UCA
Pontificia Universidad Católica Argentina
Biblioteca digital
de la Universidad Catolica Argentina

Aparicio Aldana, Rebeca Karina

La interpretación jurídica del derecho a la intimidad en Andrés Ollero

IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural, 2013
Facultad de Derecho - UCA

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.
La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Aparicio Aldana, R. K. (2013, octubre). La interpretación jurídica del derecho a la intimidad en Andrés Ollero [en línea]. Presentado en *Novenas Jornadas Internacionales de Derecho Natural : Derecho natural, hermenéutica jurídica y el papel del juez*, Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Argentina. Disponible en: http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/interpretacion-juridica-derecho-intimidad.pdf [Fecha de consulta: ….]

LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN ANDRÉS OLLERO

Resumen

Andrés Ollero, actualmente miembro del Tribunal Constitucional Español y Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid - España, es uno de los principales exponentes de la Filosofía del Derecho actual. Uno de los temas que ha destacado, en el transcurso de su vida universitaria, es la interpretación jurídica y constitucional de los derechos fundamentales deteniéndose, en más de una ocasión, a estudiar y a delimitar el contenido del derecho a la intimidad.

La presente comunicación tiene la intención de presentar algunas pinceladas de los principales aportes que nos brinda Andrés Ollero sobre la delimitación y alcance del derecho a la intimidad desde una interpretación armoniosa y no conflictivista con el resto de derechos fundamentales que se aparta del relativismo y del consensualismo y que se fundamenta en el respeto de la dignidad humana como realidad objetiva racionalmente cognoscible.

Rebeca Karina Aparicio Aldana
Profesora del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo

Palabras Clave

Derechos fundamentales, consenso, ajustamiento o delimitación de los derechos fundamentales, derecho a la intimidad.

1. Sobre su concepto de derecho

OLLERO es un ferviente crítico de la teoría positivista que pretende negar toda metafísica y que entiende al derecho como una «cosa» físicamente puesta por un factor secularizador que determinan la jerarquía de los valores u opciones morales contenidos en la norma como fruto de una soberanía política. Rechaza el planteamiento de una «*moral legalizada*» que coloca a la norma jurídica en situación de ser directamente aplicados unos valores determinados; concibiendo a toda ética o moral en un ámbito metajurídico que se empeña por decantar el derecho definiéndolo como aquello que «*positivamente*» es respecto al que éticamente «*debería*» ser, marcando la norma jurídica la frontera entre el ser y el deber ser[1].

Para OLLERO, por el contrario, existe un fundamento intuitivamente captable, que permite privilegiar determinadas exigencias éticas hasta hacerlas merecedoras de relevancia jurídica como la dignidad humana e, incluso, el consenso como condición inexcusable para que cualquier otra, a determinar con mayor concreción, pueda aspirar a una garantía jurídica[2].

En tanto el derecho aspira a convertirse en un ámbito posibilitador de una convivencia digna del hombre[3], todo lo jurídico resulta obligadamente comunicativo por partida doble. No sólo por aspirar a una fundamentación racional, sino también porque su operatividad práctica pretende excluir toda justicia privada; recurriendo para ello a una dimensión heterónoma[4] que convierte al derecho en juicio de valor; una actividad humana que inevitablemente se refiere a valores (más o menos superiores) a cuya luz ajustar las relaciones[5].

Por ello, OLLERO también rechaza cualquier planteamiento individualista o neo individualista de los derechos humanos en tanto que aspiran a programar técnicamente una coincidencia, sin necesidad de garantizar convivencia alguna. Para este autor resulta inconcebible que los derechos se conciban como verdades residuales: cuotas de arbitrariedad a disfrutar fuera del campo expropiado por las leyes[6], dado que desde esta perspectiva sólo el pacto aparece como obligada condición de pacífica coincidencia[7].

2. Ajustamiento de las relaciones humanas como oficio de la ciencia del derecho

Si el derecho es ante todo un juicio de valor, el problema subsiguiente, del que se percata OLLERO, es cómo logar un ajustamiento de esas relaciones.

