

Rd. 95.616

TE

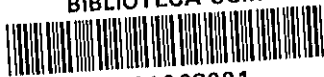
805

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Facultad de Derecho

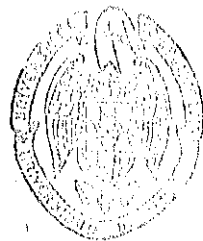
Departamento de Derecho Constitucional

BIBLIOTECA UCM



5301968991

LA CONFIGURACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD



BIBLIOTECA
DE DERECHO

Carlos Ruiz Miguel

Madrid, 1992

Colección Tesis Doctorales. N.º 376/92

© Carlos Ruiz Miguel

Edita e imprime la Editorial de la Universidad
Complutense de Madrid. Servicio de Reprografía.
Escuela de Estomatología. Ciudad Universitaria.
Madrid, 1992.

Ricoh 3700

Depósito Legal: M-38503-1992



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

SECRETARIA DE ALUMNOS

La Tesis Doctoral de D. Carlos. RUIZ. MIGUEL..

.....
Titulada "LA CONFIGURACION CONSTITUCIONAL DEL DERECHO
...A LA INTIMIDAD".....

Director Dr. D. Pablo. LUCAS. VERDU.....

fue leida en la Facultad deDERECHO.....

de la UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID, el día ..15..

de ..Junio..... de 19 92.., ante el tribunal

constituido por los siguientes Profesores:

PRESIDENTE .. Pedro de VEGA GARCIA.....

VOCAL .. ANGEL ... SANCHEZ DE LA TORRE.....

VOCAL .. PABLO ... LUCAS ... AMBILLO.....

VOCAL ... JAVIER ... GARCIA ... FERNANDEZ.....

SECRETARIO ... RAUL ... GONZA ... USERA.....

.....
habiendo recibido la calificación de *Aptu cum*
laude por unanimidad
.....

Madrid, a 15 de junio de 19 92

EL SECRETARIO DEL TRIBUNAL.

Raúl

FACULTAD DE DERECHO

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

LA CONFIGURACION
CONSTITUCIONAL DEL
DERECHO A LA INTIMIDAD

*Tesis presentada para la colación del grado de Doctor en
Derecho por Carlos Ruiz Miguel, bajo la dirección del Prof. Dr.
D. Pablo Lucas Verdú, Catedrático de Derecho Político.*

Madrid, 1992

Ex Elena lux

INTRODUCCION.....	1
I. LA IDEA DE INTIMIDAD	3
1. Precisiones conceptuales	3
a. El fenómeno, la idea, el derecho	3
b. Lo privado y lo íntimo	5
2. El origen de la idea de intimidad	7
a. Teoría racionalista	7
b. Teoría histórica	9
3. El desarrollo histórico de la intimidad.....	10
a. Antigüedad preclásica y pueblos orientales	10
b. Grecia	12
b.1 La polis	12
b.2 La crisis de la polis	17
c. Roma	19
d. El Cristianismo	23
e. Pueblos germánicos	28
f. Edad Media.....	29
g. La Modernidad	34
g.1 La Modernidad medievalizante española.....	34
g.2 Renacimiento.....	36
g.3 Reforma protestante.....	39
g.4 El liberalismo	43
a. Liberalismo moderado o inglés	43
b. Liberalismo radical o francés.....	49
g.5 La sociedad urbana, industrial.....	53
g.6 El totalitarismo	61
g.7 El Estado del Bienestar y el capitalismo de Consumo ..	65
g.8 La sociedad post-industrial.....	67
4. Conclusiones.....	73

II. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO	
CONSTITUCIONAL ESPAÑOL	76
1. El lugar del Derecho a la intimidad de la Constitución en el marco del Derecho Constitucional Comparado	76
2. Antecedentes históricos de la Constitución española de 1.978	77
3. El canon interpretativo del art. 10.2 C.E.	84
a) Los Convenios Internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España.....	86
b) El artículo 8 del Convenio de Roma en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	89
b.1 Aclaración previa.....	89
b.2 El artículo 8 en la jurisprudencia del TEDH.....	90
A. Contenido	90
a') Vida privada	91
b') Vida familiar	91
c') Respeto de domicilio	94
d') Respeto de la correspondencia; comunicaciones telefónicas.....	96
e') Derecho a la autodeterminación informativa	97
f') Protección del honor	100
g') Otros derechos próximos.....	102
g'1) Derecho a la educación	102
g'2) Derecho a la herencia.....	103
g'3) Derecho al reconocimiento de la transexualidad	103
g'4) Derecho a la propia imagen.....	104
g'5) Derecho a la impugnación de la paternidad....	104
g'6) Derecho al matrimonio.....	105
g'7) Derecho al divorcio	106

g'8) Derecho de visita a reclusos	107
g'9) Libertad contractual	107
B. Los sujetos	107
a) Extranjeros.....	108
b) Personas jurídicas	109
C. Naturaleza	110
a') Configuración negativa y positiva del art. 8	110
b') Configuración institucional del art. 8.....	111
D. Ambito. Drittwirkung.....	113
E. Límites	115
a') Doctrina general sobre límites del art. 8	115
a'.1) El problema de los límites implícitos.....	115
a'.2) Relación entre los arts. 8.2 y 10.2 CEDH.....	116
a'.3) Requisitos de la Injerencia.....	118
a'3.A) Prevista por la ley.....	119
I. Existencia de una base legal en Derecho	
interno	119
II. Calidad de la ley.....	120
II.a) Accesibilidad.....	120
II.b) Previsibilidad.....	121
a'3.B) Fines legítimos	122
a'3.C) Necesaria en una sociedad democrática	126
I. Concepto de necesidad	126
II. Margen nacional de apreciación	127
III. Control europeo	128
b') Referencia especial a los conflictos entre el art. 8	
y el art. 10	130
b.3 La repercusión de la Jurisprudencia del TEDH en la	
interpretación del art. 18 CE.....	135

A. La interpretación de los derechos fundamentales en la CE.....	135
B. La jurisprudencia del TEDH y el art. 18 CE.....	140
b.4 Conclusiones	142
4. El derecho a la intimidad en la CE.....	144
a) Contenido	144
a.1 Derecho a la intimidad personal.....	144
a.2 Derecho a la Intimidad familiar	148
a.3 Inviolabilidad de domicilio.....	151
a.4 Secreto de las comunicaciones	154
a.5 Derecho a la autodeterminación informativa.....	158
a.6 Secreto profesional	160
a.7 Secreto documental	163
a.8 Libertad de conciencia	164
a.9 Derecho a la propia imagen	167
a.10 Derecho al honor.....	170
a.11 Otros posibles contenidos	172
b) Los sujetos del derecho	175
b.1 Extranjeros	176
b.2 Personas jurídicas	177
c) Naturaleza	185
c.1 Derecho de defensa	185
c.2 Configuración positivo-institucional	187
c.3 Dimensión axiológica.....	190
c.4 Elemento esencial de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional	194
d) Ambito de eficacia	198
d.1 Relaciones con los poderes públicos.....	198
d.2 Relaciones entre particulares.....	203
A) La cuestión doctrinal	204

B) El problema en la Constitución.....	207
C) Eficacia inter privados del derecho a la intimidad...	208
D) Concreciones de la eficacia inter privados en algunas áreas del ordenamiento	210
a') En el Derecho civil	210
b') En el Derecho del Trabajo.....	211
c') En el Derecho Mercantil.....	213
e) Límites	215
e.1 Límites internos	216
e.2 Limitaciones externas.....	218
A) Doctrina general del TC	218
B) Reconocimiento de la objeción de conciencia	221
C) Relaciones de sujeción especial	224
a') Funcionarios. Especial consideración de los militares.....	225
b') Relación jurídico-penitenciaria.....	230
D) Arts. 31.1 y 2	233
a') Art. 31.2	233
b') Art. 31.1. Clases de impuestos y derecho a la intimidad.....	235
E) Otros posibles límites	245
e.3 Especial consideración de las relaciones entre el derecho a la intimidad y las libertades de expresión e información.....	246
A) Consideraciones histórico-doctrinales.....	246
B) Análisis de la jurisprudencia constitucional	256
a') Primera fase: hasta la STC 104/1986	256
b') Segunda fase: desde la STC 104/1986.....	264
c') Crítica de la jurisprudencia constitucional presente	275

f) Suspensión.....	285
f.1 Suspensión general.....	286
f.2 La llamada suspensión individual	292
g) Garantías	296
g.1 Normativas	297
g.2 Institucionales	309
g.3 Penales.....	313
A. Intimidad en sentido estricto.....	313
B. Manifestaciones del derecho a la intimidad	322
g.4 Civiles	326
A. La L.O. 1/1982	326
B. Otras garantías	328
g.5 Laborales.....	333
g.6 Administrativas	335
g.7 Jurisdiccionales	347
A. Garantías jurisdiccionales penales.....	347
a') Procedimiento ordinario.....	347
b') Amparo judicial penal	366
B. Garantías jurisdiccionales civiles.....	367
a') Procedimiento ordinario.....	367
b') Amparo judicial civil	376
C. Garantías jurisdiccionales contencioso- administrativas	377
D. Garantías jurisdiccionales constitucionales.....	379
5. Derecho a la intimidad y Derecho Comunitario	384
a) Los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario ..	384
a.1 Fase "inhibicionista"	386
a.2 Fase "proteccionista"	389
A. El período del nivel de protección máximo	392
B. El período del nivel de protección mínimo	396

b) El Derecho a la intimidad en el Derecho Comunitario.....	401
b.1 Derecho a la intimidad personal	404
b.2 Derecho al respeto a la vida familiar	405
b.3 Derecho al secreto de las comunicaciones.....	406
b.4 Derecho a la inviolabilidad de domicilio	415
b.5 Derecho a la autodeterminación informativa.....	423
c) El problema ante el ordenamiento jurídico español.....	425
c.1 El conflicto Derecho Comunitario-Derecho	
Constitucional Español.....	425
A. Los precedentes extranjeros	425
a/ Italia	425
b/ R.F.A.	436
c/ Francia	448
B. La posición del T.C.	450
c.2 Dos problemas concretos.....	460
A. El secreto de las comunicaciones	460
B. La inviolabilidad de domicilio	465
III. CONCLUSIONES.....	471
IV. NOTAS.....	480
Parte Primera	480
Parte Segunda	503
Cap. 1	503
Cap. 2	514
Cap. 3	515
Cap. 4	528
Cap. 5	572
V. RELACION DE SENTENCIAS CITADAS	587
VI. BIBLIOGRAFIA.....	601

ABREVIATURAS.

