por la vía del recurso de *amparo*³⁵⁹, tendían a imponer una inhibición, en principio nada costosa económicamente. Los *derechos* enumerados como proyección de los llamados principios rectores de la política social y económica se veían supeditados en su alcance al carácter *optimizador* atribuido a los *principios*, más que a la drástica efectividad de las *normas*³⁶⁰. El derecho a la salud, a una vivienda digna o al medio ambiente son tan jurídicos como cualesquiera otros, pero al buscarle efectiva satisfacción acaban en buena medida supeditados a los recursos disponibles. De tomarse en serio el audaz dictamen de la jurisprudencia constitucional, la situación podría llegar a convertirse en problemáticamente gobernable.

Cabría aún aludir a los llamados *derechos de tercera generación*, de no fácil deslinde respecto a los de las dos anteriores, por lo que pueden mostrar querencia aleatoria hacia unos o hacia otros. Lo que asimétricamente les caracterizaría sería precisamente el ser fruto de la historicidad social, al estar ligados a las nuevas realidades que en ella

³⁵⁸ Es obvio que el reconocimiento de un derecho va siempre obligadamente acompañado del de un deber, o quizá de un cúmulo de ellos. Sirva como pista al respecto la *Guía de protección de datos personales para centros educativos públicos* editada por la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

³⁵⁹ P. CRUZ VILLALÓN detecta una "utilización claramente anfibológica" del término derechos fundamentales, que el Tribunal apreciará con carácter restrictivo al delimitar la reserva de ley orgánica, y de modo más amplio en otros contextos. Ello le lleva a considerar, "dentro del carácter predominantemente casual y errático de los distintos epígrafes de las divisiones del Título I", a identificarlos con los del capítulo segundo, admitiendo su posible extensión a otros, pero señalando que "con lo que no gana nada, más bien se pierde mucho en precisión conceptual, es con la incorporación del capítulo tercero a los derechos fundamentales" ("Formación y evolución de los derechos fundamentales", en *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1988, vol. I, págs. 158-160 y 162).

³⁶⁰ Para L. PRIETO SANCHÍS, la "rematerialización de la Constitución a través de los principios supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial", aunque mientras que "la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada", "la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional" ("Tribunal Constitucional y positivismo jurídico" *Doxa*, 2000 (23), pág. 173).

surgen³⁶¹. No es extraño que entre ellos se aluda al “derecho a un uso correcto de las nuevas tecnologías”³⁶², claramente afin al de protección de datos. Este encuadre asimétrico explicaría su parentesco con la intimidad, oriunda de la primera generación, y su reclamo de prestación en beneficio de la igualdad, más típico de la segunda.

Sea cual sea el alcance del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, parece ya poco dudosa su condición de derecho autónomo; difícilmente cabría reducirlo a recurso instrumental en beneficio de otros derechos. Si inicialmente llegó a considerársele como una ocasional dimensión específica del clásico derecho a la intimidad, ahora más bien pudiera ocurrir lo contrario, al ser en gran medida las exigencias de la intimidad reconducibles a la protección que el nuevo derecho ofrece. Todo ello resalta la indudable dimensión histórica de la delimitación, o incluso surgimiento, de los derechos.

No vendría mal alguna somera reflexión sobre esa ya tópica alusión a las generaciones de derechos. Sería erróneo configurarlas como mero fruto del devenir histórico, como si los derechos *liberales* de la primera generación estuvieran llamados a verse sustituidos por unos derechos de impronta socialista propios de la segunda. La tercera aparecería así en un contexto absolutamente asimétrico, ya que no sería fruto de opción ideológica alguna, sino mero resultado de innovaciones tecnológicas.

En realidad, el paso de la primera a la segunda generación no refleja un devenir sustitutivo desde un modo de entender los derechos a otro llamado a sustituirlo. De hecho, los Pactos de Naciones Unidas, que ayudan a positivar el contenido de la Declaración Universal de Derechos de la que ahora conmemoramos el sesenta aniversario, no incluyen dos catálogos diversos de derechos. Muchos de ellos, como ocurre con las referencias a la libertad de enseñanza y al derecho a la educación,

³⁶¹ A.E. PÉREZ LUÑO destaca, por una parte, su carácter de “respuesta al fenómeno de la llamada contaminación de las libertades” por las nuevas tecnologías; por otra, “la importancia que revisten las normas de procedimiento” a la hora de satisfacerlos, lo que explica los mecanismos de *babeas data*, que incluyen junto al control jurisdiccional la existencia de agencias especializadas (“Intimidad y protección de datos personales: del *babeas corpus* al *babeas data*”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, -ed. L.GARCÍA SAN MIGUEL-, Madrid, Tecnos, 1992, págs.37 y 43).

³⁶² Así J. MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, que alude a él como ejemplo de la apertura del catálogo de esta tercera generación, tras haberse referido con anterioridad a los derechos al medio ambiente, a la paz y al desarrollo (“Las generaciones de derechos humanos”, en *Constitución y derechos fundamentales*, -J. BETEGÓN, F. LAPORTA, J.R. DE PÁRAMO y L. PRIETO SANCHIS, coords.-, Madrid, Centro Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pág. 432).

remiten a un mismo derecho, que aparece tanto en el contenido del pacto de derechos civiles y políticos como en el pacto de derechos económicos, sociales y culturales. Queda pues claro que fue la disociación de la presunta comunidad internacional en bloques ideológicos, con su respectiva concepción de la justicia en la trastienda, la que justificó esa sincrónica duplicidad, y no una sustitutiva sucesión histórica de unos por otros. Asunto distinto es que haya habido interés político en formular una interpretación ideológica, problemáticamente ligada a los hechos, según la cual el socialismo democrático no sería sino la feliz realización práctica de un liberalismo hasta ahora lastrado por el juego de la propiedad privada³⁶⁵.

El juego de los derechos de la primera y la segunda generación implica en realidad un entrecruce de concepciones de la justicia que acabará viéndose resuelto por vía de ponderación, sea en sede legislativa o judicial. Vincular la novedosa tercera generación a las innovaciones tecnológicas lleva a una doble confusión. En primer lugar, porque las novedades son flor de un día, y bien pronto aparecerán como tópicos rutinarios; en segundo lugar, porque cualquier coyuntural novedad acabará regulada desde una concepción de la justicia, con predominio de la *libertad* o de la *igualdad*, que serán siempre los elementos llamados a verse *ajustados*³⁶⁴.

Las ya tópicas generaciones de derechos reflejan pues dos elementos inseparables de toda realidad jurídica: por una parte, su radical historicidad, no más presente en el influjo de las hoy nuevas tecnologías³⁶⁵ que en tantos otros elementos previos; por otra, su esencial dependencia de una concepción de la justicia, que en algunos ámbitos culturales, donde la libertad se ha visto particularmente satisfecha, deja adivinar luego un creciente protagonismo de la igualdad.