Si el derecho implica convivencia será necesario que se produzca un entrecruce de libertades dispuesta a ajustarse con arreglo a su dignidad pues sólo cuando se reconoce

---

[1] OLLERO, «La Constitución: entre el normativismo y la axiología» .En AA.VV. *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución,* Vol. I, DGSJE, 1998, pp. 333-334.
[2] OLLERO, «Consenso y disenso en la fundamentación de los derechos humanos», *ACFS*, Nº 28, 1988, p. 210.
[3] *Ibidem*, p. 212.
[4] *Ibidem*, p. 211.
[5] *Cit.*, OLLERO, «La Constitución: …, p. 335.
[6] HOBBES afirma que «hay mucha diferencia entre la ley y el derecho; la ley es un vínculo, el derecho una libertad y difieren como contrarios». HOBBES, *De cive,* Tomo XIV, 3.
[7] *Cit.* OLLERO , «Consenso …, p. 212.

la necesidad de mesurar ajustadamente la propia libertad entramos al ámbito de lo jurídico[8].

Para realizar esta labor será necesario atender a los puntos de referencia o de encuentro que se desprenden de cada relación jurídica - pues si únicamente nos centramos en las diferencias o negamos los puntos de convergencia, negamos la existencia misma de la relación y con ello la natural coexistencia de unos seres humanos con otros – y la simetría en el trato que corresponde al reconocimiento de la igual dignidad entre las personas.

Así, el ajustamiento o delimitación jurídica, que debe realizar el juez en cada caso concreto, se produce a través de una cadena de juicios de valor que deberá tener en cuenta, en todo momento, las condiciones convivenciales[9] en las que se desarrolla cada derecho, buscando luego fundamento en el marco consensual del ordenamiento para no romper la relación de simetría[10].

Obviamente, la dimensión subjetiva que todo juicio de valor supone un riesgo de desajustamiento[11], en razón de la existencia de los diversos y distintos intereses de los sujetos que conforman la relación.

Para OLLERO este desajuste puede ser paleado. Para ello es necesaria una doble cautela. Por una parte transparentar al máximo la fundamentación del juicio de valor: los principios en que se apoya, de tal forma que la actividad jurídica, que es siempre práctica, debe ser también filosófica: buscadora de una solución con fundamento[12]. Por otra contar con esquemas de referencia que condicionen la formulación de los juicios, que permitan prever su alcance y abran causes a su revisión posterior[13]. De tal forma que la interpretación de una ley supone discernir y criticar en qué medida encajan en su texto los juicios de valor – en diálogo con la realidad a la que pretendemos aplicarla - proponiendo una solución ajustada[14]. La solución ajustada de un caso concreto, obligará al juez a formular juicios de valor, contrastándolos con el texto normativo. Sólo así podrá ajustar las relaciones implicadas, estableciendo a la vez autorizadamente el sentido auténtico del texto normativo[15].

Ahora, cabe preguntarse cuál es el fundamento de los valores sobre los cuales se realizaría el juicio. Para OLLERO sólo caben dos modelos básicos. El «Modelo A» entiende que los valores tienen un fundamento real: que existe una realidad valiosa en sí misma, de la que derivan unas exigencias para la actividad humana, capaz de dictaminar que es más o menos correcta o justa y que cabe un conocimiento racional de dicha realidad, es decir de los fundamentos de un sistema ético jurídico y de cada uno de sus

---

[8] *Ibidem*, p. 214.
[9] Sobre la importancia de la convivencia o coexistencia humana en las relaciones jurídicas: *Vid.* COTTA, «La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho», *Persona y Derecho,* N° 9, 1982, pp. 13-18.
[10] *Cit.* OLLERO , «Consenso …, pp. 214-215.
[11] Esta afirmación sobre el posible «desajuste» sirve para desarrollos científicos doctrinarios posteriores, por ejemplo: *Vid.* DE DOMINGO, *¿Conflicto entre derechos fundamentales?,* CEPC, 2001, p. 356.
[12] *Cit.* OLLERO , «Consenso …, p. 216.
[13] *Cit.* OLLERO, «La Constitución: …, p. 335
[14] *Ibidem*, p. 338.
[15] *Ibidem*.

desarrollos particulares[16]. El «Modelo B» rechaza la existencia de realidad alguna valiosa. El valor no es una característica real, que quepa conocer racionalmente, sino que expresa simplemente una opción de la voluntad , de tal forma, que atribuir a algo determinado valor no es describir sus propiedades (bello o justo), sino más bien describir cuál es nuestra actitud al respecto (me gusta, lo quiero)[17].

El modelo A, señala OLLERO, puede conducir, reconociendo la existencia de una realidad de la que obtener directrices éticas, a resaltar el carácter problemático y el dinamismo histórico de las implicaciones prácticas, rechazando la idea de que estas directrices éticas hagan posible obtener de modo científico (racionalista o empirista) las conclusiones precisas a los casos concretos. Así se abandona el campo de la certeza teórica aplicables a la práctica para adentrarse a un ámbito más cercano a la experiencia cotidiana del derecho y a la teoría de la prudencia[18], de tal forma que, por ejemplo, el consenso, sea considerado como un síntoma (nunca como un fundamento) de verdad, dado que al no existir certezas es prudente recurrir al consejo o a la opinión de otros, para que lo intersubjetivo palee en lo posible un ineliminable subjetivismo[19].