- AA - Alta Autoridad de la CECA.
- ATC - Auto de inadmisión del TC.
- AUE - Acta Unica Europea.
- BLE - Boletín de Legislación Extranjera.
- BVerfGE - Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
- CCAA - Comunidades Autónomas.
- CCEE - Comunidades Europeas.
- CCV - Código Civil.
- CE - Constitución Española.
- CECA - Comunidad Europea del Carbón y el Acero.
- CEDH - Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos.
- CEE - Comunidad Económica Europea.
- CEEA - Comunidad Europea de la Energía Atómica.
- CP - Código Penal.
- DOCE - Diario Oficial de las Comunidades Europeas.
- DUDH - Declaración Universal de Derechos Humanos.
- GC - Giurisprudenza Costituzionale.
- GG - Ley Fundamental de Bonn.
- LEC - Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LECr - Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- LET - Ley del Estatuto de los Trabajadores.

LGT - Ley General Tributaria.

LISOS - Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

LJCA - Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LODES - Ley Orgánica De los Estatutos de alarma, excepción y sitio.

LODP - Ley Orgánica del Defensor del Pueblo.

LOPJ - Ley Orgánica del Poder Judicial.

LOPSC - Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

LOTC - Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

LPA - Ley de Procedimiento Administrativo.

NJW - Neue juristische Wochenschrift.

PIDCP - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PJ - Poder Judicial.

RAP - Revista de Administración Pública.

RDP - Revista de Derecho Político.

Recueil - Recueil de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes.

REDC - Revista Española de Derecho Constitucional.

REP - Revista de Estudios Políticos.

RFDUC - Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

RGD - Revista General de Derecho.

RGIT - Reglamento General de la Inspección de Tributos.

RIE - Revista de Institucionales Europeas.

RRC - Reglamento del Registro Civil.

RROO - Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

STC - Sentencia del TC.

STCFA - Sentencia del TCFA.

STCI - Sentencia del TCI.

STEDH - Sentencia del TEDH.

STJCE - Sentencia del TJCE.

TC - Tribunal Constitucional Español.

TCECA - Tratado instituyendo la CECA.

TCEE - Tratado instituyendo la CEE.

TCEEA - Tratado instituyendo la CEEA.

TCFA - Tribunal Constitucional Federal Alemán.

TCI - Tribunal Constitucional Italiano.

TEDH - Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJ/TJCE - Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

VP - Volo Particular.

INTRODUCCION.

El derecho a la intimidad es uno de los campos más sugestivos para el estudio del Derecho en general, y del Derecho Constitucional en particular. Se trata de uno de los más fundamentales de entre los derechos de la persona por su estrechísima vinculación con la dignidad de la persona.

La reflexión sobre la intimidad se remonta muy atrás en la historia, muy a menudo ligada con la especulación sobre la libertad. Por ello esta cuestión no sólo tiene trascendencia jurídica, sino que es uno de los aspectos más destacados en la Historia de las Ideas Políticas: late en el fondo la distinción (que no es sólo una distinción ideológica) público/privado, individuo/comunidad política de perenne relevancia. El conocimiento de la evolución histórica de la relación entre lo público y lo privado es muy necesario para un adecuado enfoque del estado actual de dicha relación, que, aun cuando presente rasgos propios de nuestra sociedad tecnológica y compleja, en esencia es muy similar a la existente en épocas pretéritas: nihil novum sub sole.

El derecho a la intimidad, reconocido en mayor o menor extensión en prácticamente todos los ordenamientos, encuentra en la Constitución Española de 1978 una plasmación muy conseguida. En España en los últimos años se han publicado miles de páginas sobre el derecho a la intimidad o sobre algunas de sus manifestaciones. Sin embargo, creemos que entre todos los estudios publicados, no hay ninguno que lleve a cabo un tratamiento sistemático y completo del derecho a la intimidad. Hay publicaciones meritorias sobre el derecho a la intimidad, pero sin afrontarlo en su configuración constitucional total. Hay contribuciones importantes sobre algunas de las manifestaciones de ese derecho. En el presente estudio se pretende (ojalá se consiguiera) un tratamiento sistemático y completo del derecho fundamental a la intimidad. Por ello,

una vez encuadrada históricamente la cuestión, se trata de la posición de la Constitución de 1978 en este punto, tanto en el marco del Derecho Comparado, como en la perspectiva de la historia constitucional española. A continuación, se estudian los convenios internacionales que contengan referencias al derecho a la intimidad, y especialmente el CEDH en su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aspecto éste imprescindible a tenor del art. 10.2 CE, y que creemos que se aborda por primera vez en España de forma sistemática para el tratamiento del derecho a la intimidad.

Cumplida esta tarea se lleva a cabo un examen, en el que se ha procurado el máximo rigor, de las más importantes cuestiones que plantea el derecho a la intimidad: contenido, sujetos, naturaleza jurídica, eficacia, límites, suspensión y garantías; todo ello con arreglo a los datos que ofrece la jurisprudencia del supremo intérprete de la Constitución, así como a las aportaciones de los autores españoles. Finalmente, se realiza un análisis de las repercusiones del Derecho Comunitario para el derecho a la intimidad, aspecto éste que tampoco creemos que se haya realizado hasta ahora de forma sistemática.

En el presente trabajo hemos seguido el método jurídico-cultural siguiendo las enseñanzas del Profesor Lucas Verdú (1). El método jurídico se ha intentado utilizar de forma rigurosa, pero sin que ello llevara a obviar otros factores. Por ello, la atención a los datos socioeconómicos, culturales y político-jurídicos ha servido de guía en el desarrollo del presente estudio.

I LA IDEA DE INTIMIDAD

1. Precisiones conceptuales.

a) El fenómeno, la idea, el derecho.

La intimidad puede ser contemplada desde una triple perspectiva: como fenómeno (factor socio-económico), como idea (factor cultural) y como derecho (factor político-jurídico). Las tres perspectivas son necesarias para un estudio de este tipo, pero no son sincrónicas. Puede darse la intimidad como fenómeno y no hallarse ni la idea ni el derecho a la intimidad. Puede encontrarse la intimidad como fenómeno y como idea y aún no estar formulada como derecho. Puede, finalmente, producirse una situación en la que la intimidad aparezca como fenómeno, como idea y como derecho, y en todos los casos la intensidad de las tres perspectivas puede variar.

a') La intimidad como fenómeno ha sido estudiada brillantemente por Ortega y Gasset. Dicho autor, que establece una "topología de la intimidad", distinguiendo en la misma las esferas de la vitalidad, el alma y el espíritu, señala que la intimidad es un fenómeno, un hecho, no una hipótesis metafísica (2).

Esta tesis de Ortega aparece avalada por numerosas autoridades antropológicas. Westin, fundado en un sólido aparato antropológico afirma que ciertos aspectos de la intimidad se encuentran prácticamente en todas las sociedades humanas del pasado o del presente (3). Westin admite que se pueden encontrar múltiples ejemplos de sociedades primitivas y modernas que no admiten normas sobre la intimidad del tipo existente en EUA. Ahora bien, esto no prueba que no haya necesidad universal de intimidad, ni procesos universales de ajuste entre la intimidad, el desvelamiento y la vigilancia en todas las sociedades. Esos ejemplos sólo sugieren que cada sociedad debe ser estudiada en sus

propios términos, debiendo enfocarse las costumbres sociales para ver si hay normas sobre la intimidad que sean designadas con otras palabras, debiendo reconocerse la dificultad de las comparaciones inter-culturales. Por eso, para Westin, el análisis debe reconocer el hecho de que hay medios psicológicos para alcanzar la intimidad para el individuo o la familia así como arreglos físicos, medios que son cruciales en aquellas sociedades donde la vida comunal hace imposible la soledad o la intimidad dentro de las áreas en la que se desarrolla la vida del grupo (4).

No sólo eso, sino que Westin llega incluso a aducir experiencias zoológicas, relacionadas principalmente con el instinto de territorialidad, de las que podría extraerse la existencia del fenómeno de la intimidad incluso en el reino animal (5). En consecuencia, puede decirse que la intimidad como fenómeno y manifestada por medios psicológicos o físicos es observable en cualquier sociedad.

b') La intimidad como idea es algo distinto a lo anterior. Los hombres pueden estar realizando actos que traducen un ejercicio de la intimidad, pero eso no significa que hayan tomado conciencia de la misma. De alguna manera, y en la medida en que está presente en todas las sociedades humanas, la intimidad es un instinto. La forma de conciencia sobre la intimidad, no se encuentra en todas las sociedades, y aún en las sociedades en que se encuentra, el grado de teorización puede variar. Puede decirse que es en la civilización occidental donde la idea de intimidad alcanza su máximo desarrollo especulativo. Más adelante habrá ocasión de comprobarlo. Sea como fuere, allí donde no sólo se encuentra el fenómeno de la intimidad, sino también su idea, la intimidad alcanza desarrollos desconocidos en las culturas que no la han acogido.

c') Finalmente, es posible tratar de la intimidad como derecho. Ciertamente, es difícil hablar de la intimidad como derecho allí donde previamente no ha sido teorizada. Sin este previo sustrato conceptual, el

reconocimiento jurídico de la misma es más improbable, aunque no necesariamente imposible, pues pueden encontrarse normas protectoras de esferas de intimidad allí donde no se ha especulado sobre la misma, ejemplo de lo cual serían ciertas normas protectoras, p. ej., de la inviolabilidad del domicilio. Aquí se pretende fundamentalmente hablar de la intimidad como derecho, pero ello requerirá en algunos momentos atender al fenómeno o a la idea de intimidad para comprender mejor su aspecto jurídico.

b) Lo privado o lo íntimo.

La utilización de los términos "privado" e "íntimo" ha dado lugar a grandes confusiones. Lo privado (ἰδιότης), se define en principio como oposición a lo común (κοινός) (6). Desde esta perspectiva lo privado estaría concetado con el secreto en cuanto consecuencia de una acción de separar un determinado ámbito o conocimiento. No sólo con lo secreto, sino también con lo sagrado ("sacrum" y "secretum" arrancarían de "secermum" o separado) como advierte Durkheim (7). Desde esta perspectiva lo privado sería una noción de importante extensión. Y, en efecto, como sostiene Freund, lo privado no sería sinónimo de individual. Para Freund, puede contemplarse lo privado desde dos puntos de vista, desde el lado de lo público y desde el del individuo. Si bien desde el primer punto de vista lo privado aparece como la esfera de la interioridad y de la autonomía individuales, visto desde el lado del individuo designa aquello que en el individuo está vuelto hacia el exterior, hacia los otros. Este pensador considera que lo público y el Estado y el individuo como tal, rara vez se enfrentan de forma directa, pues entre ambos existe la esfera de lo privado, formada a la vez de las relaciones íntimas del individuo con los otros y de las relaciones interindividuales y más impersonales de entre las asociaciones de diferente naturaleza de la sociedad civil donde se produce la dialéctica de lo privado y de lo público

(8). Es decir, podría asentirse a la opinión de Béjar para quien la "privacidad" es una noción sociológica (9).

De igual modo, Westin considera que la intimidad ("privacy") puede manifestarse en cuatro situaciones básicas: soledad, "intimidad" (intimacy), anonimato y reserva. Por lo que aquí interesa la segunda de esas situaciones "intimacy" se define porque el individuo actúa como parte de una pequeña unidad que reclama y está preparada para ejercer una segregación corporativa que permite alcanzar una relación franca, relajada y cerrada entre dos o más individuos (10). Se trataría también de una relación de tinte social, si bien se da la paradoja de que emplear unos vocablos "intimacy" y "privacy" de equívoca traducción.

