



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

Lucas Murillo de la Cueva, Pablo
Derechos fundamentales y avances tecnológicos. Los riesgos del progreso
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XXXVII, núm. 109, enero - abril, 2004, pp. 71 - 110
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710903>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DERECHOS FUNDAMENTALES Y AVANCES TECNOLÓGICOS. LOS RIESGOS DEL PROGRESO

Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA*

RESUMEN: En el presente artículo, se explica que existe un dinamismo en el ordenamiento jurídico fruto de las demandas relacionadas con las necesidades emergentes en la vida social como consecuencia de las alteraciones que en ella se producen. Cambios que en muchas ocasiones tienen en su origen innovaciones aportadas por el progreso en el conocimiento científico y en sus aplicaciones prácticas. Asimismo, se analiza cómo es que las respuestas que el derecho ofrece llegan, unas veces, a través de la producción de normas legales y, otras, por medio de la interpretación que llevan a cabo los tribunales de justicia. El estudio argumenta que el ajuste entre la realidad y las normas que pretenden regularla tiene lugar en una importante medida a través de la acción de los jueces, quienes al aplicar la regla que habrá de resolver cada litigio concreto hacen posible la paulatina adecuación del ordenamiento jurídico a las nuevas circunstancias, extendiendo las previsiones de las normas legales a supuestos no contemplados en el momento de su nacimiento.

Palabras clave: cambio jurídico, derechos fundamentales, función jurisdiccional.

ABSTRACT: This article explains the existence of certain dynamic in the legal order, produced by demands related to the emerging needs of social life, which in turn result from modifications experienced by the latter. Commonly, those changes spring from innovations that are produced by scientific progress and its practical applications. The article also explains that the legal system responds to such process of change either through the production of statutes, or by way of judicial decisions and their interpretation. The author argues that the adjustment between reality and norms takes place to an important extent through the activity of judges, who by applying legal rules to solve concrete cases, extend legal rules to situations that were not originally foreseen by statutes.

Descriptors: legal change, fundamental rights, judicial function.

* Magistrado del Tribunal Supremo, catedrático de derecho constitucional.

SUMARIO: I. Breve introducción sobre el progreso y los derechos II. Necesidades y derechos III. Los cambios en las condiciones de vida y las generaciones de derechos. IV. Progreso científico y avance tecnológico y nuevas necesidades. La tercera generación de derechos V. La respuesta del ordenamiento jurídico. VI. Nuevos y viejos derechos. VII. Consideraciones finales.

I. BREVE INTRODUCCIÓN SOBRE EL PROGRESO Y LOS DERECHOS

Cuando recibí el encargo de preparar este artículo sobre los peligros que para los derechos fundamentales trae aparejados el progreso científico y técnico,¹ inmediatamente me vino a la memoria una obra de Juan Jacobo Rousseau, su **Discurso sobre las ciencias y las artes**, en la que realizaba un planteamiento y llegaba a unas conclusiones que me pareció interesante recordar, pues, en términos generales, reflejan la naturaleza de los problemas que esa relación, sea la de las ciencias y las artes con el progreso de la sociedad, sea la ciencia y la técnica con la tutela de los derechos fundamentales, produce.

El caso es que, hace unos dos siglos y medio, en 1750, Rousseau concurrió al concurso convocado por la Academia de Dijon, y obtuvo el premio al mejor discurso sobre la cuestión propuesta en la convocatoria. Se trataba de responder si el restablecimiento de las ciencias y de las artes había contribuido a refinar las costumbres. Sorprendentemente, en pleno Siglo de las Luces, Rousseau, uno de los exponentes de la Ilustración, al contestar a esa pregunta expuso un contundente alegato sobre los perniciosos efectos de las ciencias y de las artes.

¹ Debo esa encomienda al **Ararteko**, alto comisionado del Parlamento Vasco para los derechos humanos. El texto que aquí se recoge desarrolla las ideas expuestas en la Jornada sobre Derechos Humanos y Nuevas Tecnologías que el **Ararteko** organizó, en colaboración con la Universidad del País Vasco, en San Sebastián, el 5 de julio de 2002. Este artículo se publica con su autorización.

Debemos ver, brevemente, cuáles eran los argumentos que utilizó para llegar a esa conclusión y cuál era su verdadero alcance. Así, nos dice que el progreso de las ciencias y de las artes afirma los tronos y oculta las cadenas de hierro que sujetan a los hombres, apagando el sentimiento de libertad natural con el que nacieron, haciéndoles, en cambio, amar su esclavitud. Tal progreso, agrega Rousseau, acaba con la espontaneidad de las sociedades que no han sufrido todavía su acción, provocando su depravación real, pues la virtud huye a medida que se eleva la luz de las artes y de las ciencias. En su lugar, el lujo, la disolución y la esclavitud se imponen. Por eso, llega a decir:

Pueblos, sabed de una vez que la naturaleza ha querido preservaros de la ciencia al igual que una madre arranca un arma peligrosa de las manos de su niño; que todos los secretos que os descubre son tan nocivos como os garantiza y que la pena que encontráis al instruiros no es el menor de sus beneficios. Los hombres son perversos; serían todavía peores si tuvieran la desgracia de nacer sabios.

Pero, aunque sostenga que el vicio está en el origen de la ciencia y que sus efectos son peligrosos, nuestro autor, al final, no puede dejar de reconocer que sus afirmaciones no rezan para los verdaderos sabios, como Sócrates o Descartes o Newton, pues ellos sí, si bien sólo ellos, deben investigar para promover el verdadero avance de las ciencias, el que contribuye a la felicidad de los pueblos y les enseña la sabiduría. Además, consciente de la fuerza transformadora que el conocimiento científico lleva aparejada, insistirá en la importancia de que los reyes tengan presente cuanto resulta de la auténtica ciencia.

A la postre, nos deja, por tanto, un mensaje aparentemente contradictorio, como contradictoria es la realidad y la propia naturaleza humana que está en la base de la sociedad y de las relaciones que en ella se producen.

En efecto, el progreso científico y los avances tecnológicos que los descubrimientos de los investigadores hacen posibles son susceptibles de un doble uso, a veces inconsciente. Son medios, instrumentos, cuyo sentido, desde el punto de vista moral, dependerá

de la finalidad a la que se apliquen. Cabrá, por tanto, que desplieguen efectos positivos o negativos o, más raramente, neutros. Todo depende del objetivo que con ellos se persiga y, también, de la forma de dirigirse a su consecución. Así, por ejemplo, no hay duda de que los trasplantes de órganos que la medicina practica desde hace años y en los que logra un nivel de éxito cada vez más satisfactorio, mejoran el derecho a la protección de la salud. No obstante, si esos remedios médicos, pongamos por caso, se sustentaran en el tráfico de órganos o se condicionaran a la capacidad económica del receptor, no sería posible mantener el juicio anterior. El reproche a la manera de llevar a cabo esa actividad, en sí provechosa y loable, invertiría la valoración inicial. Ciertamente, tampoco aquí el fin justifica los medios.

II. NECESIDADES Y DERECHOS

Pues bien, ¿qué relación cabe establecer entre los derechos fundamentales o, si se quiere, entre los derechos humanos y el progreso científico y tecnológico? A contestar a esa pregunta se dirigen las consideraciones sucesivas. No obstante, antes de proponer una respuesta he de consignar dos precisiones. En primer lugar, debo advertir que cuanto a continuación se dice hace referencia indistintamente a unos y a otros, pues lo que explica esa diferente denominación, derechos fundamentales/derechos humanos, no es otra cosa que el contexto en el que surgen y en el que encuentran reconocimiento. De este modo, si es el ordenamiento constitucional el marco en el que nacen y operan, hablamos de derechos fundamentales. En cambio, de los derechos humanos se trata en el derecho internacional, en el que, por cierto, han adquirido una notable importancia desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, los pactos internacionales que la han concretado y los tratados y convenios de alcance regional o sectorial que han ido apareciendo, tanta, que se ha ido configurando así un derecho internacional de los derechos humanos. En la medida en que aquí se van a abordar las circunstancias materiales que conducen al reconocimiento de los de-

rechos, no es relevante que aparezcan en el ordenamiento interno o en el internacional, pues, tal como se indicará, el proceso que conduce a ese resultado es, en sustancia, el mismo tanto en uno como en otro ámbito.

En segundo lugar, es preciso advertir que el enfoque adoptado exige seguir un planteamiento general en el que predominen los momentos de síntesis sobre los de análisis. Eso supone el riesgo de simplificar realidades o conceptos que, por su complejidad, requerirían una consideración más detenida. No obstante, tiene la ventaja de aportar un cuadro de conjunto que puede ser suficientemente expresivo de los principales problemas que plantea la relación a la que se refieren estas reflexiones.

En principio, puede decirse que las innovaciones y descubrimientos asociados al progreso científico y técnico, en tanto inciden en la realidad y la alteran, provocan o aceleran transformaciones sociales. Y, normalmente, son los cambios sociales y económicos que han traído consigo esos avances los que generan las causas que conducen al nacimiento de los derechos, nacimiento que estará precedido de un movimiento que los reivindique y que, normalmente, no será sencillo.²

Ciertamente, los derechos y, en particular, los que las Constituciones llaman “derechos fundamentales”, y los documentos internacionales, “derechos humanos”, no surgen por generación espontánea ni suelen ser reconocidos por impulsos de espíritus generosos que, anticipándose a quienes los reclaman, dan lo que todavía no se ha pedido. Por el contrario, la génesis de los derechos es polémica y, frente a lo que pudiera parecer, tiene en su origen no la justicia, sino precisamente su negación: la injusticia. De ahí que tenga pleno sentido hablar de la lucha por el derecho,³ y, más todavía, de la lucha por los derechos, pues históricamente

2 Sobre esta cuestión, reitero ideas expuestas en mi trabajo “El tiempo de los derechos”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 2/2000, pp. 281 y ss.