³⁶⁵ Cfr., por ejemplo, E. DIAZ, "El Estado de derecho y sus críticos izquierdistas", en *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas, 1978, pág.168.; o G. PECES-BARBA, *Curso de derechos fundamentales. I. Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, págs. 171-173.

³⁶⁴ Nos hemos ocupado de ello en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pág.142, o 121-122.

³⁶⁵ Resaltar, como hace P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, que la llamada autodeterminación informativa es "una respuesta ligada a exigencias concretas propias de la forma en que se desenvuelve la convivencia en nuestros días" no es, por mucha época que se le atribuya, sino hacer notar la historicidad del derecho. No es extraño que él mismo reconozca que también Warren y Brandeis, padres del diseño de la intimidad de primera generación, "estaban reaccionando contra las consecuencias negativas del progreso" (*El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 25, 34 y 103).

Dimensión hermenéutica de la naturaleza de las cosas

Esta ajetreada trayectoria invita a replantear los puntos de vista manejados doctrinalmente para explicar el dinamismo de los derechos.

Parece obvio que resulta poco viable intentar reconducirlo a los ya desfasados planteamientos del positivismo jurídico³⁶⁶, según el cual no hay más derechos que los llamados *derechos subjetivos*, fruto de una incondicionada creación del legislador y sin otra razón de permanencia que su propia voluntad. Por el contrario, este dinamismo histórico acaba aflorando en su mayor parte *praeter legem*, gracias a la interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia, y de modo muy especial por la del Tribunal Constitucional.

Cabría apuntar que, al fin y al cabo, la Constitución no es sino una norma jurídico-positiva más; de mayor rango pero no diversa naturaleza ni fundamento que cualquier ley ordinaria. Sin perjuicio de que la alegada fundamentación de las leyes en la Constitución esté en la práctica sujeta a curiosos tropismos retroactivos³⁶⁷, parece claro que la fundamentación de la *Constitución*, e incluso la delimitación de su contenido, en modo alguno cabe remitirla a una norma positiva previa. El fundamento de estas interpretaciones remite más bien a una *naturaleza* de las cosas que sirve de contexto al texto constitucional y lo dota de sentido. En ese proceso interpretativo va entrando en juego (y parece más deseable que ocurra de modo consciente y reflexivo...) una determinada concepción del hombre y de las relaciones con sus iguales dentro de la convivencia social; es decir, una determinada *concepción de lo justo*, frecuentemente alumbrada ante el caso concreto.

En todo caso, esa alusión a la *naturaleza* de las cosas no resulta identificable con un *derecho natural* entendido al margen de toda historicidad. No sólo porque ocasionalmente ella misma, como ocurría con el derecho a la intimidad en su versión clásica, remita a hegemónicos cánones o pautas sociales a la hora de delimitar sus exigencias,

³⁶⁶ 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), pág.508).

³⁶⁷ H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, México D.F., UNAM, 1979 (3.ª) -traducción de R.J. VERENGO-, págs. 279, 280 y 283. Lo traté ya en *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1996, págs. 132 y ss. Hay segunda edición de 2006.

sino porque todo su desarrollo interpretativo se lleva a cabo en un marco que rebosa historicidad. Se ha llegado incluso a sugerir que, mientras el Estado de Derecho liberal sería heredero del iusnaturalismo racionalista, el modelo constitucionalista sería el fruto dialéctico, más judicialista, de un esfuerzo por rectificar errores prácticos³⁶⁸.

La situación no es particularmente novedosa. Hace ya decenios que la puso de relieve el mismo autor alemán que había suscitado con anterioridad la necesidad de compaginar *derecho natural e historicidad*³⁶⁹, profundizando más en el intento de avanzar *entre iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*³⁷⁰.

Es en el marco de la hermenéutica existencial posheideggeriana, que encontró en Hans Georg Gadamer su principal valedor³⁷¹, donde la *interpretación de las normas* jurídicas deja de considerarse como una operación terapéutica destinada a solventar sus deficiencias patológicas, originarias o sobrevenidas. Por el contrario, las normas jurídicas existen (y cobran así *sentido*) gracias a su ineliminable dimensión hermenéutica. No muy distinta será 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*.

Toda la actividad jurídica se nos muestra como un enjuiciamiento intersubjetivo destinado a ajustar libertad e igualdad en las relaciones sociales. Los derechos no son sino ámbitos de una libertad ejercida reconociendo respetuosamente al otro como un igual. Los derechos participan por tanto de un dinamismo histórico que es inseparable de toda actividad jurídica. No es pues extraño que de la actitud defensiva ante una curiosidad agresiva se haya pasado a reconocer un activo poder de control, capaz de poner a salvo de desigualdades discrimina-

³⁶⁸ A.E. Pérez Luño, "Estado constitucional y derechos de la tercera generación", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997 (XIV), págs. 556-557.

³⁶⁹ A. KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit Tübingen*, Mohr, 1957; traducido al español por E. EIRANOVA ENCINAS, en *Derecho, moral e historicidad*, Madrid, Marcial Pons, 2000, págs. 15-44.

³⁷⁰ Tuve ocasión de traducirlo al español en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, 1977 (17), págs. 351-362. Cabe encontrarlo en A. KAUFMANN, *Beiträge zur juristischen Hermeneutik, sowie weitere rechtsphilosophische Abhandlungen*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1984, págs. 79-88; también en español, en A. KAUFMANN, *Hermenéutica y Derecho*, -A. OLLERO y J.A. SANTOS, eds.-, Granada, Comares, 2007, págs. 63-73.

³⁷¹ 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, págs. 21 y ss. así como 44 y ss.

torias en las relaciones sociales. Basta pensar en supuestos tan dispares como los que puedan derivar del manejo de datos relativos a la identidad genética del ciudadano³⁷², de los que puedan reflejar su solvencia económica³⁷³, o incluso el autorizado trasiego europeo de datos a disposición de organismos policiales de los diversos estados miembros de la Unión³⁷⁴.

En diálogo con mis alumnos suelo plantearles, por aquello de la ironía y la mayéutica, la aparentemente 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 cuáles son los derechos de unos y otros, para poder así reconocérselos³⁷⁵. Si nos preguntáramos, por el contrario, 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. Que podamos hallarla incoada —más o menos, y no siempre— en un texto legal no hace sino resaltar a la vez la dimensión hermenéutica del contenido de estos textos jurídicos positivados.

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.

²⁷² A. APARISI MIRALLES destaca cómo “entre las causas de discriminación tipificadas en el segundo inciso del artículo 14 de nuestra Carta Magna no aparece ninguna referencia a la salud”, mientras que los sondeos genéticos característicos de la medicina predictiva es de temer que se conviertan en fuente de ella, lo que justificaría la negativa del trabajador a someterse a ellos, e incluso plantear “la existencia de un derecho a no saber” (“Igualdad y discriminación genética”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1996 (XIII), págs. 314, 315 y 319).

²⁷³ Al respecto J.A. MARTÍN PALLÍN, “El error y la negligencia de los datos de carácter personal”, en *XII Encuentros sobre Informática y Derecho 1998-1999*, Madrid-Elcano. Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 1999, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, pág. 46.