A diferencia de lo privado que se definiría principalmente por un ámbito separado en el plano horizontal, lo íntimo se encuadraría más dentro de un plano vertical. El propio término íntimo da pie a ello. "Íntimo" proviene del latín "intimus" que es el superlativo de "interior" (11). Se trataría aquí del individuo en cuanto vuelto hacia su fuero interno o hacia aquello que hay en él de más singular, secreto, misterioso e incommunicable (12). Intimidad sería así un concepto superlativo más intenso que "privacidad", pudiendo ser considerada como una noción psicológica (13).

De acuerdo con lo anterior pudiérase distinguir entre intimidad en sentido estricto y "privacidad" o lo privado en sentido estricto como ámbitos diferentes pero consecuentes. Ahora bien, siguiendo a un sector autorizado de la doctrina (14) podría hablarse de intimidad en sentido amplio como lo comprensivo también de lo privado. Si consideramos, de otro lado, determinados derechos, como la inviolabilidad de domicilio, que tiene una faceta "ad extra" importante y los incluímos en el derecho a la intimidad, deberíamos defender entonces un concepto de intimidad en sentido amplio. Aquí se va a utilizar la noción de intimidad en ambos

sentidos, pues no hay una regla fija al respecto y el sentido del concepto dependerá de las circunstancias.

2. El origen de la idea de intimidad.

En torno al problema del origen de la idea de intimidad se han formulado dos teorías contrapuestas. La primera podría llamarse "racionalista" pues sitúa el alba de este derecho en el período del racionalismo y de la Ilustración en conexión con el ascenso de la burguesía. La segunda podría calificarse de "histórica" en la medida en que, aparte de ser sostenida por meritorios historiadores, se remonta más atrás en la historia para buscar el origen de este concepto.

a) Teoría racionalista.

Esta teoría tiene en el prof. Pérez Luño a su más cualificado representante. Este autor afirma que es tras la Revolución Francesa cuando "se inicia el proceso de positivación de los derechos naturales bajo la fórmula moderna de los derechos subjetivos" pretendiéndose así "elaborar un instrumento técnico para la protección de los intereses patrimoniales de los particulares, y, en especial, de la propiedad" (15). Por ello en su opinión "si atendemos a su origen histórico resulta indiscutible que la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía" (16).

Pérez Luño no comparte la tesis de Truyol y de Villanueva que vinculan la aparición de la noción de intimidad al fenómeno del Cristianismo, y, en particular, a San Agustín (17). El profesor de Sevilla estima esa afirmación correcta si se entiende la intimidad como autoconsecuencia de la subjetividad, pero no si se la considera en su proyección jurídica, como un conjunto de poderes o facultades atribuidas a su titular (18). De este texto parece que podría desprenderse la

distinción que arriba se ha propuesto entre la intimidad como idea y como derecho, cada una con un desarrollo propio. Desgraciadamente, el ilustre profesor sevillano parece contradecir esta tesis con su afirmación anterior de que "la aparición del concepto de intimidad se halla estrechamente ligada al nacimiento de la burguesía" (19). Por lo que, en su opinión, en definitiva, tanto la idea como el derecho a la intimidad surgen con la burguesía capitalista.

Para Pérez Luño "la intimidad aparece cuando se disgrega la sociedad feudal" (20). En su opinión, la intimidad se configura, de este modo, como una aspiración de la burguesía de acceder a lo que antes había sido privilegio de unos pocos; de ahí que los caracteres que desde sus inicios van conformando la idea moderna de intimidad se hallen estrechamente vinculados a las necesidades y a la propia ideología de la clase social que la reclama. De este modo la propiedad es la condición para acceder a la intimidad y "la idea burguesa de intimidad está pensada para su disfrute por grupos selectos sin que, en consecuencia, exista una inquietud para hacerla llegar a los estratos más humildes de la población. Por ello, el nacimiento de la intimidad, que cronológicamente coincide con la afirmación revolucionaria de los derechos del hombre, no supuso en la sociedad burguesa la realización de una exigencia natural de todos los hombres, sino la consagración del privilegio de una clase (21). Aquí parece seguir Pérez Luño a Bendich (22).

Esta posición, cuyo defensor más cualificado es Pérez Luño es seguida también por Serrano Alberca que bebe directamente del catedrático de la Universidad de Sevilla (23). Esta tesis "racionalista" ha sido sostenida por Berlín y Béjar para quienes el nacimiento de la idea de "privacidad" se remonta al Renacimiento, tomando su sentido actual durante la Reforma a través de la noción de "fuero interno", si bien afirma Béjar un tanto incoherentemente con lo recién dicho que la "privacidad"

es descubierta y desarrollada por la filosofía política liberal (24), si bien esta autora no hace hincapié en el factor "propiedad".

b) Teoría histórica.

Frente a la anterior se ha formulado una teoría que podría llamarse "histórica" que se separa de ciertas proposiciones de la primera y se apoyan en los datos históricos para formular otras tesis. Hay dos líneas básicas argumentativas.

La primera línea versa en torno a la propiedad, en concreto, y por lo que hace a la conexión intimidad- propiedad burguesa se han formulado varias precisiones a la teoría racionalista. Ya Westin, como se vió, y con base en datos de zoológicos llega a hablar incluso de intimidad en el reino animal conectándola con el instinto de territorialidad de indudable parentesco con la noción de propiedad. En la medida en que el instinto de territorialidad aparece también en el ser humano, traduciéndose generalmente en propiedad, puede afirmarse que la propiedad no nace con la burguesía, sino más bien con el hombre (25).

Además Warren y Brandeis en su trabajo fundamental ciertamente apuntan la conexión intimidad-propiedad establecida en cierta jurisprudencia dentro del Common Law anterior a su trabajo (1890). Ahora bien, estos autores critican la insuficiencia de esta conexión entendiendo propiedad en sentido estricto. En su opinión, la propiedad a que se alude en derechos como la Intimidad, o la prohibición de encarcelamientos arbitrarios tiene escaso parecido con lo que se comprende ordinariamente bajo el término propiedad (26). Por lo demás, "propiedad" en sentido estricto es aquello que pertenece exclusivamente a uno, si bien etimológicamente deriva de "proprius" que es "lo propio de uno", significado éste más amplio que el técnico-jurídico de propiedad (27). Desde este punto de vista amplio sí cabría hablar de una conexión propiedad-intimidad, pero no entendiendo propiedad como una noción burguesa, sino más bien como una noción antropológica en la línea de

Westin. De ahí que no pueda extrañar la afirmación de que sólo el derecho de propiedad en su más amplio sentido, incluyendo toda posesión, todos los derechos y privilegios y, por tanto, comprendiendo el derecho a la inviolabilidad de la persona, proporciona la amplia base sobre la que puede descansar la protección que el individuo demanda (28). Si es que quiere hablarse de propiedad para fundamentar, este derecho sólo se pueda hacer manejando un sentido amplísimo que no se compadece con la utilización que de él hace Pérez Luño.

La segunda línea argumental de esta teoría trata del propio origen del fenómeno, la idea y el derecho a la intimidad. Con el manejo de datos históricos, antropológicos y filosóficos, ubica el origen de la intimidad en distinto lugar la corriente racionalista. Como se ha visto, se considera que el fenómeno de la intimidad aparece en todas las sociedades humanas. Pudiera incluso decirse que es un fenómeno que tiene una vertiente natural y una vertiente histórica, pues el fenómeno siempre presente varía en su concreta conformación en las diferentes sociedades. La idea de intimidad, por su parte, tiene un preciso desarrollo histórico, y finalmente, algo parecido sucede con el derecho a la intimidad. La intimidad como derecho también ha experimentado una evolución histórica, no teniendo siempre idéntica configuración. En efecto, la técnica moderna del derecho subjetivo, o del derecho público subjetivo no siempre ha sido conocida, pero ello no excluye que en otras épocas se haya dispensado a la intimidad una protección jurídica con los instrumentos entonces existentes. Esta evolución de las tres perspectivas de la intimidad merece una consideración más detenida.

3. El desarrollo histórico de la Intimidad.

a) Antigüedad pre-clásica y Pueblos orientales.

Si bien ciertos rasgos básicos de la intimidad, como sostiene Westin se encuentra en todas las sociedades (29), el grado o la conformación concreta de la misma son variables. En este sentido puede decirse que la protección de la intimidad en los pueblos primitivos es menor o cuando menos, distinta de la que es usual en nuestros días. Ello permite entender en la sociedad primitiva, dice Maclver, que el incentivo individual esté muy circunscrito. Los hombres, en esta sociedad se hallan muy cerca del molde común de la raza, andan por caminos pre-determinados. El individuo no se dirige a sí mismo en ninguna de las preocupaciones importantes de su vida. No tiene ni capacidad para la libertad, ni la sanción de protección de la misma. La vida entera de los pueblos primitivos está llevada por las costumbres. Hay un modo correcto, sólo uno, de hacer cada cosa (30). El individuo se halla sumido en el grupo sin una relevancia propia importante.

Algo similar ocurrió en los pueblos orientales. En los países de Oriente faltaba una cierta libertad espiritual, una libertad de espíritu que es una condición indispensable para poder ejercer una crítica sobre las diversas manifestaciones de la vida social. Esta vida social en el antiguo Oriente sufría el peso de las costumbres y de los comportamientos fijados, a los que se considera como si hubiesen sido impuestos por potencias superiores, de suerte que ni en el terreno social, ni el terreno político, ni en el terreno religioso surgieron cuestiones sobre la razón y el valor de las instituciones. Cuando el espíritu está así de sujeto a fuerzas exteriores, impidiendo el desarrollo del mundo de la vida íntima, es la teocracia la que predomina, sea bajo la forma de la deificación del Rey, sea bajo la forma de un control del Rey por una casta sacerdotal que en realidad sea la que gobierne (31).

Un ejemplo de esto nos lo ofrece Montesquieu al hablar de la antigua religión de Formosa, la cual no permitía a las mujeres traer hijos al mundo hasta los 35 años, de suerte que si una mujer engendraba un

hijo antes de tal edad una sacerdotisa la hacía abortar (32). La subordinación a lo público de cuestiones tan íntimas pone de relieve el escaso aprecio a la intimidad en este pueblo. Por lo demás, esta vieja normativa no difiere mucho ni en los fines ni en los medios de las actuales leyes de la República Popular China que sólo permiten un hijo a los matrimonios, evitando el nacimiento del segundo por todos los medios. El mismo Constant refiere cómo entre los egipcios antiguos todo estaba regulado por la ley, hasta las distracciones, hasta la necesidad, cada momento del día e incluso el amor (33).

b) Grecia antigua.

b.1 La "polis".