3 Así titula su conocida obra Rudolf von Ihering, *La lucha por el derecho* (presentación de Luis Díez-Picazo; versión española y nota introductoria de Adolfo Posada; prólogo de Leopoldo Alas “Clarín”), Madrid, Civitas, 1989. Y con ese mismo sentido reivindica tivo de las garantías que comporta, cuando todavía no existía en España, escribió, Pablo Lucas Verdú su libro *La lucha por el Estado de derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pp. 125 y ss.

sólo se ha llegado a ellos tras un prolongado y a veces duro movimiento reivindicativo. Pero ¿en qué consisten esos derechos?

Se ha dicho que los derechos no son sino los medios jurídicos que nos permiten satisfacer nuestras necesidades básicas, aquellas que precisamos colmar para existir y coexistir.⁴ Las que se han llamado condiciones indeclinables de la existencia,⁵ necesidades que no son siempre las mismas, sino que se ajustan a las circunstancias económicas y sociales de cada lugar y cada tiempo, y que son de distinta naturaleza: desde las relacionadas con la misma existencia y con la capacidad de autodeterminación personal, hasta las que guardan relación con los medios necesarios para la subsistencia y el desarrollo personal. Por eso, pueden referirse preferentemente a conductas o a bienes o concretarse en proyecciones de la propia conciencia. Ahora bien, ya sea la pretensión de no ser maltratado, o la de profesar una determinada religión sin ser perseguido por ello, o la de controlar el uso por terceros de la información personal que nos concierne, estamos ante necesidades vitales cuya plena satisfacción nos resulta imprescindible en las actuales condiciones de vida. Éste es el presupuesto del que hay que partir, pues antes del derecho está la necesidad. Pero con esto no es suficiente. La noción de necesidad que lleva al reconocimiento del derecho suele implicar, además, la negación de la posibilidad de satisfacerla de modo libre y espontáneo. Es, precisamente, la certeza de que ese propósito no se puede alcanzar pacíficamente lo que conduce a la exigencia de que el ordenamiento jurídico lo asegure coactivamente.

Y en el origen de la necesidad se halla, normalmente, el cambio en las condiciones de vida que provocan los descubrimientos científicos y sus aplicaciones a la tecnología. Hay veces en que esa

4 Cfr., sobre el particular, Pérez Luño, Antonio-Enrique, **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 114 y ss. Del mismo autor, **Los derechos fundamentales**, Madrid, Tecnos, 1984.

5 Bajo esa expresión y otras semejantes las formulaciones iusnaturalistas fundadoras de las Declaraciones revolucionarias del siglo XVIII, justificaban la afirmación de los derechos que las satisfacen como innatos, absolutos, inalienables, imprescriptibles e, incluso, ilegislables. En España, esta concepción será la que esté en la base de la Constitución de 1869. Sobre esta concepción de los derechos y, en particular, sobre su carácter inalienable, cfr. Meyers, Diana T., **Los derechos inalienables**, Madrid, Alianza, 1985.

relación se percibe de un modo directo e inmediato. En otras ocasiones la conexión es indirecta o mediata. Pero me parece que, de un modo u otro, siempre está presente. Que esto es así, podemos comprobarlo si recordamos cómo surgen. Para ello nos valdremos de la clasificación que los agrupa en generaciones,⁶ clasificación que pretende poner de relieve los distintos contextos históricos —y las correspondientes circunstancias que los caracterizan— en los que se ha producido un proceso amplio de reconocimiento de derechos.⁷

III. LOS CAMBIOS EN LAS CONDICIONES DE VIDA Y LAS GENERACIONES DE DERECHOS

Si entendemos que los derechos de la primera generación son los propios del pensamiento liberal, los que se afirman al compás de la construcción del régimen constitucional y se reivindican frente al Antiguo Régimen que los niega, será inevitable que los asociemos al desarrollo de la economía capitalista y a la riqueza que genera para una parte de la sociedad, por un lado, y a las estructuras del pasado que entorpecen la vitalidad productiva de la burguesía y se aprovechan de su trabajo, por el otro. Ese desarrollo económico no es independiente de los avances técnicos aplicados a las actividades productivas y a las comunicaciones que facilitan el comercio. Es en ese contexto en el que cobran especial fuerza las necesidades de disfrutar de la libertad personal, de ser sometido a las mismas normas jurídicas, de ver protegida la propiedad privada, pues sobre ellas descansa el orden económico. Y

6 Entre otros trabajos suyos en los que recoge y explica esta clasificación, véase Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Las generaciones de derechos humanos”, **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**, núm. 10/1991, pp. 203 y ss. Sobre el modo de explicar el nacimiento de los derechos, es muy interesante el enfoque de Fioravanti, Maurizio, **Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones**, Madrid, Trotta, 1996.

7 Pizzorusso, Alessandro, “Las generaciones de derechos”, **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, núm. 5/2001, pp. 291 y ss. llega a la conclusión de que esa clasificación no tiene relevancia jurídica, desde el momento en que técnicamente no existen elementos técnicos comunes que identifiquen a los derechos integrados en cada una de las generaciones. Por el contrario, en cada una de ellas se reúnen derechos de diferente naturaleza. Por eso, el sentido de esta sistematización es meramente histórico y didáctico.

esas necesidades se harán valer a través de la justificación ideológica que aporta el derecho natural de origen protestante y carácter racionalista y de la lucha política que conducirá, tras la revolución liberal y el triunfo del constitucionalismo, al reconocimiento de los derechos que aseguran su realización.⁸

El mismo esquema se advierte en el nacimiento de los derechos de la segunda generación, los llamados derechos económicos y sociales, y en la extensión de la igualdad también en el plano político. Al fin y al cabo, el caldo de cultivo en el que se produce la gestación de las demandas que esgrimirán el movimiento obrero y las fuerzas políticas que asumirán planteamientos democráticos es el que crea la Revolución Industrial y las profundas transformaciones que trae consigo.

Y esos derechos nacen de las necesidades de subsistencia y de protección de los trabajadores, pero también de la conciencia que sobre su situación adquieren y de los planteamientos ideológicos con los que justifican sus reivindicaciones y orientan su lucha. Al final, entre su presión, la percepción por algunos sectores dirigentes de lo injusto del trato que reciben los trabajadores y la inteligente actuación de algunos gobiernos conservadores que prefieren ser ellos los que, con una política de reformas sociales, controlen los cambios para desactivar así los riesgos mayores de una confrontación sin fin, esos derechos se irán incorporando al ordena-

8 En realidad, el triunfo de las revoluciones liberales llevará al establecimiento de un Estado cuya razón de ser consiste, precisamente, en la preservación de los derechos que se reconocen. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano lo manifiesta de manera bien expresiva, cuando afirma en su preámbulo: “Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, siempre presente a todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, pudiendo ser comparados a cada instante con el fin de toda institución política, sean más respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora sobre principios claros e incontestables, se dirijan siempre al mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos”. Y, luego, cuando dice en su artículo 2: “El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

miento jurídico, primero a nivel legislativo, más tarde a las Constituciones.

Algo parecido sucede con las demandas de igualdad en el proceso político que conducirán a la democratización del viejo Estado liberal, de la mano de dos cambios fundamentales: el sufragio universal y el derecho de asociación, cambios precedidos del mismo mecanismo antes descrito. A partir de las correspondientes necesidades básicas: la de intervenir en la adopción de las decisiones políticas que afectan a todos y la de contar con un instrumento, la asociación, que permita lograr aunando las fuerzas de varios, lo que individualmente no es posible, se articulará un proceso reivindicativo, que conducirá, mediado el siglo XIX, a su reconocimiento constitucional. Necesidades ambas que son sentidas, ciertamente, por quienes no tienen otros medios que su voluntad y su esfuerzo y comprueban que solamente tendrán posibilidades de hacer valer sus intereses en el complejo panorama de la sociedad urbana e industrial que las nuevas formas de producción y comercio han traído consigo si se reconoce igual capacidad de decidir a todos y se da carta de naturaleza a las asociaciones voluntarias.

IV. PROGRESO CIENTÍFICO Y AVANCE TECNOLÓGICO Y NUEVAS NECESIDADES. LA TERCERA GENERACIÓN DE DERECHOS

Si, finalmente, nos fijamos en la llamada **tercera generación**,⁹ aquí observaremos, aún más claramente, que el progreso científico-técnico ha provocado serias amenazas frente a las que necesitamos

⁹ El esquema clasificatorio que distingue los derechos por las generaciones en que surgen no se agota con las tres que recojo en el texto. Hay propuestas sistematizadoras que incluyen una cuarta generación. Por ejemplo, Rodríguez Palop, María Eugenia, **La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación**, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III, 2002. En esa nueva categoría incorpora los derechos ecológicos, los derechos de la sociedad tecnológica y los derechos de la solidaridad. Entre otros autores que hablan de la cuarta generación para incluir en ella a los “nuevos derechos”, **cf.** Zagrebelsky, Gustavo, **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**, Milán, Einaudi, 1992, pp. 116 y ss. En tanto, coinciden con los que se suelen agrupar en la tercera, respecto de la que aportan desarrollos, pero no diferencias respecto de las figuras o de las materias, prefiero mantener el esquema tripartito. Naturalmente, eso no supone discrepancia con la fundamentación que se propone para esos derechos.

protección; tanto en el plano individual como en el social, e, incluso, en el de la relación con el medio en el que vivimos son perfectamente perceptibles.

1. La preocupación ambiental

Empezando por esto último, es preciso reconocer que la demanda de protección medioambiental es la que antes surge. Así, se ha visto una primera forma de tutela en disposiciones que apuntaban a la preservación de lugares de especial belleza o del paisaje, como por ejemplo el artículo 45 de la Constitución española de 1931. Sin embargo, solamente poco a poco se va abriendo camino, pues ha de enfrentar obstáculos muy poderosos: sobre todo la propiedad privada y la libre iniciativa económica, sin duda elementos valiosos en todo ordenamiento, lo que hace difícil ajustar las exigencias en contraste. Del mismo modo que es difícil acomodar la defensa del entorno en el que vivimos con las aspiraciones al desarrollo de muchos pueblos, si contemplamos el problema por encima de las fronteras de los Estados. Pero la necesidad que subyace al derecho al medio ambiente se hace cada vez más acuciante desde el momento en que no hacen falta especiales dotes de predicción para anticipar su deterioro irreversible de no adoptarse medidas contundentes. Es la creciente percepción de ese futuro lo que hace que se vaya formando una conciencia cada vez más sensible y exigente y se traduce en la mayor consistencia y densidad de los instrumentos jurídicos que tratan de protegerlo.