En este modelo, entonces, el consenso constitucional sería un síntoma de acierto en la captación de realidades previas a las que el texto constitucional se remite. De ahí que su posterior desarrollo no deba apoyase en ese consenso coyuntural sintomático, sino en las realidades que pretendía expresar[20], realidades referidas, por ejemplo, a las características permanentes del hombre, valiosas en sí mismas, como su dignidad, de las que se derivan exigencias capaces de condicionar el juego de las mayorías; por problemático que resulte su desarrollo concretizado, en tanto el reconocimiento del otro como semejante y, por lo tanto igualmente digno, convierte en indigna cualquier intención de imponer ciertas exigencias, por muy mayoritarias que sean, sin dotarlas de una cobertura metasubjetiva[21].

Por ello, de acuerdo al modelo A debemos aspirar siempre a preservar esas exigencias naturales, de cuyo alcance encontraremos síntomas orientativos en cada momento cultural[22].

En el modelo B, por el contrario, el consenso no será nunca un síntoma de verdad, sino sirve para cubrir un inevitable vacío racional logrando un compromiso de voluntades. De esta forma la democracia deja de ser el sistema de la realización práctica de la verdad, de la opinión de los ciudadanos, para convertirse en una técnica de aprendizaje que lleva al ciudadano a asumir acríticamente una actitud de consenso dictada por el poder [23] desde una falta de referencia real al ámbito de los valores, que lleva a situar la ética en el ámbito de la mera emotividad[24].

---

[16] Así lo entendía el *iusnaturalismo* racionalista y del utilitarismo. El *primero* confiado en la capacidad de nuestra razón especulativa para descubrir los principios metafísicos rectores de la realidad y para derivar con rigor lógico sus consecuencias; el segundo, confiaba en la capacidad de nuestra razón empírica para adueñarse de los resortes básicos de una realidad meramente física.
[17] *Cit.*, OLLERO, «La Constitución: …, p. 341.
[18] Sobre la Teoría de la prudencia: *Vid.* ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 1145a6.
[19] *Cit.*, OLLERO, «La Constitución: …, p. 342.
[20] Ibidem, p. 343.
[21] *Vid. Cit.,* Andrés OLLERO, «Consenso …, p. 212.
[22] *Cit.*, OLLERO, «La Constitución: …, p. 344.
[23] *Ibidem*, p. 343.
[24] *Ibidem*, p. 345.

En el modelo B hablar de libertad, justicia e igualdad es un simple desarrollo retórico o levantar acta de una determinada voluntad de ceñir nuestras acciones a tales límites, aunque podríamos habernos comprometido a suscribir lo contrario sin el mayor quebranto[25]. Por ello, en el modelo B la Constitución es un simple rasgo retórico[26], aunque su posible rentabilidad funcional no resulte despreciable[27].

Además este modelo genera, para quienes lo defienden, una gran dificultad pues basta analizar el progreso y la defensa de los derechos humanos para constatar que estos se han abierto paso en la historia, no gracias al consenso sino a la desobediencia civil, a determinadas minorías que han reconocido los derechos humanos por encima de los tópicos vigentes[28].

3. ¿Los derechos fundamentales son producto de un consenso o tienen fundamentación real?

Para OLLERO, los derechos fundamentales cuentan con una fundamentación real que es, sin duda, un fundamento metafísico condicionado por la ética[29], que incluye – como exigencia de la dignidad humana – el reconocimiento de un pluralismo cognoscitivo. Por otra parte, precisan – como consecuencia de la historicidad humana – todo un proceso de positivación que vaya decantando las dimensiones existenciales de su contenido esencial y contribuyan a la vez a posibilitar en la práctica una mayor garantía y efectividad[30].

Así, partiendo de una concepción ontológica de lo humano- llena de exigencias éticas que permitan comprender que el consenso es una mera herramienta y no el origen de todo derecho- es posible que el jurista desarrolle su actividad por antonomasia: delimitar el ámbito de juego de una convivencia realmente humana utilizando para ello un razonamiento práctico.