Los estudiosos de la Grecia antigua han puesto de relieve que si hay un trazo característico de la idea de Estado de los griegos, ese trazo es el valor ilimitado que se atribuye a la comunidad, valor de tal magnitud que la existencia de una esfera reservada a la vida propiamente personal del ser humano estaba, en principio, excluida. Apenas hay algún terreno de la vida que no le esté vedado (34). El individuo apenas posee una vida espiritual propia y su intimidad se manifiesta en los resquicios que deja lo público.

La idea griega del Estado tiene de común con la concepción oriental, arriba examinada, la sumisión completa del individuo al Estado. Pero en los países de Oriente, esta sumisión descansaba en una dominación ejercida por un potencia exterior, mientras que en Grecia tal dominación proviene de una participación natural del hombre en la comunidad. El Estado no es una potencia frente al pueblo, sino que el Estado es el pueblo mismo, considerando en su organización política (35). Como dice Constant el individuo, soberano casi siempre en los asuntos públicos, era un esclavo en todas las cuestiones privadas (36), o como dirá Berlin siguiendo a Constant, tenía libertad positiva, pero no libertad negativa (37).

La idea de la ciudadanía en Grecia era algo distinta de la nuestra. En Grecia todas las actividades de un hombre estaban conexas de modo muy fuerte con su ciudadanía, ya que su religión era la religión del Estado y su arte era, en gran parte, arte cívico. Tan imposible era para ellos un espíritu ajeno al Estado como un Estado ajeno al espíritu. No podía haber una separación tajante entre esos problemas (38). Lo que el Estado proporciona a sus ciudadanos no es tanto libertad y protección cuanto una vida. Ciertamente que en tal sociedad hay derechos y deberes pero difícilmente puede decirse que correspondan a los individuos: son más bien inherentes a los servicios o funciones que los individuos realizan (39). La sociedad griega puede ser considerada como una a modo de "camadería total" cuyo aspecto tiránico se revela particularmente en ciertos "graphai" o formas de acusación a las que estaban expuestos el estadista, el innovador e incluso el artista (40). Una de las más peligrosas era la acusación de "impiedad" de la que fué víctima Eurípides porque un personaje de su obra "Hyppolytus" decía: "mi lengua ha jurado; mi corazón permanece sin juramentar" (41). La frase de Eurípides contenía una afirmación inicial de intimidad, proclamando al "corazón" como inmune a cualquier coacción exterior. Pero esto era algo impío entonces. Como advierte Rubert, en Eurípides se muestra el conflicto entre el mundo político y el mundo privado o íntimo (42).

Como ha demostrado Snell (43) los héroes homéricos y los del propio Esquilo no poseen realmente un "yo" auténticamente privado equivalente al nuestro, su yo no está cerrado sobre sí mismo. Los héroes de Esquilo no se sienten responsables ante sí mismos, sino ante otros: dioses, reyes, familia, ciudad (44). Es un "Prometeo" donde surge la obstinación del personaje, empeñado en actuar por sí mismo. En la tragedia de Sófocles la conciencia del héroe ya no es el lugar abierto donde la divinidad puede entrar y salir. Ayax decide por sí mismo; de Antígona se dice algo terrible: que "piensa aparte", que decide por sí misma (45).

La consideración del hombre "zoon politikon", significaba que la conciencia antropológica del hombre griego era una autoconciencia del hombre como ser primordialmente social, no como ser personal. El yo no es un yo, para los griegos, no es un centro autónomo de intimidad y de vida, sino que era una parte de la naturaleza cósmica o de la totalidad social. Esto se aprecia al considerar el significado que tenía entonces la palabra "prosopon" de donde deriva nuestra palabra "persona". Si para nosotros persona es el sujeto humano como intimidad y como fin en sí, para ellos "prosopon" es la máscara, lo que impersonaliza al comediante. Este concepto designaba la esencia auténtica del griego: su exterioridad, su ser social.

Esta noción griega de la ciudadanía, dice MacIver, ha afectado de modo adverso a la asociación primaria de la familia (46). Así puede verse que Aristófanes en el Symposium dice que muchos no se inclinaban de forma natural a casarse y a engendrar niños si "al fin y al cabo ellos hacían eso sólo por obediencia a la ley" (47). Vemos que tampoco existía en Grecia una configuración nítida de lo que se podría llamar intimidad familiar, lo cual no quiere decir que no existiera en absoluto. Esto se comprueba claramente en La República y Las Leyes de Platón y en La Política de Aristóteles. En esta última obra de carácter mucho más "moderado" que las del "radical" Platón, es posible captar el desprecio griego hacia la intimidad. En efecto, Aristóteles considera que es absurdo que quien se proponga organizar la ciudad no se preocupe del número de ciudadanos y deje sin determinar la natalidad (48). Examinando la Constitución de Creta nos revela el Estagirita que para limitar la natalidad en Creta se legisló sobre el aislamiento de las mujeres a fin de que no tuvieran muchos hijos (49). Pero lo anterior no son textos aislados y en la misma obra más adelante, señala, que es un deber del legislador regular los matrimonios y las condiciones relativas al tiempo y a los individuos que se requieren para controlarlos (50). Aristóteles hace una distinción entre los hijos que es preciso abandonar y aquellos a los que hay que

ciudad. Y en este sentido afirma que debe ordenarse que no se críe a ningún niño defectuoso; y en cuanto al número de hijos, si la norma establece un límite, antes que a la exposición, habrá que recurrir al aborto (51). No termina ahí la intromisión de lo público en lo privado pues, no basta haber fijado la fecha en que el hombre y la mujer podrán llevar a cabo la unión conyugal; es preciso determinar también la época en que la generación deberá cesar (52). El mero hecho de que un hombre de aquella época se plantee todas estas posibilidades y que además las considere como sumamente deseables nos muestra esa ausencia de intimidad personal y familiar que antes anotábamos.

En otro pasaje el filósofo macedonio observa que como las revoluciones se originan también a través de la vida privada (ἰδιότατος βίους), debe crearse una magistratura que vigile a los que no se hallan en armonía con el régimen, con la democracia si se trata de democracia, con la oligarquía si se trata de una oligarquía (53). Aquí se comprueba de modo claro la distinción establecida por Constant y seguida por Ortega y Gasset, Berlín y otros entre libertad positiva (democracia) y libertad negativa (vida privada) señalándose cómo puede darse una democracia que atente contra la vida privada. Otra manifestación de este "ethos" es posible hallarla en la cuestión educativa. Aristóteles, rebelándose contra la costumbre ateniense de que los padres enseñasen libremente a sus hijos, se alinea la práctica educativa espartana. Dice que puesto que, toda ciudad tiene un sólo fin, es claro que también la educación debe ser una y la misma para todos los ciudadanos, y que el cuidado de ella debe ser cosa de la comunidad y no privada (ἰδιότατον) como lo era en su tiempo en que cada uno se cuidaba privadamente (ἰδιότατον) de sus propios hijos y les daba la instrucción particular (μικροπαιδείαν) que le parecía. El entrenamiento en lo que es común (κοινὴν) debe ser también común (54). La explicación de todo lo anterior, el fundamento de todas esas aseveraciones tan alejadas de la intimidad la ofrece el propio Aristóteles al decir que no debe pensarse que ningún ciudadano se

pertenece a sí mismo sino que todos pertenecen a la ciudad, puesto que cada uno es una parte de ella (55).

Todo esto se pone de manifiesto de forma exasperada en las tiranías, como nos advierte Aristóteles. Entre los medios que utilizan las tiranías para sostenerse, merece destacarse aquel que consiste en procurar que los que residen en la ciudad estén siempre a la vista y pasen mucho tiempo a las puertas de palacio, pues de este modo les será más difícil ocultar lo que hacen (56) , así como el otro que es procurar que no se le pase inadvertido nada de lo que dicen o hacen los súbditos, teniendo espías y escuchas en cualquier reunión o asamblea (57). De este pasaje de Aristóteles extraído de sus páginas inmortales sobre la tiranía podemos extraer una idea que en adelante no podremos olvidar: la relación estrechísima que existe entre la libertad y la intimidad.

Lo anterior, si bien supone un desarrollo mínimo de la idea y, por ende, del derecho a la intimidad, no significa que el fenómeno no existiese, sino al contrario, que por existir se quería reprimirlo. Por lo demás lo "privado" ya que no lo "íntimo" era reconocido como idea si bien de forma un tanto imperfecta. Ya Herodoto, que no es un filósofo, expresa la idea de que el dominio de sí mismo, la ecuanimidad, se realiza y tiene su asiento en el hombre interior (ἐν τῷ ἑαυτοῦ ἡσυχία) (58). Incluso Platón, a pesar de los medios de control sobre la vida privada que propone en sus obras políticas no desconoce la idea del "hombre interior" (ὁ ἐν τῷ ἑαυτοῦ ἀνθρωπίνος) (59). Por lo demás el propio Aristóteles, cuya obra se ha examinado, como advierte Freund (60) es consciente de la distinción público/privado. En efecto, para él no tiene en razón los que creen que es lo mismo ser gobernante de una ciudad (πολιτικός) que administrador de su casa (οἰκονομικός) (61). De igual modo, ha habido ocasión de ver como Aristóteles combate lo privado (ἰδίως) frente a lo público o común (κοινός), llegando incluso a utilizar la expresión de "vida privada" (ἰδίως βίως).

con un sentido que no diverge del actual (62). El fenómeno de la vida privada existía; la idea, también, aunque no fuera muy apreciada.

b.2 La crisis de la "Polis".

Tanto Platón como Aristóteles consideraron a la "polis" como autárquica, como autosuficiente para proporcionar la felicidad de sus súbditos. Sin embargo las continuas luchas entre las polis acabaron por agotarlas y facilitaron el dominio de Macedonia. La polis dejó de ser autárquica. Las decisiones más importantes ya no se tomaban en ellas. La vida de cualquier ciudad en esta época ya no estaba en su mayor parte dirigida por ella misma, y el estadista más capaz de cada "polis" no podría esperar tener mucho éxito dado que él no dominaba todos los resortes para poder realizar su política. El resultado de todo ello tenía que ser una actitud derrotista, una desilusión y una tendencia a apartarse de la vida pública y crearse una vida privada en la que los intereses públicos tuviesen un papel pequeño y aún negativo (63).

El fracaso de la ciudad-estado obligó por primera vez a los hombres a crearse ideales de carácter personal y de felicidad privada de un tipo tal que el griego educado en los ideales de la ciudad-estado difícilmente podría considerar la como otra cosa que un expediente y una renuncia (64). La autarquía que para Platón y Aristóteles era atributo del Estado, pasó a serlo del ser humano considerado como individuo (65).

Este fenómeno se percibe al considerar el creciente número de sociedades privadas encaminadas a conseguir finalidades religiosas, sociedades de las que no había necesidad en la época clásica caracterizada por la existencia de una religión civil o de la polis. Estas sociedades religiosas constituyen una tendencia característica de la época helenística (66). Esta tendencia culminó con la aparición del Cristianismo. En este proceso religioso es posible ver una ayuda emocional para los hombres que, sin ella, se sentían obligados a enfrentarse al mundo solos, y pensaban que sus facultades naturales

eran demasiado débiles para resistir la prueba (67). Como resultado de este proceso surgió una conciencia de sí, un sentido de recogimiento y de intimidad personal, de un tipo que el griego de la época clásica no había poseído nunca (68).