2. Las demandas de solidaridad

En el plano social, son evidentes las demandas de solidaridad de quienes se ven excluidos del reparto de la riqueza de la sociedad del bienestar, solidaridad que implica algo más que la igualdad: en realidad se presenta como la superación de su contraposición con la libertad.¹⁰ En otras palabras, como una exigencia de justicia

¹⁰ Rodríguez Palop, *La nueva generación de derechos humanos* cit., pp. 65 y ss. y 326 y ss.

en la medida en que este valor puede ser entendido como la armonía entre libertad e igualdad,¹¹ tanto de los que se hallan dentro de nuestras fronteras como de quienes viven en otras tierras en las que padecen una situación aún peor. Es decir, en el mundo opulento de las sociedades desarrolladas nos encontramos con que de lo que se trata es, simplemente, de sobrevivir. Y no es difícil apreciar que ese fenómeno de la exclusión está en buena medida ligado a la lógica del crecimiento que el avance experimentado en todos los órdenes ha permitido en nuestra esfera de vida. Quiero decir que, en este plano, la riqueza de unos comporta la miseria de otros. Además, se da la circunstancia de que la fractura digital ha incrementado — está incrementando— estos problemas derivados de la desigualdad. Naturalmente, se trata de una situación que es preciso corregir, por razones de justicia y por razones de seguridad colectiva.

Pese a su trascendencia, no es la única manifestación de la solidaridad que es preciso afrontar. También están todos los supuestos relacionados con otras formas de discriminación que quienes las padecen no están dispuestos a soportar. Se trataría de aquellos casos en los que las transformaciones a las que estamos haciendo referencia han hecho posible la incorporación en todo o en parte al proceso productivo de quienes estaban fuera de él, pero no siempre lo han hecho situándolos en las mismas condiciones que disfrutaban quienes ya estaban integrados. Por eso, surge la aspiración de obtener el mismo trato que los demás. Esto es lo que ha sucedido con las mujeres. Pero la discriminación por razón de sexo no es la única, ya que también hay que tener presente la que perjudica a aquellos a los que, ciertamente, la tecnología les permite dar ese paso, y sin embargo se enfrentan a barreras físicas, culturales o jurídicas que lo impiden, como ocurre con los disminuidos. Incluso, cabría mencionar aquí el problema de quienes, desde la homosexualidad, experimentan la necesidad de acceder al matrimonio y a la familia.

11 Así ha interpretado la ubicación del valor justicia entre los de libertad e igualdad en el artículo 1 de la Constitución de 1978, Lucas Verdú, Pablo, en “Artículo 1o. El Estado social y democrático de derecho”, **Comentarios a la Constitución Española de 1978 dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil**, Madrid, Cortes Generales/Edersa, 1996, t. I, pp. 118 y ss.

3. La salud y la identidad sexual

En fin, están las necesidades que, de un modo más directo, se proyectan sobre la propia individualidad, tanto en el plano de la vida y de la libertad de la persona como en lo que se refiere a su propio cuerpo e identidad sexual. Y es que, en efecto, si bien no hemos llegado a una situación en que podamos escoger no nacer, aunque ha habido quien se ha sentido tan agraviado por su existencia que demandó a sus padres e, incluso, a Dios, por darle vida, sí hemos llegado, en las sociedades desarrolladas, a aspirar a un grado de control de nuestra propia existencia que hasta ahora no era posible.

Por un lado, los adelantos de la medicina y la generalización de la asistencia sanitaria, al llenarse de un contenido efectivo el derecho a la salud, han permitido no sólo alargar la vida, sino mantenerla, en ocasiones, aun cuando la persona enferma no desee seguir viviendo en las condiciones en que tiene que hacerlo. De ahí surge la necesidad de poner término al sufrimiento y la demanda del derecho a morir dignamente, asociado al derecho a no sufrir.

Pero esos mismos progresos permiten lo que no hace mucho no se creyó posible. Así, para subrayar la posición central que caracterizaba al Parlamento inglés en los momentos de su esplendor, era habitual decir que podía hacer cualquier cosa menos transformar un hombre en mujer. Hace ya tiempo que esa posibilidad existe y, de hecho, personas nacidas como hombres se han transformado en mujeres, y, también, mujeres se transforman en hombres. Esto supone, entre otras cosas, la cuestión del derecho a ser quien uno quiere ser desde el punto de vista sexual. Lo que plantea problemas complejos, como el de determinar si son criterios anatómicos, genéticos o psicológicos los que determinan la sexualidad. Y, también, las consecuencias jurídicas que ese cambio sexual origina. No son éstas cuestiones irrelevantes, como lo pone de manifiesto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya tenido que pronunciarse sobre ellas y que lo haya hecho, recientemente, en términos decisivos, según se verá más adelante.

Y la técnica abre nuevas puertas que el derecho todavía no ha sabido cerrar adecuadamente cuando hace posible la reproducción asistida, la ingeniería genética y todo lo que con ella está asociado: como la selección de los individuos o la alteración de sus cromosomas con fines diversos.

4. La sociedad red

Hasta hace todavía pocos años, a la hora de caracterizar a la sociedad en la que vivimos, se utilizaba el adjetivo “postindustrial”.¹² Después, sin que se tenga que descartar ese rasgo para aludir a las condiciones de vida contemporáneas, han aparecido otras expresiones que se usan preferentemente. Entre ellas ocupa un lugar destacado la de “sociedad de la información”.¹³ Esa denominación y otras semejantes,¹⁴ pretenden poner de manifiesto que, como consecuencia de los avances tecnológicos y de los cambios culturales que se han ido produciendo en torno a ellos, las relaciones sociales contemporáneas se distinguen por el volumen de información que se produce y circula constantemente de forma masiva y sistematizada.

No se trata solamente del flujo permanente de ingentes caudales de datos que reflejan prácticamente todos los aspectos de la vida. Además, cuenta de un modo especial a la hora de optar por esa manera de definir nuestra sociedad la posibilidad que en ella existe de acceder a tales datos y de, tratándolos adecuadamente, generar nueva información a partir de los mismos o de utilizarlos para resolver los más variados problemas sociales y económicos. En la misma dirección apunta el hecho de que, en otras ocasiones, simplemente, servirán para obtener un beneficio material determinado para quien los maneja. Son muchos los factores cuya interacción

¹² Cfr. Bell, Daniel, *El advenimiento de la sociedad postindustrial*, Madrid, Alianza, 1975; Touraine, Alain, *La sociedad postindustrial*, Barcelona, Ariel, 1972.

¹³ Sobre la sociedad de la información, véase, por ejemplo, Sánchez Bravo, Álvaro, *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001, pp. 17 y ss.

¹⁴ Como la que da título a la obra de Manuel Castells, *La era de la información*, 2a. ed., Madrid, Alianza, 2000, 3 vols.

nos ha traído a este mundo de la información, pero entre ellos ocupan un lugar preferente las tecnologías de las comunicaciones y la informática.¹⁵

Una y otra son elementos imprescindibles de ese nuevo orden social tan lleno de expectativas de progreso como de peligros en el que, se ha dicho, no hay otra frontera que la del conocimiento, la cual se halla, por lo demás, en constante expansión.¹⁶ Y digo “elementos imprescindibles” para subrayar las múltiples facetas en las que se manifiesta su esencialidad: en primer lugar, como agentes o causantes del estado actual de las relaciones sociales; en segundo lugar, como componentes necesarios de las mismas; en último término, en cuanto germen de nuevas transformaciones que afectarán a las formas y a los contenidos de la convivencia.

Porque, es indudable, los cambios que contemplamos se producen a una velocidad cada vez más vertiginosa y afectan decisivamente a los modos y medios de vida, a las relaciones sociales en sus más variados aspectos. En España hemos podido experimentar estos fenómenos con un cierto retraso inicial. Sin embargo, puede decirse que muy pronto se ha compensado, de manera que, desde hace ya algunos años, no sólo los sectores más avanzados de la investigación científica, de la defensa o de la economía, se están sirviendo de las últimas innovaciones tecnológicas, sino que éstas son una realidad en el desenvolvimiento de la vida cotidiana de la mayoría de la población.

La difusión de la informática, gracias, entre otras cosas, a los ordenadores personales y su conexión mediante las telecomunicaciones, han hecho posible no sólo que existan también entre nosotros las llamadas autopistas de la información, sino que haya cauces que se están convirtiendo en algo parecido a lo que en las primeras ciudades fue la plaza pública: un lugar de comunicación multidireccional abierto a todos y a todos los contenidos. Internet es uno de esos espacios que de un modo imparable se está ex-

15 Castells, **La era de la información**, cit., vol. I, pp. 59 y ss., explica los aspectos principales de lo que denomina “la revolución de la tecnología de la información”.

16 Véanse las ideas, teñidas de utopía, de Yoneji Masuda, **La sociedad informatizada como sociedad postindustrial** (traducción de **The Information Society as Postindustrial Society** 1980, de Julio Ollero y Francisco Ortiz Chaparro), Madrid, Tecnos, 1984, pp. 46 y ss.

tendiendo constantemente siguiendo pautas de progresión geométrica. De tal manera que no será preciso esperar el transcurso de mucho tiempo para que estemos todos conectados a esas redes en las que consiste.