²⁷⁴ Véase J.A. MARTÍN PALLÍN, “Utilización de los datos personales por los organismos encargados de la investigación criminal”, en *XIII Encuentros sobre Informática y Derecho 1999-2000*, Madrid-Elcano. Universidad Pontificia Comillas-Aranzadi, 2000, -M.A. DAVARA RODRÍGUEZ, coord.-, págs. 302-303.

²⁷⁵ De ello me he ocupado también en *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, págs.66-69.

Ni así, sin embargo, quedará resuelto el problema, ya que tal justicia objetiva no se nos ofrece acabadamente hecha, sino que sólo se definirán de modo completo sus perfiles como resultado de ese *hacer justicia* en que consiste toda actividad jurídica entendida como cauce racional de una auténtica filosofía práctica³⁷⁶. 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 esas raras ocasiones en las que asistimos al nacimiento de un nuevo derecho. Expresa —de modo, por cotidiano, 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 existencial³⁷⁷.

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

³⁷⁶ Me remito, una vez más, a *El derecho en teoría*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007; ahora págs. 256-258.

³⁷⁷ De ahí que, aunque no comparta con A.E. PÉREZ LUÑO una vinculación entre el modelo de Estado constitucional y los derechos de tercera generación, sí estaría de acuerdo en que “la nueva generación no es simplemente ‘otra’ que la anterior, sino que, en cierto modo, es también la anterior, porque necesariamente ha debido tenerla en cuenta para completar sus insuficiencias y corregir sus errores” (“Estado constitucional y derechos de la tercera generación”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1997 (XIV) págs. 564 y 565).

DISCURSO DE CONTESTACIÓN

POR EL

EXCMO. SR. D. MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA

ACADÉMICO DE NÚMERO

SESIÓN DEL DÍA 18 DE NOVIEMBRE DE 2008

MADRID

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS



Andrés Ollero nació en Sevilla, pero es un universitario granadino. En Granada, en nuestra Granada, ha vivido 34 años, como estudiante, como profesor de su Universidad y como representante granadino en el Congreso de los Diputados. Entre mis recuerdos destaca el día que en el Paraninfo de nuestra Universidad recibimos juntos una distinción de manos de Pilar del Castillo, ministra de Educación. Fue un día inolvidable, como lo es éste de hoy en que un universitario granadino es recibido, con grandes méritos, en esta Academia.

La presencia de la Universidad de Granada, extraordinaria presencia, en la vida española fue advertida en una Junta de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Madrid, ahora Complutense, cuando el Decano, profesor Manuel Torres López, nos hizo notar algo común a todos los que estábamos allí reunidos. Era el año 1954 y nos preguntó: “¿Os habéis dado cuenta de que todos somos de Granada?”. Efectivamente los catedráticos y los adjuntos en aquella Junta de Facultad de la Universidad de Madrid éramos todos de Granada.

Pero superemos la tristeza melancólica, vengamos la nostalgia por el recuerdo de un ayer más o menos lejano, e intentemos dar una contestación cordial al magnífico discurso de Andrés Ollero.

Una de las tesis del Discurso es que en las sociedades actuales, especialmente en las más avanzadas, se ha producido una metamorfosis en el derecho a la intimidad. Tal derecho fue concebido inicialmente como una garantía de soledad y asilamiento, y hoy consiste, prioritariamente, en el control que cada ciudadano puede ejercer sobre sus datos personales.

Esta tesis tiene amplio apoyo doctrinal y normativo. Al promediar los años 70 del pasado siglo, un nutrido grupo de juristas de distintas áreas culturales contribuyeron a la conformación teórica y a la explicación de esta metamorfosis en la concepción de la intimidad. Los nombres de Hixson, Miller y Westin en Norteamérica, de Denninger y Simitis en Alemania, Chouraqui y Vitalis en Francia, y de Frosini y Losano

en Italia, son representativos de esa actitud innovadora. En España, el profesor Pérez Luño publicó en 1976 el libro *Cibernética Informática y Derecho*. Su discurso de incorporación como Académico Correspondiente de esta Real Academia, leído en el año 1995, tuvo como título significativo *Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad*, donde insistía en esos nuevos rumbos caracterizadores del derecho a la intimidad en nuestro tiempo.

Parece ser tributo inevitable de los conceptos y categorías más recurrentes en la teoría jurídica adolecer de un déficit de precisión conceptual proporcionalmente inverso a su extensión de uso. Esa tendencia puede predicarse de la noción de intimidad, utilizada en la nuestra más que en cualquier otra época, pero con tal grado de indeterminación y equívocidad que dificultan precisar su sentido y su alcance jurídico. A ello se refería Vitalis al considerar a la intimidad como un concepto indescifrable¹, o Hixson, que achacaba a la asiduidad y amplitud de su empleo el que fuera imposible precisar su contenido². Esas ambigüedades significativas gravitan sobre la propia posibilidad y eficacia de los cauces jurídicos de protección de los bienes o valores que se pretende tutelar bajo ese incierto término de referencia. Lo acabamos de advertir en el discurso del Académico recipiendario.

La intimidad no tiene un solo perfil como los antiguos relieves de Egipto o Asiria; al abordar su análisis se suceden una serie de bifurcaciones o dilemas. El asunto preliminar y básico a que debe hacer frente cualquier consideración jurídica de la intimidad es, precisamente, el de si es posible un concepto jurídico de intimidad. El término intimidad ahonda su raíz etimológica en el vocablo latino *intimus*, que evoca la idea de lo más interno o recóndito. Intimidad será la interioridad de la persona, como disposición peculiar del ser humano a la introspección, a lo recóndito y secreto. No en vano el término germano *Geheim*, es decir, lo secreto o reservado, evoca etimológicamente aquello que se encierra en el hogar, y tiene su correlato en el adagio inglés: *My home is my Castle*. Desde esas premisas se desemboca inevitablemente en la identificación de la intimidad con la soledad y el aislamiento. En el célebre trabajo pionero *The Right to Privacy*, publicado el año 1890, en el que Samuel Warren y Louis Brandeis sientan las bases técnico-jurídicas de

¹ A. VITALIS, *Informatique, pouvoir et libertés*, Economica, París, 1981, p. 151.

² R.F. HIXSON, *Privacy in a Public Society*, Oxford University Press, New York & London, 1987.

la noción de *privacy*, la conciben como un derecho a la soledad, como la facultad “to be let alone”, como la garantía de los individuos frente a cualquier invasión del sagrado recinto de su vida privada y doméstica³. De modo análogo, en su excelente Ensayo sobre la vida privada, cuya primera edición data de 1935, Manuel García Morente no vacila en sostener que “La soledad es la forma más perfecta de la vida privada”⁴.