Este sentido de aislamiento e intimidad individual tuvo también su reverso: la conciencia del hombre como ser humano que poseía una naturaleza humana más o menos idéntica en todas partes. La ruptura del estrecho lazo que había mantenido unidos a los ciudadanos anteriormente, dejó simples hombres aislados. Pero en la medida que un hombre no era una mera individualidad, era un hombre como cualquier otro y un miembro de la especie humana (69).

Pese a lo grande que es el abismo entre esta concepción de una sociedad de ámbito universal de individuos autónomos y la noción del estrecho parentesco total propio de la ciudad-estado, ambas ideas no son enteramente discrepantes. En efecto, sería más exacto decir que la concepción propia de la época helenística trató de proyectar sobre un campo cósmico unos ideales que, en su primera aparición, habían estado confinados dentro de los límites de la ciudad-estado (70). Si Aristóteles había sostenido que las dos condiciones esenciales de la ciudadanía eran que debía haber una relación entre iguales y que éstos tributasen voluntariamente lealtad a un gobierno de autoridad no despótica, siendo sólo posible dicha igualdad en un cuerpo de ciudadanos pequeño, la nueva concepción que postulaba la igualdad tenía que diluir el contenido de la personalidad individual en la igualdad de todos los hombres a los ojos de la ley (71).

Asistimos a un paso más del despliegue de la idea de intimidad. Poco a poco la idea de intimidad irá siendo descubierta, desvelada, desarrollada. Será el requisito para el desarrollo del derecho a la intimidad.

c. Roma.

Como observa Maclver, la ciudadanía en Roma dispuso realmente de un sistema jurídico mucho más flexible y adaptable de lo que nunca conoció Grecia. La ciudadanía para los romanos no significaba necesariamente aquel parentesco social que constituyó un límite absoluto y fatal para la política griega. Sin duda, la plena ciudadanía supuso al principio tal tipo de unión de parentesco total, (natural de las comunidades primitivas aunque peligrosa para la civilización) en lo político, religioso, lo moral y lo social (72).

La confusión de poderes, las servidumbres recíprocas del trono y del altar, la subordinación de los derechos de la conciencia a las órdenes de la autoridad, están presentes en Roma tanto en las instituciones de carácter más aristocrático como en las de carácter más democrático. Así en Roma, el primer acto del cónsul era inmolarse una víctima en el foro a los ojos de la multitud orante mientras un flautista interpretaba una melodía sagrada (73). Por su parte, el tribuno de la plebe era un personaje sacrosanto, es decir, que como todo lo sacrosanto era algo dedicado a los dioses y que por esta razón no podía tocar el hombre (74).

Ello no obstante, en la práctica, opina Maclver, aunque la ciudadanía formalmente retuvo sus elementos religiosos y de otro tipo, fue replegando su carácter acentuando solamente los derechos políticos y civiles (75). En cualquier caso esta "depuración" de la ciudadanía fue algo muy tímido. Löwenstein piensa que entre los defectos de lo que pudiera llamarse "teoría del Estado" romana se halla la ausencia de derechos fundamentales y colectivos, pues los romanos no conocían ningún derecho en contra del Estado, dado que como todo hombre antiguo buscaban, ante todo su realización en el marco y al servicio del Estado (76). La libertad ("libertas") no era para ellos un postulado abstracto, sino la correlación de la "auctoritas", el dominio legítimo de sus magistrados, opina Löwenstein (77). La "libertas" se concebía

colectivamente, es decir, como el no sometimiento a ningún poder extraño, noción más cercana a lo que se entiende hoy en Derecho Internacional Público como esfera de soberanía, que a lo que podríamos denominar la garantía de una esfera privada protegida de las intervenciones estatales (78).

En general, la doctrina suele asimilar la situación de Roma con la de Grecia, respecto a la cuestión de la intimidad (79). En Roma podemos rastrear leyes que suponen un desconocimiento de la intimidad. Algunas las cita Montesquieu, que además de ser un gran tratadista político era un notable historiador del Derecho. A este respecto observa que el adulterio era un delito que estaba sometido a la acusación pública. Bien es cierto que, poco a poco, fue restringiéndose y la ley Julia ordenó que no se podría acusar a una mujer de adulterio sin antes haber acusado a su marido de favorecer sus desvíos (80).

Hay otras manifestaciones de incomprensión de la intimidad por los romanos como el caso de Corvilio que también nos relata Montesquieu. Este Corvilio cayó en desgracia ante el pueblo porque en vista de la esterilidad de la mujer, juró a los censores que la repudiaría para dar hijos a la República. El pueblo vió en este juramento un yugo que los censores iban a imponerle (81). Lo grave es la mera posibilidad de subordinar de tal modo su vida íntima por Corvilio a las exigencias demográficas de la República (82).

Un último caso de menosprecio de la intimidad en Roma lo muestra el escritor francés al recordarnos que estaba prohibido que un hombre de sesenta años se casara con una mujer de cincuenta años, porque como se habían dado grandes privilegios a los casados a fin de promover la natalidad, la ley no quería que hubiese matrimonios inútiles (83). Por idéntica razón el Senado-consulta Calvisiano declaraba ilegal el matrimonio de una mujer de cincuenta años con un hombre que tuviese menos de sesenta años (84). Por su parte, Tiberio aumentó el rigor de la

ley Papia y prohibió que un hombre de sesenta años se casase con una mujer de menos de cincuenta, de manera que un hombre de sesenta años no podía casarse en ningún caso sin incurrir en la pena; pero Claudio abrogó lo que se había hecho en tiempos de Tiberio a este respecto (85).

Todo lo relatado demuestra cómo los romanos ignoraban la intimidad como principio rector de su legislación subordinando a la persona a lo público hasta extremos que hoy juzgamos intolerables.

Ahora bien, lo anterior no significa que la idea del derecho a la intimidad, e incluso manifestaciones jurídicas de la misma fuesen ignoradas por los romanos. Séneca, filósofo cordobés influido por el estoicismo, en sus obras expresa la contraposición entre el hombre inmerso en los negocios u ocupaciones exteriores ~~ad alia~~ ad alios, y el hombre que vive su vida ~~ad animum~~ ad se, retirado e inmerso en la sapientia. Esta contraposición entre el hombre "exterior" y el "interior" tan próxima a la idea de intimidad inspira sus obras, en particular sus diálogos, sus cartas a Lucilio, su ~~De vita beata~~ y su ~~De brevitate vitae~~ (86). Múltiples textos de Séneca avalan lo dicho. Séneca resalta la interioridad como felicidad y control: " ¿Qué necesidad tiene de ayudas exteriores el que ha reunido en sí mismo todo lo que tiene en sí? " (87). Séneca hasta cierto punto puede considerarse precursor de San Agustín y de su método introspectivo. En este sentido para Séneca el "más allá" donde Dios habita preferentemente, no sería otra cosa que el "más acá" del hombre, su esencia íntima (88).

Por otra parte, el propio lenguaje latino muestra que esa idea era conocida en algún grado. Intimus es una palabra del latín clásico, aunque en pocas ocasiones es utilizada. Cuando algún autor, como Séneca, quiere aludir a su interior habla de intus (dentro) adjetivo del que deriva el superlativo intimus. Intimus tiene dos sentidos en primer lugar, en cuanto superlativo alude a lo que está más dentro, a lo más interior, el fondo de

algo. En este sentido ha sido en alguna ocasión utilizado por Cicerón para evocar el domicilio, lo que mostraría la relación existente entre la intimidad y la inviolabilidad de domicilio (89); en segundo lugar, se refiere a los familiares o amigos íntimos (90). Duby ha observado que la distinción entre publicus y privatus tenía un alcance parecido al de hoy. Así, actuar "privatium" (que se opone a publice) equivale a actuar no como magistratus, sino como un simple particular, y no actuar en el foro, sino en la intimidad, en el interior de la propia casa, aisladamente. Por su parte, privatium designa los recursos propios, el uso propio y también, lo doméstico. De ahí que Duby pueda concluir que privatus tiene un doble sentido, por una parte, alude a lo exento, lo alejado del uso común, y por otra, a lo doméstico, lo que atañe al individuo, aunque dentro del círculo de sus allegados. Se trata, pues, según Duby de lo que escapa jurídicamente de un lado, al poder publicus o del pueblo, de otro, a la intromisión de la multitud (91). No puede decirse, por tanto, que la idea de intimidad o de vida privada sea totalmente desconocida en Roma.

En cuanto a las manifestaciones jurídicas de la intimidad, debe precisarse, antes que nada, que la diferencia entre "dominium" e "imperium" era una de las características de la sociedad política romana y que la distinción entre Derecho privado y Derecho público era familiar a los juriconsultos del Imperio (92). Más concretamente, parece existir en Derecho Romano una protección a la correspondencia y al domicilio. Por lo que hace a la correspondencia, parece que su violación daba lugar a diferentes acciones: la apertura del pliego originaba una actio iniuriarum, por estimarse un ataque a la libertad del que lo enviaba o del que lo había de recibir, si bien podía causar también una actio furti si el culpable sacaba algún provecho de su violación (93). En cuanto a la protección que se dispensaba al domicilio, dice Montesquieu que las leyes romanas, al igual que las de su tiempo, admiten igualmente el principio de que todo ciudadano tiene una casa por asilo y de que en ella no debe ser objeto de violencia (94). Esto se advertía en el hecho de que entre los romanos no

se podía ir a casa de un ciudadano para citarle a juicio, pues según la ley de las XII Tablas la citación a juicio era citación violenta y se consideraba como una especie de prendimiento (95). Ahora bien, propiamente hablando quizás, en este último caso lo que se proteja no sea tanto la intimidad como la seguridad.

d. Cristianismo.

Con el advenimiento del Cristianismo, la intimidad experimentará *un mayor reconocimiento. Una Institución (la Iglesia) que tenía su razón en una relación superior entre una idea espiritual y la esencia espiritual de la naturaleza humana y que existía para servir de medio de comunicación del alma con Dios, tenía que exigir que se la distinguera de aquellas instituciones seculares que servían para procurar los medios de la existencia corporal y terrena, y tenía que ser, a la vez, en cierto grado, independiente de ellas (96). Por esta razón el Cristianismo planteó un problema que no había conocido el mundo antiguo, el problema de las relaciones entre Iglesia y Estado, y supuso una diversidad de lealtades y un JUICIO INTIMO no incluido en la idea de ciudadanía. Es difícil imaginar que la libertad hubiera podido desempeñar el papel que llegó a tener en el pensamiento político europeo, si no se hubiera concebido que las instituciones éticas y religiosas eran independientes del Estado y de la coacción jurídica, y superior en importancia a ellos (97).*

La concepción de una sociedad cristiana universal transmitida por los Padres de la Iglesia a la Edad Media difería fundamentalmente de la antigua idea de una comunidad universal que había prevalecido en la antigüedad precristiana en que dividía la lealtad y la obediencia entre dos ideales y dos gobiernos. El Cristianismo añadió a la exigencia de justicia en el Estado terreno la obligación de mantener una pureza de culto que hiciese de esta vida la puerta de entrada a la ultraterrena. La idea de la obligación cristiana se sobrepone a la del derecho terreno. Por encima de la ciudadanía del Estado y al lado de esta ciudadanía, colocaba la

pertenencia a una compañía celestial, situando al cristiano bajo un derecho y un gobierno dobles (98). Este doble aspecto de la sociedad cristiana dió por resultado un problema único que acaso ha contribuido como ningún otro a las propiedades específicas del pensamiento político europeo. La creencia en la autonomía espiritual y el derecho de libertad espiritual dejó un residuo sin el cual serían muy difíciles de entender las ideas nuestras de intimidad y libertad individuales, dice Sabine (99).