Me refiero, naturalmente, a quienes pertenecemos a las sociedades desarrolladas, a éstas, fundamentalmente urbanas, que se caracterizan por unos niveles elevados de bienestar, expresados en servicios sociales y en capacidad de consumo. Sin embargo, no en todos los lugares se puede mantener este discurso. Efectivamente, el conocimiento y la tecnología progresan para todos, pero no todos pueden acceder en la misma medida a sus beneficios. Los problemas de la sociedad de la información de los que tenemos que ocuparnos no son los principales, ni mucho menos, en el llamado Tercer Mundo. Allí, las cosas no se aprecian de la misma manera que en el primero. En países en los que ni siquiera se han llegado a producir las transformaciones que supuso en su momento la revolución industrial, la reflexión sobre las consecuencias de la mundialización de la economía y de la sociedad dice poco. Ni las apelaciones al progreso científico permiten albergar esperanzas fundadas desde el momento en que, si en tales lugares irrumpen nuevos instrumentos que cada día se inventan y construyen, normalmente suelen ser aquellos que sirven para la guerra y la destrucción y para el mantenimiento de situaciones de poder que benefician solamente a unos pocos. Sucede que, en este ámbito, lo que define el estado de las cosas no es tanto el progreso científico y técnico, sino el mantenimiento de la desigualdad que caracteriza al orden socioeconómico mundial.

Conviene recordar estas realidades para introducir unas dosis de relatividad cuando planteamos la cuestión de los retos que nos presenta esa realidad de la sociedad de la información. Ciertamente, esos desafíos existen y afectarán cada vez a un mayor número de personas. Pero, al mismo tiempo, mientras una parte del mundo debe preocuparse por la pérdida de libertad que puede traer aparejada como consecuencia de las amenazas insidiosas que se van perfilando, son todavía muchas las personas que ven en juego su propia subsistencia puesta en peligro a causa de la guerra

o de otras formas de violencia o, simplemente, por la falta de alimentos o de medicinas para combatir el hambre y las enfermedades. Donde esto sucede no tiene mucho sentido preguntarse por las ventajas e inconvenientes que derivan de la sociedad de la información o de la informatización de la sociedad.

Pero en el mundo en el que vivimos, en nuestro entorno inmediato, el impacto tecnológico es tan intenso y acelerado que nos condiciona decisivamente y hace que cambien, cada vez más rápidamente, las coordenadas en las que nos movemos. Así, ahora se ha empezado a utilizar la expresión “sociedad red” para reflejar las últimas transformaciones. Pretende manifestar su estructura articulada por una malla densa de nodos a través de los que discurre información y se adoptan decisiones sobre los más variados asuntos o, mejor dicho, sobre todas las cuestiones que puedan suscitarse en las relaciones sociales. Es una forma de vida asociada caracterizada por su dinamismo y complejidad, así como por la descentralización. Su rasgo identificador ---la red o, si se prefiere, las redes--- representa un elemento añadido fundamental en la era de la información.¹⁷

Naturalmente, todo ello trae consecuencias muy importantes sobre todos los planos de las relaciones sociales. Y no todas son positivas, pues la tecnología, al tiempo que da seguridad a algunos, produce la inseguridad de muchos más. La vida privada y la autodeterminación informativa son bienes valiosos que se ven en peligro como consecuencia de las posibilidades que ofrecen las técnicas aplicadas a la información y a las telecomunicaciones. En realidad, hemos llegado a un punto en el que han desaparecido casi todas las barreras físicas y temporales que impedían o dificultaban el acceso por terceros al conocimiento de la vida ajena, la acumulación de esa información y su utilización inmediata, así como su conservación por tiempo ilimitado. En efecto, los medios que existen para captar, almacenar, elaborar y transmitir esos datos, no sólo hacen posible la intromisión no autorizada en la vida privada de los individuos, sino que permiten el acopio de todo

17 Así lo subraya Castells, que subtitula con esa expresión el primero de los volúmenes de su obra **La era de la información**, cit. Véanse, en ese volumen I, las pp. 549 y ss.

tipo de información relativa a una persona identificada o identificable y utilizarla inmediatamente sin su conocimiento, ni, por tanto, su control.¹⁸ Así, sucede que en la sociedad de la información, en esa sociedad red que se ha implantado en el mundo desarrollado, la demanda de intimidad y la necesidad de controlar el uso que terceros hacen de los datos de cada uno, han pasado a ser exigencias fundamentales.

5. La democracia

Y si, desde la perspectiva individual, volvemos a la colectiva que ofrece cuanto se refiere al proceso político, nos encontramos con que esas mismas tecnologías de la información y de las comunicaciones casi nos están imponiendo un nuevo modo de democracia. De la videopolítica, de la que hablaba Sartori,¹⁹ pasaríamos a la ciberdemocracia, que, además, se presentaría con el tranquilizador aspecto de la **living room democracy**, la democracia del cuarto de estar. Gracias a ella podríamos decidir sobre los asuntos públicos del mismo modo que en los programas interactivos de televisión los espectadores tienen la oportunidad de decidir cuál ha de ser el final de la historia que relatan entre las posibilidades ofrecidas o dirimir el resultado de un concurso.

Que los medios propios de las tecnologías de la información y de las comunicaciones pueden mejorar las condiciones de funcionamiento de la democracia, es indudable. Pero también son manifiestos los inconvenientes que comportan. Además del peligro de manipulación, está el riesgo de que acabe con la reflexión que, pese a todo, permiten los sistemas representativos preinformáticos, reflexión que es decisiva a la hora del buen funcionamiento de esta forma política. Si la democracia directa plantea ya estos problemas, practicada en tiempo real, podrían multiplicarse.

¹⁸ Sobre estos problemas que afectan a la intimidad de las personas y sobre la diferencia que media con la protección de datos de carácter personal, **cfr** Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, **El derecho a la autodeterminación informativa**, Madrid, Tecnos, 1990.

¹⁹ Véase Sartori, Giovanni **Homo videns: la sociedad teledirigida**, Madrid, Taurus, 1998.

Y, luego, está la cuestión de la visibilidad del proceso, con sus evidentes efectos legitimadores. En efecto, dejaríamos de “ver” lo que se hace, y tendríamos que “creer” lo que nos dicen que se ha hecho. Me refiero a que, en el procedimiento electoral vigente, los ciudadanos a los que se les confía el escrutinio de los sufragios que emitimos mediante papeletas — y los interventores de las candidaturas, así como el público en general — pueden ver con sus propios ojos cuántas papeletas se han introducido en la urna, pueden presenciar su cómputo, comprobar cuáles son las papeletas nulas. Todo se desarrolla ante sus ojos en términos perfectamente visibles para los ciudadanos ordinarios. Y lo mismo sucede allí donde se utilizan máquinas para la emisión del sufragio y el cómputo correspondiente que hacen posible apreciar directamente, a simple vista, el resultado de esas operaciones.²⁰

No obstante, si sustituimos esa manera de votar, que se ha convertido también en un rito legitimador, por formas de emitir el sufragio desde el propio ordenador o desde terminales predeterminadas, nadie verá lo que sucede. Sólo se dispondrá de la información sobre el número de sufragios y sobre el sentido de los mismos que ofrezca el sistema, pero habrá que creer a quienes tengan a su cargo su administración. Y eso, al día de hoy, tal vez no ofrezca las suficientes garantías ni aporte la legitimación —o, si se prefiere, la integración funcional del Estado—²¹ que, sin

20 Ciertamente, las circunstancias que se produjeron en los Estados Unidos, en la votación y escrutinio en el estado de Florida de las elecciones presidenciales del año 2000 (cfr., al respecto, Pasquino, Pasquale, “Un comentario a la sentencia Bush v. Gore”, **Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol**, núm. 33/2000, pp. 155 y ss.) no son la mejor propaganda para la utilización de máquinas en estos procesos. Sin embargo, es lo cierto que en ese país se sirven de ellas desde hace muchos años y que se está difundiendo la implantación de sistemas electrónicos e informáticos complementarios a los métodos de votación tradicionales para disponer más rápidamente de información sobre los resultados de las consultas. En España solamente se han usado de modo experimental. Ahora bien, la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco, tras su modificación por la Ley 15/1998, de 19 de junio, regula el voto electrónico, aunque no ha dispuesto su aplicación inmediata y general, sino que, en un rasgo de prudencia, ha dejado al propio Parlamento, a propuesta del gobierno, la decisión sobre el momento de aplicarlo y sobre las secciones y circunscripciones en las que se irá utilizando en los procesos electorales venideros. Del mismo modo, le ha dejado resolver, en los mismos términos, sobre si convivirá con el sistema de papeletas o lo sustituirá.

21 En los términos en que lo concibe Smend, Rudolf, **Constitución y derecho constitucional**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 78 y ss.

duda, produce el procedimiento democrático de elección tal como lo venimos practicando.

V. LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Tenemos, por tanto, ante nosotros, un panorama pleno de inquietantes presagios, pero, también, con elementos que permiten conjurar los riesgos que es posible apreciar o vislumbrar. ¿Cuál es la posición del ordenamiento jurídico ante esta situación?

Desde luego, está en función de la conciencia social que en cada momento y circunstancia existe. Tal como se sugería más arriba, no son los mismos los valores ni las prioridades que imperan en cada sociedad. Están, por el contrario, en función de las circunstancias reales en las que en ellas se vive. Por eso, poca importancia tendrán para quien debe intentar conservar la vida cada día, sorteando la guerra o la violencia generalizada o, simplemente, conseguir alimento para subsistir, los derechos que se relacionan con las posibilidades de control de la personalidad que ahora existen o con las consecuencias que pueda depararles la falta de protección de sus datos personales. Y una gran parte de la humanidad tiene que afrontar esas amenazas cotidianamente.

No obstante, no deja de ser cierto que en el mundo desarrollado y, sin ninguna duda, en las sociedades del bienestar, en las que, salvo los supuestos de marginalidad y exclusión social, las necesidades existenciales están cubiertas para la mayor parte de la población, lo que en el otro mundo sería un refinamiento inadmisiblemente, aquí tiene una importancia indiscutible.

Pero no son sólo las circunstancias materiales. Además está la conciencia de los derechos, que no es otra cosa que la idea de justicia que prevalezca. En efecto, la justicia, en términos concretos, podemos identificarla con el conjunto de bienes jurídicos tutelados bajo la forma de derechos fundamentales. O, lo que es lo mismo, con la satisfacción de las necesidades básicas de las personas y de sus grupos en el momento presente. Sólo cuando, a partir de ese presupuesto material, que implica la conciencia de que ha de ser atendida, opere el factor cultural o ideológico jus-

tificador, será posible establecer la dinámica política y social que conduzca a la apertura de espacios en el ordenamiento jurídico para que esas aspiraciones se realicen.