Desde ese ángulo, lo mismo para García Morente que para Ortega, la intimidad tiene como condición esencial el ensimismamiento: “el poder que el hombre tiene de retirarse virtual y provisionalmente del mundo y meterse dentro de sí”. Este concepto de intimidad, que corresponde a lo que en la terminología heideggeriana, popularizada en la filosofía del Derecho por Werner Maihofer, representa la esfera del *Selbstsein*, sitúa la definición de la intimidad en el plano de la autoconsciencia, la identidad y la propia personalidad del individuo⁵. La intimidad, en esta acepción, “requiere para ser vivida ese fondo de insobornable personalidad”.

Esa noción filosófica de intimidad ha sido progresivamente descartada en sus proyecciones jurídicas. En éstas no cabe operar con una noción de intimidad circunscrita a un *ius solitudinis*. La elaboración jurídica de la privacidad ha tendido a trasportarla desde la esfera de la soledad a la de las relaciones sociales. Un concepto de la intimidad que no trascendiera al ámbito de la alteridad y del *Mitsein*, es decir, a la esfera de la “convivencia”, carecería de relevancia jurídica. El profesor Ollero lo destaca en su discurso. El problema de la intimidad se plantea con respecto a las manifestaciones o incidencias exteriores *de* o *en* nuestra vida privada, cuyo ejercicio se halla garantizado jurídicamente. Eso muestra que el problema de la intimidad, como tal, o es un problema jurídico o no existe; se trata de un problema jurídico que, por supuesto, tiene una raíz filosófica, pero que en el momento en el que incide en relaciones con los demás, o sea, cuando empieza a ser problemático, se transforma en jurídico.

Estas circunstancias conducen a un insoslayable dilema conceptual: si se desea mantener fidelidad a la significación primigenia de la

³ S. D. WARREN Y L.D. BRANDEIS, “The right to privacy”, en *Harvard Law Review*, n.º 4, 1890-91, pp. 193 ss.

⁴ M. GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada (1935)*, se cita por la nueva edición de la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 49.

⁵ W. MAIHOFFER, *Rechtsstaat und menschliche Würde*, Klostermann, Francfort, 1968, pp. 10 ss.

intimidad, hay que radicarla en la esfera del “fuero interno”, de la soledad, el ensimismamiento y el autoconfinamiento personal, pero entonces ese concepto corre el riesgo de situarse en el plano de lo inefable y carece de cualquier operatividad jurídica; si, por el contrario, tomamos como punto de referencia sus implicaciones y proyecciones intersubjetivas en el ámbito del “fuero externo”, se cierne la amenaza de deformar la intimidad, de cosificarla, de diluirla en un conjunto de tópicos sociales y, en suma, de alienar la intimidad en su antónimo, es decir, en la “alteración”; o sea, en que deje de ser sí misma para verse traída, llevada y tiranizada “por *lo otro*”⁶.

Este dilema, en apariencia, irreductible puede hallar puntos de mediación. La tesis de la intimidad como aislamiento y ensimismamiento no es necesariamente incompatible con sus proyecciones sociales, si se la reputa como un primer momento de su proceso formativo. Ese *intus*, o fase solitaria e interna de la intimidad, se hallaría conformado por ideas que reclamarían su ulterior exteriorización en acciones. El ensimismamiento confinado en sí mismo sólo sería capaz de fabricar mundos interiores, fantasmagorías condenadas a degenerar en puro solipsismo. La dimensión interna y ensimismada de la intimidad, para realizarse plenamente, precisa extrovertirse; porque, por decirlo con palabras de García Morente, “la convivencia nos es indispensable... nuestra vida para vivir, necesita apoyarse en otras vidas”. Esa apertura a la convivencia se ejercita a través de las formas de comunicación y de lenguaje que se integran y socializan lo más íntimo de nuestro ser y, en ese sentido, concluye Ortega: “El ser más íntimo de cada hombre está ya informado, modelado por una determinada sociedad”. Entre otras cosas, porque la propia noción de intimidad es una categoría cultural, social e histórica. Esa dimensión abierta, social y dinámica de la intimidad se halla corroborada, en su proyección jurídica, desde premisas doctrinales, legislativas y jurisprudenciales. El Discurso al que estamos ahora contestando dedica especial atención a la configuración histórica de la intimidad.

En el ámbito *doctrinal*, se ha pasado de una concepción cerrada y estática de la intimidad a otra abierta y dinámica. El contenido de la primera, identificada con el *ius solitudinis*, podía ser perfectamente

⁶J. ORTEGA Y GASSET, *El hombre y la gente*, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol. 7. Madrid, 1983, p. 83. Sobre la concepción de la intimidad en García Morente y Ortega, son muy valiosas las apreciaciones de A.E. PÉREZ LUÑO.

explicado con las modalidades deónticas de Wesley Newcomb Hohfeld; es decir, como pretensión, libertad, poder e inmunidad a disponer de un ámbito de vida personal sustraído a cualquier tipo de intromisiones perturbadoras o, simplemente, no deseadas. Pero en la actualidad esa visión cerrada y defensiva de la intimidad ha sido sustituida por una concepción activa y dinámica en la que la intimidad se contempla como la posibilidad de conocer, acceder y controlar los datos que conciernen a cada persona.

En nuestra época, la doctrina ha trasladado el centro de gravedad o, si se quiere, la delimitación conceptual del derecho a la intimidad, desde la facultad al aislamiento, al poder de control sobre los datos e informaciones que son relevantes para cada sujeto. Un testimonio elocuente de estos nuevos perfiles de la intimidad se desprende del planteamiento de Adalbert Podlech. A su entender, la intimidad, más que un estado de auto confinamiento, supone una determinada calidad de la relación con los otros. Se trata, por tanto, de una condición o calidad social de la persona que es objeto de tutela constitucional en la medida en que ésta puede tener legítimo derecho a no revelar a los demás determinados aspectos de sus relaciones con otras personas, que el titular del derecho juzga deben permanecer en un plano reservado o privado. Precisamente, esa facultad de elección de la persona sobre la revelación o no de informaciones que directamente le conciernen constituye el núcleo de la *autodeterminación informativa (informatio-nelle Selbstbestimmung)* en cuanto aspecto básico de la intimidad.

Esas nuevas facetas de la intimidad propias de las sociedades avanzadas requieren nuevos instrumentos de tutela jurídica. La defensa de la intimidad respecto al tratamiento automatizado de datos personales se halla garantizada por un cauce procesal denominado *habeas data*. Al tradicional *habeas corpus* corresponde en las sociedades tecnológicas del presente el *habeas data*, que cumple una función paralela, en el seno de los derechos humanos de la tercera generación, a la que en los de la primera generación correspondió al *habeas corpus* respecto a la libertad física o de movimientos de la persona. No es difícil, en efecto, establecer un marcado paralelismo entre la “facultad de acceso” en que se traduce el *habeas data* y la acción exhibitoria del *habeas corpus*.