Como ya observó también Combés, los apologistas de los siglos II y III no pierden ocasión de comentar el texto paulino de Rom. 13, 1-9 para oponerlo al Imperio como homenaje y como protesta. Todos estos autores manifiestan su vinculación y respeto a las instituciones establecidas, pero combaten sin descanso la confusión de poderes, las servidumbres recíprocas del trono y del altar, la subordinación de los derechos de la conciencia a las órdenes de la autoridad (100). Por lo demás otros textos neotestamentales expresan con más fuerza, si cabe, la dualidad de lealtades (101).

Así es como se llega al Edicto de Milán del año 313 promulgado por los Emperadores Constantino y Licinio. En él ambos Emperadores acuerdan "dar así a los cristianos, como a todos, la libertad de seguir la religión que cada cual quisiera". El Edicto de Milán no declara al Cristianismo religión oficial del imperio como a veces se dice, sino que declara la libertad de la Iglesia para ejercer su religión como las demás religiones. En la primera parte del Edicto se reitera en varias ocasiones esta doctrina de la libertad de cultos (102).

Aparece aquí, por tanto, una de las primeras jurificaciones de la intimidad. Frente al Edicto de tolerancia dado por el Emperador Galerio en el 311, en el que siguen siendo los dioses tradicionales la verdadera religión del Imperio, y se ordena la tolerancia de los cristianos sólo por razones de oportunidad política (103), en el Edicto de Milán de Constantino y Licinio se establece una neutralidad religiosa efectiva. Para

Ricciotti, "el hecho de que el Imperio adoptase oficialmente esta posición de neutralidad frente a los súbditos propios fue una innovación sin precedentes, una verdadera revolución en el concepto romano del Estado, porque este concepto estaba estrechamente unido y compenetrado con la veneración de los dioses (paganos) patrios y si en los últimos siglos las religiones extranjeras habían hecho amplias irrupciones en el interior del Imperio encontrando allí una tolerancia práctica, oficialmente la fidelidad a los dioses patrios no había sido nunca preterida" (104).

Carl Schmitt difiere de la tesis arriba expuesta (105). El autor alemán, si bien reconoce que el Estado antiguo no conocía derechos de libertad porque parecía inconcebible una esfera privada con un derecho independiente frente a la comunidad política, considera que los derechos fundamentales no aparecen hasta el siglo XVI. En su opinión el pensamiento de los derechos fundamentales contiene el principio básico de distribución, el cual significa que la esfera de la libertad individual es ilimitada en principio mientras que las facultades del Estado son limitadas en principio. Pues bien, según él, el Cristianismo apareció en un mundo dominado por el Imperio Romano, un Universo político pacificado y, por ello, despolitizado (pues la esencia de lo político es la contraposición existencial amigo-enemigo, y en este universo pacificado no hay contraposiciones). Esa situación de Universo político cesó con el desmoronamiento del Imperio, pero la teoría de toda la llamada Edad Media (106) se mantuvo en la idea de ese Universo. Sólo en el siglo XVI se hizo imposible la Teoría de un Universo político, e incluso su ficción, pues con el reconocimiento de la soberanía de numerosos Estados se paso una situación de Pluriverso político. El Cristianismo y la Iglesia se encontraban en una situación nueva pues con las "Iglesias nacionales" se formaba a partir del Estado una nueva organización de la vida religiosa en la que la adscripción política determinaba la agrupación decisiva de los hombres con lo que la religión no podía ser un asunto privado. Es en el

propio campo del Protestantismo donde surge la reacción frente a este exceso luterano, y los rebautizados y los puritanos postulan una respuesta nueva: la privatización de toda religión, la cual se convierte en cosa suprema y absoluta, mientras todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto Iglesia como Estado, se convierten en algo relativo y auxiliar. En este momento, según Schmitt, surge la libertad de religión (que para Schmitt está estrechamente conectada con la intimidad) como el primero de los derechos fundamentales. Así, es en este instante histórico cuando aparece, según Schmitt, el principio de distribución: el individuo como tal es portador de su valor absoluto y permanece con este valor en su esfera privada, de forma que su libertad privada es algo ilimitado en principio; mientras que el Estado es sólo un medio, relativo, limitado en sus facultades y controlable por los particulares.

Pues bien, parece posible, a tenor de lo dicho en páginas anteriores, cuestionar esta tesis de Schmitt incluso admitiendo su sistema conceptual y su noción del principio de distribución. En efecto, no cabe ya hablar en el Cristianismo propiamente de "Universo político" en la medida en que el poder espiritual (que tiene una dimensión social) y el poder político se distinguen y separan, (y aún en alguna ocasión se enfrenten(107)). Por lo demás, aparece clara en el Edicto de Milán, y antes en los autores cristianos, que la facultad del Estado (si consideramos que Roma es un Estado) está limitada y resulta controlable en lo que respecta a las cuestiones de conciencia y de religión, por lo que no resultaría difícil ver ya entonces plasmado el principio fundamental de distribución. Otra cuestión es que dicho principio en el siglo XV se exasperase y perdiese su contenido político para adquirir sobre todo un sentido religioso de enfrentamiento con la Iglesia Católica. Pero ese es otro problema.

Por lo demás, el Emperador Constantino dió más muestras de respeto y reconocimiento de la intimidad. Ya hemos visto en páginas atrás cómo el delito de adulterio era objeto en Roma, en la Roma clásica, de acusación pública, y es fácil advertir el daño que esto podría hacer en la intimidad familiar. Constantino, consciente de ello, suprimió por completo la acusación pública de adulterio al estimar que "es cosa indigna que matrimonios tranquilos se vean perturbados por la audacia de los extraños" (108). Se aprecia claramente la reserva de un espacio íntimo (el matrimonio) que resulta vedado para las intromisiones de terceros extraños, a la vez que se descalifica totalmente ("es cosa indigna") tal intromisión.

Algunos autores han destacado los textos del Nuevo Testamento que contienen referencias a la idea de intimidad, de un "homo interior" (109). Ahí se encontrará una de las fuentes del rico pensamiento de San Agustín, confluyendo con el Platonismo, el pensamiento de Séneca, etc. San Agustín representa sin exageración el apogeo de la idea de intimidad. Si bien algún autor clásico, como Cicerón utilizó en alguna ocasión la voz "intimus", lo cierto es que en él no hay una reflexión sobre lo íntimo (110). San Agustín, es el primer teórico de la intimidad propiamente dicha. La intimidad no es una idea que se exprese obiter dictum en alguna obra, sino que es una idea central a lo largo de un considerable número de títulos de este autor: Confesiones, De vera religione, Soliloquios, numerosas epístolas, etc (111). En San Agustín los vocablos de la raíz intimus se emplean en el mismo sentido que hoy. Es San Agustín en Las Confesiones el primero que hace una exploración sistemática y completa de la intimidad.

En esta obra las reflexiones sobre la intimidad, las invitaciones a la exploración de la intimidad son constantes (112). Esta preocupación, existe por toda su obra (113). San Agustín desarrolla de forma precisa su teoría del conocimiento que, en la medida en que identifica conocimiento

y Dios, tiene también un importante alcance teológico. Su método se desarrolla fundamentalmente en tres fases (114):

a) Noli foras ire (no quieres salir fuera).

b) In te ipsum redi (vuélvete, entra en ti mismo).

c) Trascende te ipsum (trasciéndete, sube por encima de ti, no te quedes encerrado en ti).

Puede decirse, por tanto, que la idea de intimidad alcanza con este pensador su cima. Así se explica que haya sido llamado por algunos como "el primer hombre moderno" (115). Los pensadores modernos, como Descartes o Kant seguirán las huellas de San Agustín, si bien eliminando la tercera fase del método agustiniano (116).

e) **Pueblos Germánicos.**

Entre los pueblos germánicos (quizás fuese más preciso hablar de indoeuropeos) la idea de lo privado, aunque no exactamente la de intimidad está presente de forma destacada. Ciertamente, no se encuentra una teorización tan profunda como la de San Agustín que llega al máximo de la introspección, pero, aun de forma menos elaborada esa idea está presente. Esta idea también tendrá repercusiones en el Derecho.

Ortega y Gasset ha reflexionado sobre el asunto. En su opinión en el espíritu que inspira las grandes tendencias del Derecho germano, se halla la resistencia a disolver lo personal en lo público. A este respecto considera que mientras para un clásico como Cicerón, "libertad" significaba imperio de las leyes establecidas (117), para el germano, la ley es siempre lo segundo y nace después que la libertad personal ha sido reconocida, y entonces, libremente, crea la ley (118). El germano, según Ortega, tardó mucho en aceptar que la justicia fuese pública y no privada. Consecuentes con su sensibilidad personalizada, estos pueblos del Norte pensaban que quien cree tener un derecho debe por sí mismo

defenderlo. En cierta manera es una misma cosa para ellos tener un derecho y ser capaz de sustentarlo. De ahí que Seek observa que nada irritó tan vivamente a los germanos contra los conquistadores como ver que en medio de ellos se hacía justicia a la manera romana, y no era tanto el contenido mismo del derecho lo que provocó aquella tormenta, según Seek, -el ius gentium era de sobra maleable-, sino la justicia pública en las cuestiones privadas de los individuos, era lo que parecía insoportable al "libre germano" (119).

Algo parecido ya fue observado por Tácito, al examinar el modo de vida germánico. Este autor observaba que los germanos no viven en ciudades y no permiten que sus casas se toquen con otras, dejando cada uno alrededor de su casa un pequeño terreno o espacio cercado y cerrado (120). Montesquieu subraya la exactitud de la observación del historiador romano, mencionando varias leyes de los códigos bárbaros conteniendo disposiciones primitivas contra los que derribaban estas cercas y contra los que penetraban en la casa (121).

f) La Edad Media.