Frente a ese fenómeno, caben dos hipótesis, que se corresponden con la naturaleza de los sistemas jurídicos y su actitud frente a los derechos. Es decir, dependerá de si optan por el criterio de la declaración específica, que puede suscitar el problema de si la enumeración implica un catálogo cerrado, un **numerus clausus**, o por el de establecer cláusulas generales, dotadas de la flexibilidad necesaria para hacer posible la incorporación de las nuevas figuras.²² En principio, cada uno de estos modos de afrontar la cuestión conduce a que la resuelva un sujeto diferente. En el primero, parece que habrá de ser el constituyente o el legislador el que tome la iniciativa. En el segundo, será el juez y, especialmente, el juez constitucional, el llamado a desempeñar tal función. Ahora bien, no se trata de planteamientos necesariamente incompatibles, pues aunque predomine uno u otro, la observación de la realidad permite concluir que en todos los ordenamientos existen manifestaciones del contrario.

Por otro lado, siempre está el legislador internacional, que ha dado muestras evidentes, tras la segunda posguerra mundial, de su capacidad para dar importantes pasos adelante en el reconocimiento y protección de los derechos; legislador internacional de los derechos humanos que, en ocasiones, como ocurre en España, se convierte en referente necesario para la interpretación de las normas internas sobre la materia. Y para los Estados miembros de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales constituye un avance determinante, pues, aunque carezca de virtualidad jurídica, su potencialidad interpretativa es evidente. Lo pone de manifiesto el hecho de que, desde el primer momento, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya acudido a sus preceptos para apoyar sus pronunciamientos.

22 Revenga Sánchez, Miguel, "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", **Revista Española de Derecho Constitucional** núm. 64/2002, pp. 99 y ss., aborda con claridad e inteligencia algunas cuestiones que suscita esa alternativa.

Y que nuestro Tribunal Constitucional e, incluso, el legislador autonómico, se apoyen en ella, según veremos luego.²³

Pues bien, si aplicamos ese esquema al examen de las novedades que cabe apreciar en torno a los nuevos derechos, obtendremos algunos resultados interesantes. Van desde su reconocimiento formal y solemne en los textos constitucionales o en declaraciones de indudable relevancia jurídica y/o política, hasta su introducción a través de las leyes. Pero también nos encontraremos con ejemplos de su reconocimiento judicial. Y, junto a ello, será posible comprobar cómo viejos derechos e instituciones adquieren nuevos sentidos, ensanchan su ámbito material para acoger intereses que antes quedaban fuera de ellos, por obra de la jurisprudencia de los tribunales nacionales o internacionales.

Lamentablemente, las respuestas que así se logran no son totalmente satisfactorias. Lo normal es que resulten insuficientes, pero eso es algo que tiene que ver con la lógica que caracteriza al proceso de reconocimiento de los derechos. El dinamismo de la realidad es siempre superior al de las instituciones, al de la lucha por los derechos, y por eso su satisfacción difícilmente será plena.

23 Sobre el valor de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, **cfr.** Weber, Albrecht, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, **Revista Española de Derecho Constitucional**, núm. 64/2002, pp. 79 y ss.; Pace, Alessandro, “¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares”, **Teoría y realidad constitucional**, núm. 7/2001, pp. 173 y ss. Véanse, además, las contribuciones de Rubio Llorente, Francisco, “Mostrar los derechos sin destruir la unión”; Alonso García, Ricardo, “Las cláusulas horizontales en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”; Martín-Retortillo, Lorenzo, “Dos notas sobre la Carta”; Rodríguez Bereijo, Álvaro, “El valor jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, y Alonso Olea, Manuel, “El consentimiento informado, derecho humano fundamental”, todos ellos en el volumen dirigido por García de Enterría, Eduardo y Alonso García, Ricardo, **La encrucijada constitucional de la Unión Europea**, Madrid, Civitas, 2002, pp. 113 y ss. Igualmente, Sáiz Arnáiz, Alejandro, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales: ¿qué hay de nuevo?” (pp. 153 y ss.); y Alonso García, Ricardo, “El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea” (pp. 11 y ss.), ambos en el número 13/2001 de los **Cuadernos de Derecho Público**. Desde una perspectiva más amplia, **cfr.**, también, las monografías de Ugartemendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, **El derecho comunitario y el legislador de los derechos fundamentales**, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 2001, y Rodríguez, Ángel, **Integración europea y derechos fundamentales**, Madrid, Civitas, 2001. Además, véase Díez-Picazo Giménez, Luis María, **El constitucionalismo de la Unión Europea**, Madrid, Civitas, 2002.

Por lo demás, es de subrayar que, jurídicamente, no estamos tanto ante supuestos de creación de derechos, cuanto de descubrimiento o invención, tomando este término en el sentido latino de “hallar” o “encontrar”. Se desvela aquello que el ordenamiento jurídico contiene en potencia. O, al menos, se construye con los materiales que ya existen en su seno, aunque eso conduzca, en ocasiones, a darles un sentido absolutamente distinto al que antes tenían. Y esos materiales se reconducen siempre a las ideas centrales de la libertad y la igualdad con la mediación que aporta la justicia como factor que permite superar las exigencias de una y de otra que puedan ser contrapuestas. Pero se inventa poco, hablando ahora de inventar en el sentido de crear **ex novo**. Es más lo que se transforma y adapta, lo cual es coherente con los criterios que presiden el desarrollo de la sociedad y la relación del individuo con ella y con la naturaleza.

Y cuando esas transformaciones se ajustan a los requerimientos que brotan de la propia realidad de la vida, no debe temerse que la paulatina ampliación de los derechos a partir de las viejas ideas suponga una menor protección global. La especificación de los derechos no es peligrosa cuando responde a necesidades básicas. Es más: resulta obligada siempre que haga falta organizar de una forma eficaz la tutela jurídica de su satisfacción efectiva.²⁴

VI. NUEVOS Y VIEJOS DERECHOS

Esto supuesto, es menester, para terminar, ofrecer una muestra de los resultados, mejor dicho, de la respuesta del ordenamiento jurídico a las dificultades más recientes originadas por el progreso científico y por los avances tecnológicos.

²⁴ Véase, a este respecto, el debate suscitado en torno a la ponencia de Laporta San Miguel, Francisco, “En torno al concepto de derechos humanos”, **Doxa**, núm. 4/1987, pp. 23 y ss., y Pérez Luño, Antonio-Enrique, “Concepto y concepción de derechos humanos”, **ibidem** pp. 53 y ss. **Cfr.**, además, el punto de vista de Atienza Manuel, y Ruiz Manero, Juan, “A propósito del concepto de derechos humanos de Francisco Laporta”, **ibidem** pp. 67 y ss. La respuesta de Laporta se halla en las pp. 71 y ss.

1. La protección del ambiente

Aunque no se haya dado el paso de constitucionalizarlo como derecho fundamental, sí se ha asumido como principio rector de la política social y económica (artículo 45 de la Constitución), y es un límite efectivo para múltiples actividades públicas y privadas que puede hacerse valer ante los tribunales ejercitando, incluso, la acción popular. Los estatutos de autonomía comprometen a las comunidades a respetarlo, protegerlo y conservarlo, y está presente en las leyes sectoriales, como, por ejemplo, las que regulan el régimen del suelo y el urbanismo, las de costas y aguas. En ellas, se procura adoptar las medidas necesarias para preservarlo y restablecerlo cuando sean reversibles los daños que se le hayan ocasionado, constriñendo de manera muy intensa el derecho de propiedad privada y la libre iniciativa económica cuando comprometan esa protección. También ha dado lugar a formas de defensa de determinados ámbitos especialmente apreciados desde la perspectiva ambiental, como son los espacios naturales, y es objeto, incluso, de tutela penal.²⁵

Además, es posible comprobar cómo en su forma de condiciones de vida individuales puede ser defendido a través de otros derechos fundamentales. Resulta, así, que viejos derechos satisfacen nuevas necesidades generadas por el progreso económico. Es lo que sucede, por ejemplo, con el derecho a la protección de la vida privada. En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que dentro de él han de incluirse las pretensiones de disfrutar de unas condiciones de vida saludables, inexistentes, como consecuencia del estado de un vertedero público contiguo a la vivienda de una familia (caso López Ostra, 1994). Y, también, que se ve lesionado por la contaminación acústica causada por los aviones que sobrevuelan viviendas cercanas al aeropuerto (caso Hatton, 2001). Dimensión esta última de la vida

²⁵ Canosa Usera, Raúl, **Constitución y medio ambiente** Madrid, 2000, ha examinado el estado actual de la tutela del entorno, a la luz de los principios establecidos por la Constitución.

privada que se esbozó en la sentencia 119/2001 de nuestro Tribunal Constitucional, sin que llegase a asumirla la mayoría.

Ahora bien, en el medio plazo, el problema principal que se plantea respecto del medio ambiente, supuesto que se siga observando ese principio protector en los Estados que lo tienen reconocido, es el de hacerlo compatible con el desarrollo económico. Y, más concretamente, con el derecho al desarrollo de los pueblos que viven en la pobreza, los cuales tienen, además, que enfrentarse con la ironía de que quienes contaminaron antes les pidan ahora a ellos que no lo hagan para presevar un medio ambiente que no tuvieron reparos en deteriorar.