La legislación actual en materia de intimidad muestra una creciente inclinación hacia la componente externa y social de este derecho. Quizás la manifestación más rotunda de esta tendencia haya encon-

trado cauce expresivo en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen. Se afirma en dicha ley que la tutela civil de la intimidad “quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia” (art. 2.1). Esa apelación a los usos, quizás la más importante contenida en nuestro ordenamiento jurídico, denuncia la precipitación de los teóricos del Derecho que habían expedido acta de defunción respecto a la normatividad de los usos sociales. El legislador justifica la remisión a los usos como categoría delimitadora de la intimidad por considerar que ésta se halla determinada en forma decisiva “por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad” (exposición de motivos). La propia inclinación en el Derecho comparado desde la tutela jurídica de la intimidad a la de la privacidad, que pretende traducir a las culturas europeas la noción anglosajona de *privacy*, así como a las categorías de los denominados “datos personales” y “perfiles de la personalidad”, que se proyectan sobre un conjunto más amplio y global de relaciones intersubjetivas, reflejan esa tendencia paradójica hacia la “socialización de la intimidad”.

La propia concepción en el Derecho comparado de la tutela jurídica de la intimidad como protección de la privacidad —que traduce la noción anglosajona de *privacy*— y que tiene en cuenta las categorías de los denominados “datos personales” y “perfiles de la personalidad”, que se proyectan sobre un conjunto más amplio y global de relaciones intersubjetivas, refleja esa tendencia paradójica hacia la “socialización de la intimidad”.

También en el plano *jurisprudencial* se tiende hoy a abandonar definitivamente la denominada “teoría de las esferas” (*Sphärentheorie*), con la que la jurisprudencia constitucional de la República Federal de Alemania había establecido unos cauces para la tutela de la intimidad. En el discurso del profesor Ollero se analiza con gran agudeza la doctrina del Tribunal Constitucional español. Según la nueva orientación alemana, se puede establecer una protección gradual situando los comportamientos en sucesivas esferas a tenor de su referencia social (*Sozialbezug*). Se distinguen así: 1) una esfera íntima (*Intimsphäre*), que corresponde al ámbito más recóndito y secreto de la persona; 2) una esfera privada (*Privatsphäre*), que hace referencia a la dimensión de vida personal y familiar, y 3) una esfera individual (*Individualsphäre*), que afecta a cuanto define la peculiaridad o individualidad de una persona (nombre, ima-

gen...). A tenor de esta artificiosa distinción, el *Bundesverfassungsgericht* establecía una intensidad de tutela inversamente proporcional a la dimensión social de la conducta o actividad concernida.

Frente a esta construcción abstracta e irreal, se aboga ahora por un sistema de tutela de la intimidad basada no en la "intensidad social" de la conducta, puesto que todo comportamiento, para tener relevancia jurídica, debe poseer una dimensión social, sino en los valores e intereses, públicos y/o privados, que pueden contraponerse al deseo de la persona concernida de mantener sus datos en un plano de reserva. Esa nueva faceta de la intimidad ha hallado nítida expresión en la célebre sentencia de 15 de diciembre de 1983 del *Bundesverfassungsgericht* alemán sobre la Ley del censo de población (*Volkszählungsgesetz*), en la que la jurisprudencia germana concibe la intimidad como "autodeterminación informativa" (*informationelle Selbstbestimmung*), es decir, como la libertad del ciudadano para determinar quién, qué y con qué ocasión (*wer, was, wann, bei welchen Gelegenheit*) puede conocer y/o utilizar datos que le afectan.

En suma, se trata de insistir, como corolario de lo hasta aquí apuntado, que en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho (*status* negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, pues ha evolucionado hacia un derecho activo de control (*status* positivo) sobre el flujo de datos e informaciones que conciernen a cada ciudadano. La metamorfosis del concepto de intimidad desde la esfera intrasubjetiva del ensimismamiento a la intersubjetiva del control de datos personales no ha significado la pérdida de su función tutelar de los valores de la personalidad. El derecho a la intimidad trata siempre de defender facultades de autodeterminación del sujeto, pero no de un sujeto aislado, irreal y abstracto, producto de una antropología individualista, sino del ciudadano concreto que ejerce su intimidad en el seno de sus relaciones con los demás ciudadanos y con el poder público.

El intento de explicar las mutaciones operadas en el significado de la intimidad en las últimas décadas se apoya en el efecto transformador que las nuevas tecnologías han determinado en todos los aspectos de la vida actual. La revolución tecnológica ha redimensionado las relaciones del hombre con los demás hombres, las relaciones entre el hombre y la naturaleza, así como las relaciones del ser humano para consigo mismo. Estas mutaciones no han dejado de incidir directamente en la esfera de la intimidad.

1) En el *plano de las relaciones interhumanas*, la potencialidad de las modernas tecnologías de la información ha permitido, por vez primera, establecer unas comunicaciones a escala planetaria. Hoy el contexto en el que se ejercitan los derechos humanos es el de una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta el punto de que, para designar el marco de nuestra convivencia, se alude reiteradamente a expresiones tales como la “sociedad de la información” o la “sociedad informatizada”.

El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, educativos y médicos, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas con tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. La vida individual y la social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que se ha calificado, con razón, de “juicio universal permanente”. Ya que, en efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada, aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidad.

2) En el curso de estos últimos años pocas cuestiones han suscitado tan amplia y heterogénea inquietud como la que se refiere a las relaciones del *hombre con su medio ambiente*, en el que se halla inmerso, que condiciona su existencia y por el que, incluso, puede llegar a ser destruido. La plurisecular tensión entre naturaleza y sociedad corre hoy el riesgo de resolverse en términos de abierta contradicción, cuando las nuevas tecnologías conciben el dominio y la explotación sin límites de la naturaleza como la empresa más significativa del desarrollo. Los resultados de tal planteamiento constituyen ahora motivo de preocupación cotidiana. El expolio acelerado de las fuentes de energía, así como la contaminación y degradación del medio ambiente, han tenido su puntual repercusión en el hábitat humano y en el propio equilibrio psicosomático de los individuos. Estas circunstancias han hecho surgir, en los ambientes más sensibilizados por esta problemática, el temor de que la humanidad pueda estar abocada hacia una pérdida progresiva de la calidad de vida. En la medida en que uno de los aspectos de la calidad de vida consiste en la tutela de la vida privada, esas agresiones tecnológicas al medio ambiente representan también un condicionamiento del derecho a la intimidad.

3) De igual modo, las nuevas tecnologías han contribuido decisivamente, a posibilitar un *conocimiento más radical del propio ser humano*. Durante milenios, el hombre ha sido un desconocido para sí mismo. Desde la perspectiva de los avances científicos y tecnológicos de nuestro tiempo, no pueden dejar de considerarse como meras elucubraciones ingenuas e insuficientes las teorías y conjeturas rudimentarias que, desde la medicina, la biología, la psicología y la filosofía, se venían haciendo sobre el significado y la estructura de la naturaleza humana.

En los últimos años, los avances de la *ingeniería genética* y la *biotecnología* han permitido trasladar, desde la incertidumbre y la penumbra de las elucubraciones a la seguridad de los datos científicos, el conocimiento de la vida humana. Los estudios sobre el genoma humano y la consiguiente revelación del mapa genético de nuestra especie constituyen un nuevo marco de referencia para el estudio y la propia tutela de los derechos humanos.