La Edad Media ha sido considerada por algunos como la edad primera de la civilización cristiano-occidental. Toynbee (122) considera esta última civilización como filial de la grecorromana, en la medida en que el elemento clásico es muy importante en la misma, si bien recibe un nuevo sentido con el elemento genético fundamental que es el Cristianismo. A estos dos elementos se sumará un tercer elemento que sería el germánico (o indoeuropeo, quizás). No en vano, los invasores germánicos de lo que fue el Imperio Romano mantenían las viejas costumbres germánicas que, con la cristianización de estos pueblos y la fusión con los elementos nativos y romanos de los territorios conquistados, experimentaron sensibles matizaciones.

Esta fusión de los tres elementos se apreciará en el desarrollo de la idea de propiedad y en sus manifestaciones jurídicas. La idea de

intimidad y de lo privado también está presente durante la llamada Edad Media. Según Ortega, durante la Edad Media, la energía vital "no se consume en luz derramada sobre el Universo; se concentra en calor dentro de la persona" (123). El arte gótico medieval, en concreto, la estatua gótica, a juicio de Ortega, manifiesta en forma extremada el imperio del alma. Si en la estatua griega vemos un trozo de mármol que da ocasión a una forma que tiene sentido y valor por sí misma, en la visión adecuada de una estatua gótica no vemos el mármol o la madera ni la forma como tal, sino sólo una "figura expresiva" donde la línea y el plano tienen una función transitiva: expresar una intimidad sentimental, el alma del que esculpe, lanzarnos más allá de la propia obra de arte al recinto transvisible de una intimidad que vibra (124).

Por lo demás, pese a que algunos hayan señalado que la distinción público/privado era extraña a la política medieval porque todas las relaciones sociales estaban dominadas por la sola categoría de lo privado (125), otros autores han demostrado que ese punto de vista no es exacto, y que, si bien predomina lo privado en la Edad Media, la noción de lo público no era desconocida (126).

La investigación filológica de Duby acerca de lo privado en el Medievo resulta de especial interés a efectos de determinar la presencia de la idea de intimidad en esta época. Privatus, en primer lugar, evoca lo familiar, designa lo no festivo, en la medida en que una fiesta supone palabras que se dicen, actitudes que se adoptan ante los demás para darse a conocer; antes al contrario, las palabras que sostienen la idea de privado son palabras reservadas a los comportamientos de intimidad (127).

En los idiomas románicos que surgen la palabra privado significará más o menos lo mismo. Con ese término se designa, en primer lugar, los seres y las cosas avecindadas en el círculo de la familia; además, todo lo que se halla incorporado al ámbito doméstico y sobre lo

que el dueño de la casa extiende su poder; en tercer lugar, también se manifestará en las lenguas romances, el deslizamiento hacia lo íntimo, hacia lo secreto. De lo privado, se pasará a lo íntimo y de ahí a lo clandestino y, por ende, a lo sospechoso. Sospechoso a los ojos del poder exterior, opresor, y que el poder público tiene el deber, por consiguiente, de desenmascarar y de expulsar. Lo privado se muestra contenido en un espacio protegido, como algo vedado, como una fortaleza sitiada (128), como un castillo dirá Ortega (129). Duby afirma que el concepto de lo privado, soportado por una muy firme estructura del lenguaje, afirma su permanencia a través de los tiempos.

Durante la época feudal se mantendrá la idea, expresada por una serie de vocablos organizados en torno a privatus, de que existen actos, seres, objetos que se hurtan con todo derecho a la autoridad colectiva y que por ello mismo se hallan establecidos en un dominio acotado por límites precisos, cuya función consiste en obstaculizar cualquier tentativa de intrusión. Por ello, la oposición público/privado no es sólo cuestión de lugar, sino también cuestión de poder (130). Se tratará de la naturaleza de los poderes: de un lado, la res publica, compuesta por hombres (las mujeres escapan de este poder, según Duby) que forman la comunidad política. Es el dominio de lo colectivo, por tanto extra commercium cuya gestión corresponde al magistrado y a la lex. De otro lado, lo que desde el siglo XII se designará explícitamente como res familiaris, compuesta por la familia que define su área natural de vida en común que es la casa. Su gobierno corresponde al paterfamilias y no se rige por la ley sino por la costumbre (131). Ahora bien, desde esta perspectiva lo privado no equivaldrá siempre a lo individual, (132), lo cual no significa que la idea de intimidad esté ausente como se ha visto anteriormente, sino que lo privado supone una amplia constelación conceptual.

La conjunción de los tres elementos (lo romano, lo germánico y lo cristiano) también tendrá su plasmación respecto a la dimensión

jurídica de la intimidad. En primer lugar, el cristianismo y, muy especialmente, el pensamiento de San Agustín, que domina en todas partes hasta el siglo XII (133), seguirá presente. En segundo lugar, en el siglo XII se produce la Recepción del Derecho Común y el Redescubrimiento del Derecho Romano. En el Derecho Romano se reconocían ciertos derechos a los ciudadanos, si bien el fundamento de estos derechos no era la dignidad de la persona, noción desconocida en lo tiempos antiguos. Ahora bien, el Derecho Romano se diferenciaba del Germánico en que era la res publica, valga decir, el Rey, quien garantizaba los derechos. En tercer lugar, el celo germánico por lo propio, por la libertad frente a lo público, no dejará de influir en la conformación definitiva de los derechos durante esta etapa.

El cuadro de los derechos del súbdito en la Edad Media empieza partiendo de Dios y de su criatura, de la persona digna al Creador por el amor y por el temor. Hay un reconocimiento de la persona como ser libre que envuelve un alma capaz de salvación y de condenación. De ahí, de la dignidad del hombre arranca la idea de todas las franquicias y derechos del hombre medieval. Es de ahí y no de la idea de igualdad del mundo clásico de donde proceden estas construcciones (134). Esta época se caracteriza por un concepto de libertad ligado a la idea vieja y eterna de la libertad que al hombre corresponde sobre la figura de su saber de salvación (135), que se fundirá en el concepto germánico. Así Raimundo Lulio diría que "tan noble cosa es la libertad en el espíritu del hombre que ninguno daría la libertad de su franco querer o aborrecer por todos los tesoros del mundo" (136). Así pues, hay una feliz conjunción entre la técnica del Derecho Romano y del Derecho Común y una idea occidental, y desconocida en la civilización greco-romana cual es la idea de dignidad de la persona, con la que se conectará la idea de intimidad.

De entre las manifestaciones del derecho a la intimidad, posiblemente sea la inviolabilidad de domicilio la que tenga mayor

desarrollo en esta época. En la Edad Media hay una paz especial que protege la casa y da base a la tranquilidad doméstica. Su origen es discutido, pues mientras algunos la relacionan con la paz de la Iglesia como hace Neef, otros como García de Valdeavellano consideran que es quizás más exacto pensar en una protección derivada de la persona misma (137). Esta última tesis conecta la inviolabilidad del domicilio con la intimidad de forma muy directa. Nuestros textos explican la paz de la casa como garantía contra los registros, ya desde el Fuero de León (138). En Castilla se encuentra ya la paz de la casa a lo largo del siglo XI, bien que sin la reglamentación minuciosa que se produce en los países litorales (139).

Un ejemplo espléndido del reconocimiento de la inviolabilidad de domicilio lo tenemos en las importantísimas Cortes de León de 1188 en las que además de otros importantes derechos procesales se recoge este derecho a la inviolabilidad de domicilio en el Decreto 11º de la Curia Plena de León (140).

Es claro que es algo más que un principio programático, pues hay por una parte una obligación asumida por el Rey, y por otra unas consecuencias jurídicas clarísimas para el supuesto de violación. Consecuencias en el orden penal y civil. En lo civil, concretamente, se establece una suerte de indemnización.

Este texto, se escribe en la época en que se produce la Recepción del Derecho Común. Por otra parte, al ampliar la garantía a la heredad o huerto contiguos aparece claro enlace con las instituciones germánicas. Este último enlace aparece también en la presencia del coto de los sesenta sueldos que muestra el derecho territorial castellano recogido en el "Libro de los Fueros" (141).

La garantía contra registros domiciliarios se relaciona también con el concepto y la estructura de la "paz del Rey" y está apoyada en la

sanción ejemplar del propio coto del rey, como se ve en el Fuero de Logroño (142).

Otros textos posteriormente ya en la Baja Edad Media, se sitúan en esa línea como el "Libre de les costums de Tortosa" (a. 1.279) que "ofrece una fundamental inspiración romanista" (143) en el que se recoge la garantía de la inviolabilidad de domicilio (144).

Otro testimonio de la época lo ofrece Beneyto al hablar de que en las Partidas se recoge el derecho feudal, al privilegiar la tutela de la casa de los nobles, en versión clasista, asimilándola a los castillos (145).

De todo lo dicho anteriormente se desprende que la intimidad era un bien que gozaba de reconocimiento social y cuya protección se plasmó en importantes textos jurídicos, algunos como el de las Cortes de León, incluso de carácter "constitucional". Así ha podido decir Beneyto que el derecho a la privacy, a la intimidad del hogar, encuentra su encuadramiento en una paz de la casa construida para los particulares que presenta proximidad con las paces del palacio, de la Iglesia o del mercado que tutelan a las gentes próximas al Rey, a los clérigos y a los comerciantes (146). En definitiva, el derecho, además de la idea, de intimidad se encuentran reconocidos.

g. La Modernidad.

g.1. La modernidad medievalizante española.

Al concluir la Edad Media, aparece el Renacimiento que no es sino la primera fase de la Edad Moderna o Modernidad en la que aún nos hallamos. La unidad de orden medieval se quiebra. Ahora bien, la Modernidad no ha sido algo unívoco desde el primer momento. Como señala Palacio Atard, en el siglo XVI existieron dos posibilidades para que el mundo moderno se realizase. Una, revolucionaria; otra tradicionalista o medievalizante, que no quería un mero estancamiento en las formas antiguas, sino que se sentía vinculada al tiempo anterior y

quería conservar los fundamentos culturales del mismo, aunque admitiendo todas las superaciones convenientes (147). Un ejemplo paradigmático de ello lo constituyó la Escuela Española de teólogos-juristas del siglo XVI, que renovó la Escolástica medieval sin abandonarla.

Los siglos XVI y XVII presencian la pugna de las dos modernidades. Es un duelo a muerte y sólo tras un esfuerzo formidable quedará vencida una de aquellas posibilidades. El triunfo completo de la modernidad revolucionaria no se asegura hasta el siglo XVIII, con la cultura de la Ilustración (148). Es en ese momento cuando España se adhiere progresivamente con avances y retrocesos a esa modernidad.

La propuesta española de una Modernidad medievalizante presenta por tanto, unos rasgos singulares que invitan a considerarla al margen de la corriente histórica del resto de Europa, algo que se acentúa desde la Contrarreforma.

En este contexto, por tanto, la idea de intimidad se desarrolla a partir de los presupuestos medievales ya conocidos. Un desarrollo singular de esta idea se producirá con la Mística del siglo XVI, en especial Santa Teresa de Jesús y San Juan de la Cruz, que avanza brillantemente sobre la senda que marcaron los místicos medievales.