2. La solidaridad y el desarrollo de los pueblos

Desarrollo que ha de producirse a escala internacional. No debe haber dificultades para ello desde el momento en que sea concebido como una exigencia derivada de la concepción de los derechos humanos que se asienta en la dignidad de la persona y en la constitutiva igualdad de todos. A partir de esas premisas, no parece que su reconocimiento deba detenerse en las fronteras ni que deba verse afectado por el estatuto jurídico del territorio en el que cada uno vive. Por otra parte, no puede olvidarse que, en la medida en que las actuales condiciones socioeconómicas de los pueblos que componen lo que se ha venido a llamar el tercer, y aun el cuarto mundo, guardan relación con el progreso experimentado por el primero, las sociedades opulentas tienen contraída una especial responsabilidad en la satisfacción de esas clamorosas necesidades. No es éste, pues, un problema cuya solución pueda abandonarse a los remedios y paliativos que a tales desastres aporta la solidaridad espontánea de los particulares. Se trata, por tanto, de aplicar la lógica de la igualdad que preside la contemplación de los derechos en el seno del llamado Estado del bienestar²⁶ a este

²⁶ Aunque las disfunciones que en su seno se producen hagan necesario hablar también del “Estado del malestar” en el contexto de la crisis del Estado social. Cfr., al respecto, Cotarelo, Ramón, **Del Estado del bienestar al Estado del malestar**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990. Para una aproximación al Estado social en nuestro ordenamiento, véase Carmona Cuenca, Encarnación, **EL Estado social de derecho en la Constitución**, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000.

ámbito para realizar el imprescindible proceso de redistribución de la riqueza.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diversas disposiciones, ofrece el apoyo necesario para el reconocimiento del derecho al desarrollo. En particular, al afirmar que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y de los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” (artículo 22). Igualmente, al establecer que:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (artículo 25.1).

Y el artículo 28, en cuanto proclama el derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en la Declaración se hagan plenamente efectivos, asume los anteriores y los proyecta a este nivel.

A partir de esas bases, el derecho al desarrollo fue declarado por la Asamblea General de la ONU en 1986²⁷ como un “derecho humano inalienable en virtud del cual toda persona humana y todos los pueblos tienen la facultad de participar en, contribuir a y disfrutar del desarrollo económico, social, cultural y político en el que todos los derechos humanos y libertades fundamentales puedan ser plenamente realizados” (artículo 1.1). Sus titulares son, pues, principalmente las personas (artículo 2.1), pero también los pueblos (artículo 1.1), y el sujeto pasivo de sus demandas los Estados, quienes tienen la responsabilidad primaria de la creación de las condiciones nacionales e internacionales favorables a la rea-

27 En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, adoptada por la Resolución de la Asamblea General 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

lización de este derecho (artículo 3.1). Es de destacar que los deberes de los Estados se extienden al establecimiento de una cooperación internacional efectiva, de manera que no sólo afectan a las decisiones que separadamente adopten, sino a las que han de tomar en cuanto miembros de la comunidad internacional.

En la medida en que representa una respuesta a un problema global, en la medida en que satisface las necesidades básicas que subyacen a ese derecho, es la mejor manera de acabar a medio plazo con situaciones que chocan con toda forma de moralidad que merezca ese nombre, no debe suscitar ninguna objeción la promoción, con todos los recursos y energías disponibles, en colaboración con otros Estados y con las organizaciones internacionales, y, naturalmente, con los gobernantes de aquellos países en los que se deban aplicar, de políticas eficaces que devuelvan a todos los pueblos los medios para construir su propio futuro en su propia tierra. No obstante, si descendemos al plano de las realidades, se impone una visión pesimista respecto de la efectividad de este reconocimiento, vistas, por ejemplo, las dificultades que encuentran los Estados desarrollados para contribuir con el 0.7% de su Producto Interior Bruto al desarrollo de los pueblos que viven en la pobreza.

De ahí que se insista en la necesidad de contribuir a hacer realidad ese derecho. Son significativas, en este sentido, las manifestaciones de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en su Informe de 1998. Allí, tras recordar que se trata de un derecho que se concibe en estrecha conexión con la democracia como sistema político y con el respeto de los derechos humanos, señala:

El derecho al desarrollo está relacionado con todos los derechos humanos pero no puede identificarse con la suma de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, ni confundirse con el desarrollo mismo. Como en el caso de otros derechos humanos, la responsabilidad primaria de su realización descansa en los respectivos Gobiernos actuando individualmente y en cooperación entre ellos. Guiada por el espíritu de solidaridad, la acción internacional puede y debe ayudar en esos objetivos a los Gobier-

nos. Los Estados, en tanto que principales actores en la realización del derecho al desarrollo, han de garantizar el ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, reforzar la democracia y asegurar una administración pública honesta y transparente y una administración de justicia eficiente e imparcial.

Pero decía antes que también por razones de propia conveniencia y de estricta seguridad colectiva debe hacerse un esfuerzo por dar satisfacción a este derecho. En efecto, no es difícil pronosticar que será imposible atajar el fenómeno de la emigración/inmigración mientras permanezca esa injusticia. Y tampoco es complicado aventurar que tal estado de cosas será constante fuente de conflictos, de los que no podrán escapar ni siquiera quienes, hasta ahora, venían disfrutando de tranquilidad. Lamentablemente, la flagrante desigualdad existente seguirá produciendo en todo el mundo episodios de violencia que traspasarán las fronteras y no harán posible la aspiración, el derecho de todos a la paz.

3. La solidaridad y la exclusión social

En el plano de la solidaridad al que se ha hecho referencia, es evidente que los principios del Estado social de derecho obligan a los poderes públicos a acabar con el fenómeno de la exclusión y de la marginalidad social. No es cuestión dudosa, sino regla preceptiva que no requiere más que la puesta en práctica de las medidas necesarias. Sin que sea necesario para justificarlas aducir que del derecho a la vida deriva el derecho a prestaciones existenciales.²⁸ En efecto, no sólo son las normas constitucionales que afirman la igualdad y comprometen a los poderes públicos a realizarla las que imponen tal exigencia. Las comunitarias son bien precisas desde que el Tratado de Niza dio una redacción al artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, que incluye la lucha contra la exclusión como uno de sus objetivos. Y ahora, además, la Carta de los Derechos Fundamentales de la

²⁸ Que es lo que sostiene Gomes Canotilho, José Joaquim, “Tomemos en serio los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1/1989, pp. 239 y ss.

Unión Europea, en su artículo 34.3, hace explícita mención al problema, implicando, también, a la propia Unión en el objetivo de solucionarlo.²⁹

Siendo la asistencia social competencia de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.20^a), se comprende que sean ellas las protagonistas de importantes iniciativas en este campo mediante figuras como la renta mínima de inserción³⁰ y otras prestaciones sociales no contributivas. En este campo destaca el País Vasco, pues ha sido una Comunidad pionera en el desarrollo de importantes políticas asistenciales.³¹

Es evidente que el alcance de instrumentos como éstos es limitado, y que con ellos se ataca, no tanto a las causas que producen el fenómeno de la exclusión, como a sus efectos. No obstante, en tanto contribuyen a paliar formas inaceptables de desigualdad que se han extendido en las sociedades desarrolladas, han de considerarse como un avance en la senda trazada por el artículo 9.2 de la Constitución. Por lo demás, es una muestra de que existen medios para afrontar también otros casos en que perviven discriminaciones por razón del género o de otras circunstancias personales o sociales.

4. La identidad sexual y el matrimonio

Incluso en el campo de la familia, se aprecia que, a través de instituciones como las uniones civiles,³² dotadas ya de primeras formas de reconocimiento en España como consecuencia de iniciativas de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamien-

²⁹ Ese precepto dice. “Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho Comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

³⁰ Así, entre las más recientes, *cf.* la Ley 15/2001, de 27 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, sobre la Renta Mínima de Inserción.

³¹ Entre las normas que ha dictado en la materia destacan, por su relevancia, la Carta de Derechos Sociales y la Ley 12/1998, de 22 de mayo, de Medidas contra la Exclusión Social, modificada por la Ley 9/2000, de 10 de noviembre.

³² Véase, al respecto, Amunátegui Rodríguez, Cristina de, *Las uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables* Valencia, Tirant lo Blanc, 2002.

tos,³³ las primeras legislando al respecto y creando, al igual que los segundos, registros públicos para inscribirlas, es posible satisfacer algunas aspiraciones de quienes desean formar familias sin recurrir al matrimonio, particularmente en el caso de las parejas homosexuales. Por lo demás, son muy numerosos los convenios colectivos y los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo en las administraciones públicas que contienen previsiones en beneficio, no sólo del cónyuge del trabajador, sino también de quien convive con él establemente, aunque no estén unidos matrimonialmente.

Y eso sin contar con que en otros países se ha llegado, en este punto, al reconocimiento del matrimonio homosexual, bien en cuanto tal, bien por reconocer a las uniones de esa naturaleza el mismo estatuto jurídico que al matrimonio. Es conocida, en esta materia, la sentencia de 20 de diciembre de 1999, del Tribunal Supremo del Estado de Vermont, en los Estados Unidos, que condujo a la elaboración y aprobación de una ley que optaba por el segundo de los caminos indicados.

En Europa se han producido cambios de importancia. Entre ellos está el que se ha dado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo que concierne al derecho a la identidad sexual y al derecho al matrimonio de los transexuales operados. Así, en el caso *Sheffield y Horsham contra el Reino Unido* (sentencia 1998/34), afirmaba que no era irrazonable la actitud de las autoridades estatales de rehusar, por el momento, admitir que el sexo cerebral constituye una determinación esencial del sexo de un individuo, pues no se había demostrado que haya habido, en el ámbito de la ciencia médica, algún descubrimiento apto para disipar de manera concluyente las dudas relativas a las causas del transexualismo. De ahí que el Tribunal se mantuviera

33 Así, Aragón, con su Ley 6/1999, de 26 de marzo, sobre parejas estables no casadas; Navarra, con su Ley foral 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables; la Comunidad Valenciana, mediante su Ley 1/2001, de 6 de abril, reguló las uniones de hecho. Y lo mismo sucede con la Comunidad de Madrid, con su Ley 11/2001, de 19 de diciembre, y con la Comunidad de las Islas Baleares, con su Ley 18/2001, de 19 de diciembre, sobre régimen jurídico de las parejas estables. Por su parte, el Decreto 37/1996, de 9 de enero, de la Junta de Andalucía, instituyó el registro de uniones de hecho y lo mismo han hecho otras comunidades autónomas y diversos ayuntamientos.

en la posición que ya había adoptado en 1990 en la sentencia del caso Cossey, de 1986.