Estos progresos no se hallan exentos de riesgos. La etapa actual de desarrollo biotecnológico, junto a avances y desarrollos indiscutibles, ha generado nuevos fenómenos de agresión a los derechos y libertades. En esas coordenadas, se ha generado un movimiento de la doctrina jurídica y de la jurisprudencia de los países con mayor grado de desarrollo tecnológico tendente al reconocimiento del derecho a la *libertad informática* y a la facultad de autodeterminación en la esfera informativa. En el discurso del académico recipiendario se considera esta importante cuestión. Este nuevo derecho tendería a la tutela de la intimidad de los datos sanitarios procesados a través de las nuevas tecnologías, o también de aquellos que tienen su origen en ámbitos de experimentación biotecnológicos. Surge así la demanda de un *habeas data* sanitario, tendente a la defensa de la intimidad médica de los ciudadanos.

En definitiva, en la sociedad donde habitamos la información es poder, y ese poder se hace decisivo cuando, en virtud de la informática, convierte informaciones parciales y dispersas en informaciones en masa y organizadas. Por eso, la reglamentación jurídica de la informática reviste un interés prioritario, de modo especial, en lo que afecta a los datos personales. Es evidente, por tanto, que para la opinión pública y el pensamiento filosófico, jurídico y político de nuestro tiempo constituye un problema esencial el establecimiento de unas garantías que tutelen a los ciudadanos frente a la eventual erosión y asalto tecnológico de su intimidad, así como del resto de sus derechos y libertades.

En la situación tecnológica propia de la sociedad contemporánea, que ha iniciado el tercer milenio, todos los ciudadanos, desde su nacimiento, se hallan expuestos a violaciones de su intimidad perpetradas por determinados abusos de la informática y la telemática. La injerencia del ordenador en las diversas esferas y en el tejido de relaciones que conforman la vida cotidiana se hace cada vez más extendida, más difusa, más implacable.

La consecuencia de mayor calado teórico y práctico que puede desprenderse de la inclinación de la intimidad hacia la tutela de los datos personales, frente a las agresiones de los abusos tecnológicos, reside en la posibilidad de génesis de un nuevo derecho fundamental. En el discurso del profesor Ollero se menciona “el bautizo de un nuevo derecho”.

Uno de los aspectos más relevantes que definen la trayectoria presente del Derecho público y de la teoría de los derechos fundamentales consiste en el abandono de la concepción estática y cerrada del Estado de Derecho y de las libertades en favor de una visión abierta, dinámica y generacional de tales categorías. Se indica, desde estas nuevas perspectivas metodológicas, que es necesario distinguir tres generaciones en la evolución del Estado de Derecho, a las que corresponden tres correlativas generaciones de derechos fundamentales.

El Estado liberal, que representa la primera generación o fase del Estado de Derecho, es el marco en el que se afirman los derechos fundamentales de la primera generación, es decir, las libertades de signo individual. El Estado social, que encarna la segunda generación o modelo del Estado de Derecho, será el ámbito jurídico-político en el que se postulen los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado constitucional, en cuanto Estado de Derecho de la tercera generación, delimitará el medio espacial y temporal de paulatino reconocimiento de los derechos de la tercera generación.

La estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos, al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, al desarrollo, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o la libertad informática, o el derecho a la protección de datos personales. Desde esas premisas, se abre paso, con intensidad creciente, la convicción de que nos hallamos ante una *tercera generación* de derechos humanos que complementa las fases anteriores, referidas a las libertades de signo individual y a los derechos económicos, sociales y culturales. De este modo, los derechos y

libertades de la tercera generación se presentan como una respuesta al fenómeno de la denominada “contaminación de las libertades” (*liberties’ pollution*), término con el que algunos sectores de la teoría social anglosajona aluden a la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías.

Cabría reputar esos cambios generacionales de los derechos humanos como cambios de paradigmas. Esa posibilidad incita a establecer una conexión entre las libertades de la tercera generación y los derechos y libertades propios del modelo “Estado constitucional”, caracterizado por el desplazamiento del “imperio de la Ley” por el “imperio de la Constitución”, es decir, el protagonismo creciente de la dimensión normativa de la Constitución como parámetro y referencia básica del entero orden jurídico⁷.

Es notorio el interés y la atención prestados por el Tribunal Constitucional español a cuanto atañe a la tutela de la libertad informática y a la consiguiente elaboración y reconocimiento de un derecho a la protección de datos personales; entre otras, la STC 290/2000. En el voto particular a esta sentencia tuve ocasión de recabar la necesidad de una elaboración por parte de la justicia constitucional de ese derecho, que no ha sido reconocido, expresamente, en la Constitución Española (CE). Legítima esta tesis la exigencia de no dejar indefensos los nuevos intereses o necesidades básicas no proclamados formalmente en los textos constitucionales. Uno de esos nuevos derechos es, sin duda, la libertad informática o derecho a la protección de datos personales. Recordé, en ese voto particular, las normas constitucionales que, como la norteamericana, y en época más reciente la argentina o la portuguesa, prevén una cláusula abierta al proclamar sus catálogos de derechos fundamentales, frente al modelo de cláusula cerrada, que es el más frecuente en el Derecho constitucional comparado y al que responde nuestra Ley de leyes. En los modelos de cláusula cerrada, o *numerus clausus*, incumbe a la jurisprudencia constitucional llenar ese vacío. En aras de ello, propugnaba la elaboración por parte del Tribunal Constitucional del derecho a la libertad informática, a partir del valor

⁷ Vid., sobre todo ello, el volumen colectivo *Los nuevos derechos fundamentales*, Seminario conmemorativo del XXV Aniversario del Tribunal Constitucional (Baeza, 13 y 14 de octubre de 2005), Academia de Ciencias Sociales y del Medio Ambiente de Andalucía, Sevilla, 2007, que contiene, entre otras las colaboraciones de los profesores: J.A. CARRILLO, F. DE CARRERAS, M. JIMÉNEZ DE PARGA, G. JIMÉNEZ SÁNCHEZ y A.E. PÉREZ LUÑO.

de la dignidad humana reconocido en el art. 10.1 CE, del propio art. 18.4 CE, así como de otros valores, principios y derechos fundamentales y de los tratados internacionales sobre la materia.

Este planteamiento corrobora una concepción generacional de los derechos humanos, en cuyo seno la libertad informática o protección de datos personales, representa una de las categorías conformadoras de los “derechos de la tercera generación”. Una concepción generacional de los derechos implica reconocer que el catálogo de las libertades nunca será una obra cerrada y acabada. Una sociedad libre y democrática deberá mostrarse siempre sensible y abierta a la aparición de nuevas necesidades, que fundamenten nuevos derechos. Mientras esos derechos no hayan sido reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y/o internacional, actuarán como categorías reivindicativas, prenormativas y axiológicas. Pero los derechos humanos no son meros postulados del “deber ser”. Junto a su irrenunciable dimensión utópica, que constituye uno de los polos de su significado, entrañan un proyecto real y concreto que tiende a plasmarse en formas históricas de libertad, es decir, en la categoría jurídico positiva de los derechos fundamentales, lo que conforma el otro polo de su concepto. Faltos de su dimensión utópica los derechos humanos perderían su función legitimadora del Derecho; pero fuera de la experiencia y de la historia perderían sus propios rasgos de humanidad.