Por ello, descarta la alternativa de entender el contenido esencial de los derechos fundamentales sólo como aquello que emana de la misma naturaleza jurídica del precepto[31] o aquello que nos remite a la opinión pública para determinar su alcance, desligándolo de toda fundamentación metafísica- ética. Por el contrario la contribución más efectiva a la protección de los derechos humanos consistirá en ahondar en la búsqueda filosófica capaz de proporcionarles su indispensable fundamento[32], de tal forma que sea posible, a partir de una interpretación filosófica del derecho, desvelar las claves éticas que presiden el desarrollo de los textos normativos o constitucionales, y transparentar el modelo de hombre y de sociedad que en realidad preside, denunciando los intentos ideológicos de justificar la negación de lo humano sometiendo lo que

---

[25] *Ibidem*, pp. 345-346.
[26] KELSEN, *La giustizia costituzionale,* Giuffré, 1981, p. 188-190.
[27] *Cit*, «La Constitución: … p. 343.
[28] OLLERO, *Derecho a la verdad. Valores para una sociedad pluralista*, Eunsa, 2005, p. 54.
[29] *Ibidem*, p.53 y 57.
[30] *Cit.* OLLERO , «Consenso …, p. 224.
[31] STC 11/1981 de 8 de abril.
[32] OLLERO, «Control constitucional, desarrollo legislativo y dimensión judicial de la protección de los derechos humanos». AA. VV., *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo,* Vol. II, MJI, 1995, p. 1767.

corresponde al hombre por naturaleza al tópico manufacturado o a supuestos imperativos de razón de Estado[33].

4. Contenido de los derechos fundamentales

Cabe preguntarse, entonces, en qué consiste el contenido de los derechos fundamentales. Teniendo en cuenta que OLLERO parte de la natural convivencia humana; los derechos no pueden ser concebidas como libertades ilimitadas únicamente restringidas por los poderes públicos.

Los derechos fundamentales, por el contrario, tienen límite, el reconocimiento del otro como igual. Este reconocimiento permite delimitar el ejercicio de un derecho a partir de la proyección sobre cada libertad individual de las ajenas exigencias de verse tratado como igual, planteadas por un omnipresente otro, distinto del Estado. Así, no tenemos derechos acabados, con una dimensión determinada por los poderes públicos que haya que recortar aleatoriamente al colisionar con otros derechos de dimensión no menos acabada, sino una recíproca relación entre derechos fundamentales, que habrá que delimitar en cada caso concreto. Todo derecho es, entonces, una libertad delimitada[34].

Si nos encontráramos frente a frente a dos series de derechos perfectamente acabados, entendidos como corazas defensivas ante la posible intromisión de otro siempre ilegítimo, solo cabría que un tercero estatal procediera a jerarquizar los derechos en discordia o a restringir de forma aleatoria alguno de los dos derechos. Por el contrario delimitar derechos, precisando su efectivo y real alcance, no supone restringir una realidad ya existente, sino dar paso, a una ponderación del juego que ajustadamente cabe reconocérseles, excluyendo las conductas que se extralimitan del ámbito constitucionalmente protegido, en tanto estas acciones se apartan del reconocimiento del otro como igual, desconociendo el obligado respeto a su dignidad [35].

5. Derecho a la intimidad

El reconocimiento positivo del derecho a la intimidad históricamente surge en virtud de una superación del entendimiento que deja de identificar los derechos subjetivos o de libertad con la propiedad para reconocer la existencia de derechos de la personalidad o de autodeterminación personal. Así el derecho a la intimidad no será ya lo propio, sino un espacio- antes moral que físico – que marca el despliegue de la dignidad personal, manteniéndola a salvo del conocimiento, de las perturbaciones e injerencias ajenas que sean evitables y que no tengamos el deber de soportar[36].

En virtud de lo anteriormente expuesto, para OLLERO será necesario atender al sentido del texto normativo que recoge legalmente este derecho, a través de su interpretación siempre histórica, para fijar su efectivo alcance. La determinación del sentido del texto sólo resulta posible si se lo sitúa en determinado contexto, a través de

---

[33] *Ibidem*, p. 1768.
[34] OLLERO, «La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal», *La Ley,* Nº 4691, 1998, pp. 2-4.
[35] *Ibidem*.
[36] OLLERO, «De la intimidad a la protección de datos personales»., *Winfried Hassemer,* Nº 70, 2010 p. 1200

una obligada remisión a la naturaleza de las cosas que nos acabará remitiendo a una naturaleza humana que permite el surgimiento de una dimensión teleológica inseparable de la tarea jurídica que facilita la cotidiana actualización de los rasgos esenciales del derecho a la intimidad[37]