No obstante, en el caso Goodwin contra el Reino Unido (sentencia de 11 de julio de 2002), el Tribunal de Estrasburgo ha modificado su posición y ha llegado a reconocer, a partir del artículo 8 del Convenio Europeo —que proclama el derecho al respeto de la vida privada—, el derecho de los transexuales operados a disfrutar de la identidad sexual que han elegido sin sufrir por ello discriminaciones ni perjuicios. Así, en lo que se refiere a la determinación del sexo, dice ahora: “Para el Tribunal no es evidente que el elemento cromosómico deba constituir inevitablemente —con exclusión de cualquier otro— el criterio determinante a la hora de la atribución jurídica de una identidad sexual a los transexuales”.

Y añade: “Por ello, el Tribunal no está convencido de que el estado de los conocimientos médicos o científicos suministre un argumento determinante en cuanto al reconocimiento jurídico de los transexuales”.

Pero es que, en esa misma sentencia, y en la dictada en la misma fecha en el caso I contra el Reino Unido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a partir del reconocimiento que acaba de hacer y de los términos en que la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos recoge el derecho al matrimonio en su artículo 12,³⁴ afirma el derecho de los transexuales operados a contraerlo. En efecto, dice:

Si corresponde al Estado contratante determinar, especialmente, las condiciones que debe cumplir una persona transexual que reivindica el reconocimiento jurídico de su nueva identidad sexual para establecer que su conversión sexual se ha producido correctamente y aquellas conforme a las cuales un matrimonio anterior deja de ser válido o, incluso, las formalidades aplicables a un futuro matrimonio (por ejemplo, la información a facilitar a los futuros esposos), el Tribunal no ve ninguna razón que justifique que los transexuales sean privados del derecho a casarse.

³⁴ El artículo 12 dice así: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

Y, en relación con esta cuestión, ha manifestado antes a propósito del derecho al matrimonio reconocido por el artículo 12 del Convenio:

Ciertamente, la primera frase contempla expresamente el derecho del hombre y de la mujer a casarse. El Tribunal no está convencido de que se pueda hoy en día seguir admitiendo que estos términos implican que el sexo deba estar determinado según criterios puramente biológicos (tal como lo declaró el juez Ormrod en el caso *Corbett v. Corbett...*). Después de la adopción del Convenio, la institución del matrimonio ha sido profundamente alterada por la evolución de la sociedad, y los progresos de la medicina y de la ciencia han entrañado cambios radicales en el campo de la transexualidad. El Tribunal ha constatado más arriba, en el ámbito del artículo 8 del Convenio, que el test de factores biológicos congruentes en un transexual operado no podía seguir constituyendo un motivo suficiente para justificar la negativa a reconocer jurídicamente el cambio de sexo del interesado. Hay otros importantes factores que deben ser tenidos en cuenta: el reconocimiento por la comunidad médica y por las autoridades sanitarias de los Estados contratantes del estado médico de trastorno de la identidad sexual, la oferta de tratamientos, comprendidas las intervenciones quirúrgicas que permitan a la persona afectada aproximarse tanto como sea posible al sexo al cual siente que pertenece, y la adopción por ella del rol social de su nuevo sexo. El Tribunal constata igualmente que la redacción del artículo 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea aprobada recientemente se separa — y eso no puede ser si no deliberado— de la del artículo 12 del Convenio en que excluye la referencia al hombre y a la mujer.

No hay que olvidar, a este respecto, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ya había admitido la existencia de vínculos familiares fuera del matrimonio y extendido la noción de “vida familiar” recogida en el artículo 8 del Convenio, de forma que incluya, también, los vínculos derivados de la cohabitación (sentencias *Keegan contra Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, y *Kroon y otros contra Países Bajos*, de 27 de octubre de 1994). Además, en la sentencia *X e Y contra el Reino Unido*, de 22 de abril de 1997, protegió los lazos establecidos en una pareja formada por

un transexual y una mujer que había sido inseminada artificialmente, razonándolo así:

La Corte constata que X es un transexual sometido a una intervención quirúrgica de cambio de sexo. Vive con Y desde 1979 asumiendo ante todos el papel masculino. La pareja ha obtenido un tratamiento de fecundación que ha permitido a Y concebir un hijo... desde su nacimiento X se ha comportado como el padre de Z... en esas condiciones el Tribunal considera que las relaciones familiares de hecho unen a los tres recurrentes...³⁵

Es evidente que estos pronunciamientos, por fuerza del artículo 10.2 de la Constitución, según el cual las normas constitucionales relativas a los derechos y deberes que aquélla reconoce han de ser interpretadas de conformidad con los tratados y convenios internacionales ratificados por España en estas materias, lo que supone, también, conformidad a la jurisprudencia de Estrasburgo, han de proyectar sus efectos en nuestro ordenamiento jurídico.³⁶ Sobre todo desde el momento, en lo que hace al matrimonio, en que el artículo 32 del texto fundamental reconoce el derecho a contraerlo al hombre y a la mujer; pero no dice que deban hacerlo entre ellos.

Ahora bien, con independencia de la facilidad o dificultad para aplicar la doctrina que se acaba de sentar, debe subrayarse que, en esas sentencias de 11 de julio de 2002, el Tribunal Europeo ha tomado nota o, mejor dicho, ha dejado constancia de un cambio decisivo, nada menos que en unos sectores tan sensibles como el estatuto de la persona y el derecho de familia, debido, precisamente, a los progresos que la ciencia y la tecnología han traído consigo y a las modificaciones que, a partir de ellos y en relación con ellos, se han producido en las pautas culturales que predominan en nuestras sociedades.

³⁵ Tomo esta referencia de Santolaya Machetti, Pablo, **El derecho a la vida familiar de los extranjeros** trabajo inédito, de próxima publicación.

³⁶ Sobre la virtualidad del artículo 10.2 de la Constitución, véase Sáiz Arnáiz, Alejandro, **La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española** Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

5. La salud y el testamento vital

En este mismo plano de la individualidad hay otros problemas que también se van resolviendo. Así, el derecho a la protección de la salud. Porque en España y en otros países en los que las condiciones económicas lo hacen posible, cabe hablar de un verdadero derecho. Y es que, si bien la Constitución, en su artículo 43, la enuncia como un principio rector, la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) ha dado el paso al que se refiere el artículo 53.3 del texto fundamental. En efecto, regula “todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución” (artículo 1). Derecho éste surgido de la especificación de un principio que se concreta en el haz de facultades explicitado por el artículo 10 de esa Ley General de Sanidad. Y, en relación con él, el derecho a no sufrir y a decidir sobre el tratamiento médico que se desea o no se desea recibir en el caso de enfermedades terminales que priven de la conciencia al enfermo que las padece ha recibido ya las primeras formas de reconocimiento formal. También en este aspecto han sido las Comunidades Autónomas las que han abierto el camino al regular el testamento vital.

La Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, lo introdujo en España. Con ese nombre o con el de **documento de voluntades anticipadas**, se ha extendido a otras Comunidades Autónomas.³⁷ Se trata de un instrumento jurídico por medio del cual el paciente, cuando se halla en plena posesión de sus facultades, decide sobre la manera en que el médico ha de proceder cuando, a causa del progreso de la enfermedad o por hallarse, por cualquier causa, privado de aquéllas, no pueda hacerlo.

³⁷ Es el caso de Galicia (Ley 3/2001, de 28 de mayo), Madrid (Ley 12/2001, de 26 de diciembre), Aragón (Ley 6/2002, de 15 de abril), La Rioja (Ley 2/2002, de 17 de abril), Navarra (Ley foral 11/2002, de 6 de mayo), siendo de significar que esa previsión, contenida en leyes específicas en los demás casos, en La Rioja, Aragón y Madrid se introdujo en las que regulaban los correspondientes servicios de salud.

Asimismo, se han regulado los derechos de los enfermos terminales, reconociéndoles el de rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida y el de morir con dignidad en la intimidad.³⁸

Por otro lado, es preciso tener presente que, como consecuencia de la aplicación de principios e instituciones aparentemente alejados de los que guardan relación con la salud, es posible obtener alguna reparación para supuestos que tienen que ver con ella en circunstancias muy llamativas. Es el caso de la aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado, prevista en el artículo 106.2 de la Constitución y regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, para resarcir a la madre por las malformaciones congénitas con las que nació su hijo, sin que tuviera la posibilidad de decidir si continuaba con el embarazo o recurría al aborto dentro del plazo previsto para ello a causa de la deficiente atención que recibió durante su embarazo en un hospital público.³⁹

Desde una perspectiva distinta, pero siempre en el campo de las cuestiones relacionadas con la vida, se sitúan las intervenciones legislativas encaminadas a regular la reproducción asistida y las iniciativas dirigidas a sentar criterios en terrenos tan inseguros como los que abren la biomedicina y la biotecnología con las aplicaciones de la ingeniería genética que van siendo posibles.

Respecto de lo primero, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, de técnicas de reproducción asistida humana, abrió el espacio jurídico necesario para aplicar los conocimientos y los remedios que han abierto expectativas y esperanzas ---como dice su exposición de motivos--- en el tratamiento de la esterilidad con resultados, sin duda, satisfactorios. No obstante, al mismo tiempo que ha encauzado la utilización de técnicas que han hecho posible lo que antes era imposible, no pudo resolver problemas que ahora se debaten. Tal es el caso del destino de los embriones no implantados y, en general, de los óvulos y del espermatozoides donados y los derechos

³⁸ Así, por ejemplo, en la Ley de La Rioja, 2/2002, de 17 de abril, de normas reguladoras de la salud.