Por último, unas reflexiones sobre la tutela de la privacidad en la sociedad de la publicidad.

Recientemente, Owen Fiss ha titulado uno de los capítulos de su sugerente ensayo *La ironía de la libertad de expresión* con un título deliberadamente paradójico y provocativo: “La expresión y su efecto silenciador”⁸. En sentido análogo, se puede aludir a “la privacidad y su efecto publicitario” para dar cuenta del fenómeno actual de un interés exacerbado por sacar a la luz pública los aspectos básicos de la privacidad. “La estructura cambiante de la publicidad” (*Strukturwandel der Öffentlichkeit*), por decirlo con la expresión que titula la célebre tesis doctoral de Jürgen Habermas⁹, ha determinado que ahora el ámbito privado, precisamente por serlo, sea el principal estímulo y acicate de

⁸ O. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, traducción castellana, de V. FERRERES y J. MALEM, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 15.

⁹ J. HABERMAS, *Historia y crítica de la opinión pública*, traducción castellana, de A. DOMÉNECH, Gustavo Gili, Barcelona, 1982.

la actividad publicitaria. Se ha producido en nuestros días una progresiva invasión de la privacidad por la publicidad, como rasgo distintivo del presente. Uno de los aspectos más peculiares de esa tendencia consiste en que hoy son los espacios más sensibles y reservados de la privacidad los que provocan el obsesivo, morboso y oscuro objeto del deseo de indiscreción por parte de los mecanismos publicitarios.

En los países de nuestro entorno cultural, y por supuesto en el nuestro, los programas de televisión y de radio inspirados por el ingenio y la imaginación se ven relegados a audiencias minoritarias, mientras que son millones quienes se recrean en los espacios-vertedero de lo soez y lo indiscreto. Parece que asistiéramos a la venganza de los instintos más primarios, que, como fieras comprimidas en sus jaulones, se jactan ahora en mostrar toda su barbarie, una vez derribadas las pautas cívicas y culturales que los sujetaban.

Si todo ello revela una profunda crisis de los ideales estéticos, su impacto no entraña menor relevancia como síntoma de asedio a los valores éticos y jurídicos, en especial al derecho a la intimidad. El efecto publicitario de la privacidad es consecuencia, en sus aspectos más decisivos, de la fascinación que ejerce sobre las masas el conocimiento de la privacidad ajena. La paradójica ambivalencia que gravita hoy sobre las relaciones privacidad/publicidad se manifiesta en la circunstancia contradictoria de ciudadanos celosos de su intimidad, pero proclives a perforar la de los demás. Es también un signo del tiempo presente el fenómeno de muchedumbres aquejadas de un síndrome de "miedo a la intimidad", paralelo a ese "miedo a la libertad", según el célebre diagnóstico de Erich Fromm¹⁰, sobre la sociedad contemporánea. Se trata de esos miles de ciudadanos que sufren un frío de desolación cuando se enfrentan con los estratos más íntimos de su personalidad, y perciben, con nitidez rotunda, el vacío y la inanidad que les constituye.

Como casi todas las categorías y los conceptos jurídicos, la intimidad se debate en el seno de insoslayables apremios morales y políticos. Unos y otros conforman los eslabones de la cadena temática y problemática en la que hoy se desarrolla la intimidad.

El libro de Richard Hixson *Privacy in a Public Society* posee la virtualidad de haber expresado, desde su propio título, la paradójica ambivalencia en la que hoy se debate el derecho a la intimidad: la ava-

¹⁰ E. FROMM, *El miedo a la libertad*, traducción castellana, y presentación de G. GENANI, Paidós, Buenos Aires, 1968.

salladora invasión por lo público de todas las esferas de la vida humana y, como contrapunto, la exigencia apremiante de preservar determinados espacios para la supervivencia de los privados.

Desde determinados enfoques doctrinales se alude a ese radical conflicto entre privacidad y publicidad, para cuya solución no existen reglas fijas predeterminadas e inmutables, lo que obliga a buscar, para cada caso, la solución más plausible. En muchas ocasiones, ello conduce a graves dilemas y a soluciones insatisfactorias en el plano jurídico o moral.

Uno de los rasgos más característicos de nuestra época es, sin resquicio a dudas, el de la progresiva publicación de la vida. Las sociedades actuales cada vez dejan menos resquicios para la existencia privada, solitaria, sustraída a la injerencia o a la indiscreción del público. Los signos del tiempo presente parecen abocados a lo estentóreo y lo multitudinario, a diferencia del silencio y la soledad que, en épocas anteriores, se consideraban aspectos cualitativos de la vida. En estas condiciones, el reducto de lo privado se hace paulatinamente vulnerable y se ve obligado a replégarse y a hacerse exiguo ante la invasión de lo público.

En las sociedades avanzadas del presente es fácil advertir un flujo de vida “hacia afuera”, que absorbe casi por completo todos los aspectos de la existencia humana, y el reflujo, protagonizado por los ciudadanos más sensibles a la defensa de su dignidad y libertad, tendente a una vida “hacia a dentro”. Estos ciudadanos y organizaciones cívicas pugnan por responder a ese asedio de lo público a la privacidad. Combaten la “estandarización” de las formas de vida, el fomento de personalidades porosas, cuyas ideas, preferencias y actitudes dejan de ser autónomas y se tornan pautas fungibles e intercambiables. Tratan, en suma, de evitar que las personalidades privadas terminen por disolverse en la categoría colectiva y anónima de lo público. Esos movimientos cívicos propugnan denunciar y oponerse a los procesos de expropiación y colonización del ámbito privado por el público. Se oponen a la cesión inmotivada e irrestricta de sus datos personales, al tiempo que reivindican esferas privadas en las que poder desarrollar libre y plenamente su personalidad.

Quizás el aspecto más paradójico de la situación presente sea el que dimana de la necesidad de garantizar el ámbito privado a través de la acción del poder público. Erhard Denninger y Owen Fiss han aludido al cambio de rumbo al que hoy se asiste en la protección de los derechos fundamentales. En el pasado, se consideraba que el Estado

era la mayor amenaza real y potencial de las libertades, el trasgresor más peligroso que se cernía sobre el ejercicio de los derechos. En la actualidad, para la defensa de casi todas las libertades se hace necesario contar con la tutela de los poderes públicos. Esa exigencia de intervención pública plantea, por tanto, esa paradoja fundamental lúcida-mente expresada por Denninger: “El mismo poder estatal para cuyo límite surgen los derechos fundamentales es, a la postre, el único que puede proteger eficazmente tales derechos”¹¹. La misma idea ha sido reiterada por Fiss con estas palabras: “La presunción tradicional en contra del Estado induce a error, y el Estado puede convertirse en un amigo de la libertad, en lugar de su enemigo”¹².