Así, para delimitar el derecho fundamental a la intimidad, el juicio ético siempre estará presente. Por ejemplo, se deberá discernir la dimensión pública o privada del afectado, delimitando, lo público de lo privado, no a partir de exigencias meramente procedimentales[38], sino trazando la frontera entre lo moralmente loable y lo jurídicamente exigible, a través de determinados contenidos materiales, que permiten comprender que las exigencias de ser tratado como igual no son las mismas para quien asume una responsabilidad pública que para el ciudadano común[39]y que, por lo tanto, dicha desigualdad no implicará un trato discriminatorio al apoyarse en un fundamento objetivo y razonable[40]. De igual forma sólo un reconocido interés público podrá contrarrestar la capacidad para disponer de la privacidad personal de modo exclusivo. El concepto de interés general cobrará ahora una dimensión peculiar, que impide identificarlo con el grado de pública curiosidad que determinados hechos o conductas pueden despertar[41]. Lo decisivo será su relevancia para generar una opinión pública cuya repercusión ética y política desborda la mera trivialidad. En pocas palabras no tendría justificación que se infringiera una lesión a la intimidad sin más apoyo que el carácter noticioso que predomina en la actual degradación de las tareas de información o comentario[42].

La clave está en discernir, a partir de un juicio de valor omnicomprensivo, qué contenidos concretos tienen una dimensión pública, capaz incluso de justificar la entrada en juego de la coercibilidad jurídica[43] y que cuestiones quedan reservadas a la dimensión personal o privada del individuo, para luego, frente a una controversia entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la intimidad personal, por ejemplo, ambos se ajusten al intrínseco juego libertad -igualdad delimitador de uno y otro derecho. Así, el derecho a la intimidad no es un mero límite extrínseco de la libertad de información, sino como un verdadero derecho limitado, también paradójicamente, por el derecho a la libertad de información. Dicha actividad delimitadora, no puede ser entendida como una patológica colisión, sino como una ponderación expresiva de la más espontánea vitalidad jurídica[44].

El derecho a la intimidad, entonces, no puede ser concebido como un desmarque de toda alteridad propia de lo público, como un coto de aprovechamiento exclusivo y excluyente de los otros o una fáctica libertad residual que se erige como escudo jurídico contra el Estado que deberá abstenerse de invadirla, pues esto equivaldría aceptar una

---

[37] OLLERO, «La protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional», *ARACMP,* Nº 86, 2009, p. 701.
[38] OLLERO, «Derecho y moral entro lo público y lo privado», *AFJS,* Nº 17, 1998, p. 220
[39] *Cit*., OLLERO, «La ponderación… p. 3.
[40] *Cit.* OLLERO, «De la intimidad…, p. 1204.
[41] *Cit.* DE DOMINGO, ¿*Conflicto…,* p. 191.
[42] *Cit.* OLLERO, «De la intimidad…, p. 1202.
[43] *Cit.* «Derecho y …, p. 224.
[44] OLLERO, «La ponderación delimitadora de los derechos humanos. Libertad informativa e intimidad personal», *RDUCN,* 2000, p. 67

existencia sin otros (de ahí que es posible comprender también el derecho a la intimidad en un ámbito no solamente personal sino familiar o afectivo)[45].

Por el contrario, a partir de un replanteamiento de la justicia - entendiéndola como un auténtico ajustamiento que ponga de relieve la dimensión relacional que todo lo jurídico lleva consigo- el derecho a la intimidad entra también en un juego complementario con los otros derechos fundamentales, donde, para determinar su ámbito jurídico protegible, será necesario apuntar a lo razonable. Así, por ejemplo, la protección de la intimidad se ve acompañada por una garantía del derecho a la de autodeterminación informativa, que implicará el consentimiento y control de una utilización de datos personales de la que pudiera derivarse discriminación por tenerse en cuenta datos de algún modo indignos, como, por ejemplo, sufrir algún tipo de enfermedad[46].

En conclusión, el derecho a la intimidad, como cualquier otro derecho fundamental, será fruto de un proceso interpretativo, en donde no sólo se capta sus rasgos definitorios, sino que se va conformando en contacto con el caso concreto y las exigencias jurídicas que el mismo suscita, a partir de un ajustamiento de libertad e igualdad con otros derechos implicados en idéntica relación.

[45] *Cit.,* OLLERO, «La protección ..., pp. 700- 701.
[46] OLLERO, «¿Son jurídicos los derechos humanos?», *RSCIO*, Nº 4, 2009, pp. 141-142.