³⁹ Véase la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de mayo de 2002, dictada en el recurso 877/1999.

que podrían corresponder a los donantes de esos materiales biológicos. Y, con relación a los embriones, la posibilidad de utilizarlos para la experimentación científica es objeto de particular discusión, pues la Ley 35/1988 la permite en su artículo 15 respecto de preembriones vivos que no se desarrollen **in vitro** más allá de quince días después de la fecundación del óvulo, descontando el tiempo que pudieron haber estado crioconservados, siempre que medie el consentimiento de los donantes y la investigación se haga en centros sanitarios y por equipos científicos multidisciplinarios legalizados, cualificados y autorizados bajo el control de las autoridades públicas competentes.⁴⁰

En cuanto a las posibilidades que conllevan las aplicaciones biomédicas en el ámbito de la genética, las concreciones jurídicas son más escasas. Se mueven, además, en el plano de los principios y las orientaciones a partir de criterios básicos, como el que apunta a favorecer los fines terapéuticos y proscribir los eugenésicos. Pero son posiciones de partida que, en la práctica, tienen que acomodarse a los problemas, siempre complejos, que ofrece la realidad. En coherencia con el alcance de las dificultades que aquí existen, no ha sido el legislador estatal el que ha abierto el camino. Como en otros casos en los que se afrontan retos desconocidos anteriormente, ha sido el derecho internacional el que ha empezado a formalizar orientaciones por las que pueden discurrir las respuestas jurídicas. Me refiero al conocido como Convenio de Oviedo sobre biomedicina.⁴¹

6. El derecho a la autodeterminación informativa

Por otra parte, y en lo que concierne a la autodeterminación informativa, hemos visto cómo, a partir de la Constitución, más en particular, de su artículo 18.4, con la orientación de convenios internacionales y la intervención del legislador, el Tribunal Cons-

⁴⁰ Ese mismo artículo sienta cautelas adicionales para la investigación sobre preembriones vivos viables.

⁴¹ Se trata del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. Se publicó en el **BOE** el 20 de octubre de 1999.

titucional ha reconocido, al mismo tiempo que lo hacía la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, derecho que protege directamente de los peligros creados por el avance tecnológico.⁴² Creo que es uno de los casos más claros de construcción de un derecho fundamental que hasta ahora hemos visto, pues en los demás estamos ante la extensión de la protección derivada de otros.

El artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lo enuncia así:

Toda persona tiene el derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines determinados 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. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.

Las líneas maestras que distinguen su régimen jurídico son las siguientes. Es un derecho fundamental⁴³ que se reconoce a las personas físicas y regula la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Se funda en el artículo 18.4 de la Constitución, interpretado conforme al Convenio núm. 108, de 1981, del Consejo de Europa sobre el tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Supone, ante todo, la exigencia del consentimiento informado del afectado como regla que ha de observarse antes de proceder a un tratamiento de este tipo de datos, consentimiento que solamente puede ser obviado cuando la ley así lo permita. Luego, comporta el reconocimiento a todos de facultades positivas y negativas sobre la in-

42 Cfr. Murillo de la Cueva, Pablo Lucas, **Informática y protección de datos personales**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Además, véase, también, mi trabajo "Las vicisitudes del derecho español de la protección de datos personales", **Revista Vasca de Administración Pública**, núm. 58(II)/2000, pp. 211 y ss.

43 Véanse las SSTC 292 y 290/2000, ambas de 30 de noviembre, en especial, la primera que es la que se ocupa de perfilar la naturaleza y el contenido esencial del derecho a la autodeterminación informativa, apoyándose para ello en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

formación personal que les afecta y que sea objeto de tratamiento o se halle en ficheros automatizados. Es decir, el derecho a conocer la existencia de ficheros en los que se tratan datos personales y, en particular, los derechos a acceder a los que se refieran al afectado, rectificar los incorrectos y cancelar los excesivos, inadecuados a la finalidad para la que se recabaron u obtenidos en violación de las normas legales. También implica la facultad de oponerse al tratamiento de los propios datos cuando éstos hubieran sido obtenidos por terceros sin su consentimiento, por constar en fuentes accesibles al público, y el derecho a no ser perjudicado por actos jurídicos, públicos o privados, que se funden en valoraciones de la personalidad obtenidas por medio de tratamientos de datos.

Como es natural, a estos derechos de los titulares de los datos personales corresponden los correlativos deberes de quienes los acopian, tratan, transmiten, conservan o utilizan de cualquier manera. Existen, por otra parte, algunos datos que por su naturaleza particularmente sensible reciben una protección especial. Además, se han establecido reglas objetivas que han de presidir el uso de los datos personales, y, desde luego, se han creado instituciones, las Agencias de Protección de Datos, procedimientos e, incluso, sanciones específicas —penales y administrativas— para hacer efectiva tal protección y, a la postre, el derecho en causa.

En los años transcurridos desde que en 1992 se procedió al primer desarrollo legislativo del artículo 18.4 de la Constitución se han conseguido importantes avances en la tutela del derecho a la autodeterminación informativa. A ello ha contribuido, sin duda, la labor de la Agencia de Protección de Datos estatal y, más recientemente, la jurisprudencia constitucional y ordinaria, que ha empezado a perfilar su alcance en las controversias que han tenido que resolver los tribunales. No obstante, nos hallamos todavía en una fase primaria, en la que no se han extraído todas las potencialidades presentes en las normas jurídicas, en buena medida porque no se ha alcanzado aún una conciencia plena de los riesgos que en este campo amenazan a las personas.

Por lo demás, existen obstáculos poderosos derivados de los importantes intereses que se mueven en relación con la información

personal. Bien sean los que tienen que ver con el poder, bien sean los que tienen que ver con el dinero. La Ley Orgánica 5/1992 fue más sensible a los primeros, pero la Ley Orgánica vigente, la 15/1999, ha abierto amplios espacios a los segundos, de una manera no siempre comprensible a la luz de los principios que deben informar la protección de datos.⁴⁴ En esta línea, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico,⁴⁵ plantea nuevas dificultades. Entre ellas las que tienen que ver con el deber que impone a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, a los proveedores de acceso a redes de telecomunicaciones y a los prestadores de servicios de alojamiento de datos de retener, por un periodo máximo de doce meses, los datos personales que sirvan para localizar el equipo terminal utilizado por el usuario, datos que habrán de conservar y que deberán comunicar a los jueces o al Ministerio Fiscal cuando los requieran en el curso de una investigación criminal o a las fuerzas y cuerpos de seguridad. Y, también, las relacionadas con las facultades de lo que llama “autoridad competente” para intervenir en la prestación de servicios de la sociedad de la información ordenando la suspensión de alguno o la retirada de contenidos provenientes de prestadores de servicios establecidos en España, así como suspendiendo la transmisión de datos, su alojamiento en redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación que pudiera realizar.⁴⁶ Estas dificultades derivan de la indeterminación con que se han configurado estas previsiones.

44 A ello me he referido en mi trabajo “Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales”, **Revista Vasca de Administración Pública**, núm. 58 (II)/2000, monográfico sobre Los derechos fundamentales en la nueva Europa, pp. 211 y ss.

45 Dictada para incorporar al ordenamiento español la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico (Directiva sobre el comercio electrónico) y la Directiva 98/27/CE, del Parlamento y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. Sobre esta Ley, **cfr** Belén Veleiro Reboredo, “La Ley 34/2002, de 11 de julio de, Servicios de la Sociedad de la Información y del Comercio Electrónico”, **Actualidad Jurídica Aranzadi**, año XII, núm. 542, de 25 de julio de 2002, pp. 1 y ss.

46 Lo primero resulta del artículo 12 de esta Ley, y lo segundo de su artículo 11.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Vemos, pues, que hay un dinamismo en el ordenamiento jurídico, fruto de las demandas relacionadas con las necesidades emergentes en la vida social como consecuencia de las alteraciones que en ella se producen. Cambios que en muchas ocasiones tienen en su origen innovaciones aportadas por el progreso en el conocimiento científico y en sus aplicaciones prácticas. Asimismo, hemos visto que las respuestas que el derecho ofrece llegan, unas veces, a través de la producción de normas y, otras, por medio de la interpretación que llevan a cabo los tribunales de justicia. Ciertamente, esto no sucede respecto de todas las demandas que surgen de la sociedad, ni en todos los casos el nivel de aceptación de las pretensiones que desde ella se esgrimen es el mismo. Pero eso depende de la fuerza con la que se defienden y de la receptividad hacia ellas de la conciencia social, la cual tiene mucho que ver con la conexión de esas reivindicaciones con las formas de vida y con el grado de aceptación de los valores que encierran.

Por lo demás, fuera de los supuestos en los que, bien en el plano normativo, bien en el plano jurisprudencial, se produzca el reconocimiento formal de un nuevo derecho —lo que, como es fácil comprender, no sucederá todos los días— el ajuste entre la realidad y las normas que pretenden regularla tendrá lugar a través de la acción de los jueces. En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas es el cauce por el que se buscará y a menudo obtendrá la satisfacción de las nuevas necesidades, aunque no haya mediado el reconocimiento expreso de los nuevos derechos. Y eso será posible porque, a la postre, los viejos y los nuevos tienen una misma raíz: la dignidad de la persona, y unos mismos ingredientes básicos: los que se refieren a las dos ideas-fuerza que aquí operan, la libertad y la igualdad, junto al punto de equilibrio entre ellas que representa la justicia.

Así, pues, desde esos presupuestos, la interpretación judicial, el ejercicio cotidiano de la jurisdicción, que no es sino decir cuál es la regla que resuelve cada concreto litigio, hace posible la paulatina adecuación del ordenamiento jurídico a las nuevas circuns-

tancias, extendiendo las previsiones de las normas a supuestos no contemplados cuando se redactaron las disposiciones que las recogen. Ese derecho vivo, si bien no puede atender todos los requerimientos sociales, sí es capaz de enfrentar a muchos de ellos. De este modo, la aplicación de los principios que, en último extremo, corresponde a los jueces, ofrece soluciones a los problemas que plantea el avance científico y los cambios tecnológicos que le acompañan y prepara el terreno para el reconocimiento formal de nuevas figuras de derechos.

No es motivo suficiente para sentir un especial optimismo, pero sí permite apreciar los términos en los que se mueve la capacidad del ordenamiento jurídico para recibir y adaptarse a las nuevas demandas sociales expresadas en forma de reivindicación de derechos.