Constituiría un error, por contravenir la realidad de las cosas, interpretar estas certeras advertencias en el sentido de que, en el tiempo presente, ha cesado del todo el riesgo de violación estatal de los derechos. Más acorde con los signos de la situación actual es admitir que al poder público le han surgido peligrosos competidores en la limitación de las libertades, especialmente del derecho a la vida privada. Hoy son los poderes públicos de las sociedades democráticas los aliados necesarios de los ciudadanos en el esfuerzo por poner coto a intromisiones abusivas de poderes privados en el ámbito de la intimidad individual. En nuestra época, los todopoderosos medios de comunicación se creen con derecho a invadir nuestra privacidad, para juzgarla y sentenciarla, en régimen de absoluta impunidad. Los grandes poderes económicos, las macrocorporaciones y las multinacionales han creado un mercado de la privacidad en el que se compran y se venden datos personales que afectan a millones de ciudadanos a escala planetaria. En estas condiciones, la lucha de los ciudadanos por defender o rescatar su privacidad, si no cuenta con el apoyo de organismos públicos nacionales e internacionales, está abocada a sucumbir en el empeño.

* * *

¹¹ E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Beltz Athenäum, Weinheim, 1994, p. 11.

¹² O. FISS, *La ironía de la libertad de expresión*, cit., p.12.

Hasta aquí las consideraciones que me ha ocasionado la lectura del buen discurso de Andrés Ollero. La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas recibe hoy al que, sin duda, será uno de sus miembros más destacados. La valiosa tarea realizada como profesor de Filosofía del Derecho nos permite hacer este pronóstico.

Como recordé antes, Andrés Ollero Tassara nace en Sevilla el 15 de mayo de 1944. Tras realizar los estudios de Bachillerato en el Colegio de Portaceli (PP Jesuitas), comienza a los dieciséis años en la Universidad de Sevilla los de Derecho, que finalizará en la de Murcia con Premio Extraordinario de Licenciatura, poco después de cumplir los veintinueve.

En 1965 realiza, con una beca de la Fundación Oriol-Urquijo, los cursos monográficos del doctorado en la Universidad de Granada, en la que transcurrirá durante treinta y cuatro años su actividad docente e investigadora.

En 1968 recibe en *Radolfzell am Bodensee* (Alemania), como becario del *Deutscher Akademischer Austauschdienst* un curso de lengua alemana en el *Goethe Institut*, que completa el recibido el año anterior en la sede de la misma institución en Iserlohn.

El 5 de julio de 1969 defiende en la Facultad de Derecho granadina su tesis doctoral, sobre “Juan Manuel Ortí y Lara (1826-1904). Tradición y secularización en el siglo XIX español”, que obtiene la calificación de sobresaliente cum laude por unanimidad. Dicho trabajo merecerá así mismo el Premio Antonio de Lebrija del Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

A finales del mismo año 1969 se convierte, tras concurso público, en Profesor Adjunto por un período de cuatro años, con posible prórroga por otros cuatro años, que no llega a solicitar, al integrarse en marzo de 1973 en el recién creado Cuerpo de Profesores Adjuntos de Universidad, siendo de los más jóvenes de tan veterana hornada.

Ya en 1971 una beca de la Fundación Juan March le había permitido ampliar estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, junto a su Decano el Profesor Arthur Kaufmann. Entre las publicaciones que derivan de este año de trabajo figura el libro *Rechtswissenschaft und Philosophie. Grundlagendiskussion in Deutschland*, incluido en la colección de monografías de dicha Facultad, gracias a una ayuda de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft*.

En 1973 realiza, con una beca del *Istituto Italiano di Cultura*, una estancia de dos meses en la Universidad de Roma (“La Sapienza”), junto al profesor Sergio Cotta.

En 1982 se presenta por vez primera, junto a otros once candidatos, a un concurso-oposición, tras el que será propuesto con el número uno para ocupar una plaza de Profesor Agregado de Universidad.

En 1983 es nombrado, tras concurso de acceso, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cádiz, aunque la entrada en vigor de la Ley de Reforma Universitaria antes de que transcurra el plazo de toma de posesión, le permite hacerlo de plaza similar en la Universidad de Granada.

En 1999 obtiene por concurso de méritos la cátedra de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, de la que sigue siendo titular.

Su labor investigadora ha sido sometida a reiterada evaluación por la Comisión Nacional Evaluadora de la Actividad Investigadora, que ha tenido ya ocasión de examinar los seis sexenios comprendidos entre 1966 y 2001, calificando positivamente todos ellos.

Miembro del Consejo de Redacción de la revista "Anales de la Cátedra Francisco Suárez" Granada (España), desde 1966 a 1999, y de otras muchas publicaciones científicas, nacionales y extranjeras.

Académico de número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (1996). Ha recibido la Gran Cruz de la Orden de Alfonso X el Sabio (2000) y la Cruz de Honor de la Orden de San Raimundo de Peñafort (1998). Es miembro de la *Internationale Vereinnigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR), de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Social, así como de la Asociación Española para el Estudio del Derecho Europeo.

A lo largo de estos años participa activamente en los órganos de gobierno universitario, siendo por elección de sus compañeros miembro del Claustro universitario y de la Junta de Gobierno de la Universidad de Granada, experiencia que deja huella en diversas publicaciones.

Ha publicado veintinueve libros, dieciocho de ellos en español. Aparte del editado en Alemania, han visto la luz otros en Francia, Italia y México.

En ellos muestra su preocupación por el pensamiento contemporáneo, tanto en el ámbito filosófico (*Dialéctica y praxis en Merleau-Ponty*) como en el de la teoría y la sociología jurídicas (*Derecho y sociedad. Dos reflexiones sobre la filosofía jurídica alemana actual*).

Sus noventa y tres trabajos de investigación se han ido plasmando en más de un centenar de publicaciones científicas.

Colaborador habitual de varios diarios y revistas nacionales. Diputado al Congreso por Granada desde la III a la VII Legislatura, lo que no

le impidió mantener su actividad universitaria, tanto docente (impartió todos los años Cursos del doctorado) como investigadora. En cuatro de esas Legislaturas fue miembro de la Comisión de Educación del Congreso de los Diputados, en tres de ellas como portavoz de su Grupo Parlamentario; en las dos últimas fue portavoz en la Comisión de Justicia, también estrechamente relacionada con su dedicación académica. Abandonó por propia voluntad su escaño el 1 de octubre de 2003 para dedicarse en exclusiva a la Universidad. Es, a propuesta del Congreso de los Diputados, miembro de la Junta Electoral Central durante la VIII Legislatura.

Bienvenido sea a nuestra Real Academia.

ANDRÉS OLLERO TASSARA

ANDRÉS OLLERO TASSARA