La intimidad como derecho, igualmente avanzará sobre la senda ya trazada en el Medievo. De una parte, se encontrarán normas próximas a la idea de intimidad, como la que garantiza la libertad de matrimonio entre españoles e indios (149).

En este mismo contexto, se puede encontrar el reconocimiento de otra vertiente del derecho a la intimidad, la del silencio de la correspondencia en otros textos. Así esta libertad se proclama para Indias en diversas disposiciones (150) la primera en el año 1509 y otras posteriores, por ejemplo la Real Cédula de Felipe II al Virrey del Perú de

14 de Septiembre de 1.592 (151) a propósito de unas infracciones al citado derecho.

De los textos anteriores se desprende un reconocimiento del derecho a la intimidad que está profundamente arraigado en la tradición medieval ya examinada páginas atrás. No puede, por tanto, extrañarnos que Sánchez Albornoz diga que "de entre todas las colonizaciones conocidas en la historia es ... la de España en América la única que entaza, deriva y enraiza en la Edad Media" (152), ya que "el pluralismo, la aventura guerrera y los hondos sentires religiosos" que caracterizan la conquista de América son "signos típicamente medievales" (153). El ilustre historiador añade que "España, que al descubrir y conquistar el Nuevo Mundo vivía en muchos aspectos de su vida una Edad Media retrasada, que al comenzar la Edad Moderna Universal estaba todavía preñada por el espíritu y genios medievales trajo a las Indias colombinas su medievalismo "(154).

Este entroncamiento con el Medioevo se percibe en otros aspectos jurídicos advertidos por Sánchez Albornoz al decir que del mismo modo que los reyes de Asturias, de León y de Castilla, al conquistar diversos reinos moros siglo a siglo, los incorporaron y asimilaron en pro de igualdad al suyo primitivo, desde Toledo hasta Granada, el reconocimiento de los indios como súbditos supone la continuación de la doctrina jurídica practicada en los siglos medievales por Castilla (155).

g.2 Renacimiento.

La etapa histórica que recibe el nombre de Renacimiento supone una vuelta a los ideales de la antigüedad clásica pagana. Los Renamientos son los que Toynbee llama "encuentro de civilizaciones en el tiempo" por contraposición a los que denomina "encuentros de civilizaciones en el espacio" como pueden ser la lucha Occidente-Islam o la Conquista de América.

Señala Toynbee que fue Delécluze (1.781-1.863) el primero que empleó la palabra "renaissance" para designar el impacto que hizo la extinta civilización helénica sobre la cristiandad occidental en un determinado tiempo y lugar, es decir, en la Italia septentrional y central, en la última parte del período medieval (156).

En ese espacio italiano, observa Toynbee que se produjo un Renacimiento de ciertas ideas e instituciones políticas de la antigüedad helénica, como la del estado-ciudad cuando las ciudades lombardas arrancaron su fiscalización de manos de los obispos, para entregarla a comunas administradas por juntas de magistrados que eran responsables ante los ciudadanos (157). El efecto superficial consistió en propagar un culto del gobierno constitucional que ulteriormente iba a darse a sí mismo el título helénico de democracia, pero las dificultades de dicho constitucionalismo prepararon el terreno para que surgiese la figura, también helénica, del tirano; primero en las ciudades-estados italianas, y luego en una dimensión más amplia y, en consecuencia, más desastrosa (158).

Algunos autores han considerado que la idea de intimidad tiene su origen en el Renacimiento (159). No obstante, por lo dicho hasta aquí, debe descartarse esa tesis. Antes bien, ese retorno a la antigüedad clásica en la que la idea de intimidad tenía un menor desarrollo, en algunos autores redundaba en una posición de menor reconocimiento a dicha idea.

En este marco de vuelta a los ideales de la Antigüedad se inscribe la obra de un diplomático de una de esas "ciudades-estado" redivivas y gran estudioso de la Antigüedad: Maquiavelo. Maquiavelo considera que la virtud moral y cívica surge de la ley y cuando una sociedad se ha corrompido, no puede nunca reformarse por sí misma, sino que tiene que tomarla en sus manos un legislador (160). Maquiavelo al señalar este papel organizador y rector al legislador, no pensaba

únicamente, según Sabine ni siquiera de modo principal, en la organización política, sino en la totalidad de la constitución moral o social de un pueblo. Esto no significaría, para Sabine otra cosa sino que no hay límites a lo que un estadista puede hacer. El estadista puede hacerlo todo, desde trasplantar las poblaciones (como hizo Stalin con numerosos pueblos en la URSS) hasta edificar nuevas virtudes en el alma de los súbditos (161).

Es decir, Maquiavelo inaugura la Modernidad revolucionaria con el retorno a la Antigüedad clásica, a los ideales de Grecia y de Roma, que ya hemos estudiado, lo que repercute en perjuicio del reconocimiento de la dignidad de las personas y supone una menor atención a la intimidad.

Por lo demás, como ha observado Freund, la separación entre lo público y lo privado no es totalmente ignorada (162).

Aparte del caso de Maquiavelo, otros autores han mantenido la distinción público/privado, como Bodino (163). En el caso de Luis Vives (164), se advierten ecos agustinia en su teoría del conocimiento. Vives propone aplicar la inducción a los problemas psicológicos, poniendo de relieve así, cuando el método se aplica al conocimiento interno, el valor de la introspección, lo cual según Abellán lo convierte en antecedente clarísimo de Bacon y Descartes (165). En esta misma línea se sitúa el pensamiento del filósofo español Francisco Sánchez, "el escéptico" (1550-1623) que también postula la introspección como vía de conocimiento antes que Descartes, y en términos que hacen pensar que este último conocía su obra (166). Este autor, Descartes será considerado por muchos como el primer pensador moderno, debido a su método introspectivo, aunque como ya se ha observado, en el método introspectivo en sí no reside su originalidad.

9.3 La Reforma protestante.

Como se ha dicho a propósito del Renacimiento, un sector sitúa en la Reforma el origen o cuando menos el sentido actual de la noción de intimidad a través de la noción de fuero interno (167).

Casi contemporáneo de Maquiavelo es Lutero que es quien inicia formalmente la reforma protestante y la ruptura del orden medieval. En principio, Lutero se inclinaba a desechar la coacción en cuestiones de creencia, y en realidad ésta era la única posición congruente con su idea de la experiencia religiosa, pues para él la sustancia de la religión consistía en una experiencia íntima esencialmente mística e incommunicable (168). Esto no puede extrañar demasiado, pues Lutero era monje agustino y debe presumirse que conocía la obra de San Agustín y estaba influido por ella. Cuestión distinta es que ciertas ideas de San Agustín, como su método introspectivo, en Lutero adquirieron un sentido opuesto al pretendido por el de Hipona. De ahí que, de alguna manera, situar el origen de la intimidad en la Reforma (Lutero) o en el Renacimiento (Descartes) sea situarla en San Agustín, fuente inequívoca de ambos.

No obstante lo anterior, Lutero no fue capaz de concebir que la religión pudiera prescindir por entero de la disciplina y la autoridad eclesiásticas y concluyó que debía reprimirse la herejía y que debía impedirse la enseñanza de las doctrinas heréticas. Esto, como es claro, llevaba a la coacción y como la Iglesia no había podido corregir sus propios defectos, la esperanza de una Iglesia purificada tenía que estar en los gobiernos seculares (169). En un texto elocuente Lutero dice que "sería lo mejor, y es el único remedio que queda, que los reyes, los príncipes, la nobleza, las ciudades y las comunidades comenzasen y abriesen un camino a la reforma, de tal modo que los obispos y el clero, que ahora tiene miedo tendrían razón para seguirla" (170).

El resultado práctico de todo ello fue que el gobierno secular se convirtió en agente de la reforma, y Lutero contribuyó a crear una iglesia nacional, dominada por las fuerzas políticas del Estado y que casi era una rama del Estado (171). La destrucción de la Iglesia universal, la supresión de sus instituciones monásticas y de las corporaciones eclesiásticas, y la abrogación del derecho canónico, debido al movimiento iniciado por Lutero, eliminaron los frenos más fuertes que había tenido el poder secular en la Edad Media (172). En esta situación se produce un paralelismo entre el reconocimiento de la soberanía de los numerosos Estados que existían y la nueva organización de la vida religiosa en la forma de las iglesias nacionales, dominada por el pensamiento de que la adscripción política determina la agrupación decisiva de los hombres y que la religión no puede ser, por tanto, un asunto privado (173). Lord Radcliff sostiene que el abandono de las viejas ideas de un orden universal tuvo como primer resultado el fortalecimiento de las garras de poder secular, proceso que no se ve mitigado en el siglo XVII de modo que en diversos autores como Bacon, Pascal y Spinoza parece existir la sensación de que el orden civil es un bien tan abrumador que la obediencia civil se convierte en el primero y más alto deber del hombre, sin importar lo que le digan su conciencia privada o su moralidad personal (174).

A la vista de este desarrollo contradictorio de la idea de intimidad es posible entender determinadas normas sobre la intimidad de carácter limitativo. Una de estas normas es la dictada por Enrique VIII de Inglaterra, que condenaba a toda la muchacha que, habiendo tenido relaciones ilícitas con alguien, no lo declarase al Rey antes de casarse. Es natural que Montesquieu afirmase que esta ley violaba la defensa del pudor natural y que tan sin razón es exigir a una joven que haga tal declaración, como pedir que un hombre no trate de defender su vida (175).

Por su parte, el calvinismo defendió la primacía y la independencia de la autoridad espiritual y el uso del poder secular para poner en práctica los juicios de aquélla en materia de ortodoxia y disciplina moral. En la práctica, donde quiera que ello fuese posible, el gobierno calvinista colocó las dos espadas de la tradición cristiana en la Iglesia y dió la dirección de la autoridad secular al clero en vez de atribuírsela a los gobiernos seculares (176). En esta situación era probable, que el resultado fuese, como así sucedió, un intolerable gobierno de los "santos", una regulación meticulosa de los asuntos privados, fundada en un espionaje universal, con una tenue distinción entre el mantenimiento del orden público, la censura de la moral privada y la conservación de la verdadera doctrina y el culto adecuado (177).

En estas circunstancias los rebautizados y los puritanos postularon una privatización de toda religión. La religión, como cosa suprema y absoluta, se convierte en asunto propio del individuo, y todo lo demás, toda especie de formaciones sociales, tanto iglesia como estado, se convierte en algo relativo que sólo tiene valor como medio auxiliar de aquel único valor absoluto. La libertad de religión, por tanto, según Schmitt se convierte en el primero de todos los derechos fundamentales (no por obra directa de la Reforma, sino como consecuencia del proceso desencadenado por ella), pues con él se establece el principio fundamental de distribución: el individuo como tal se considera portador de un valor absoluto y permanece con este valor en su vida privada; su libertad privada es algo ilimitado en principio; el Estado no es más que un medio, y por eso, relativo, derivado, limitado en cada una de sus facultades y controlable por los particulares (178).

Dejando al margen el que, como ya se ha indicado más arriba, el principio de distribución tiene raíces mucho más profundas, es lo cierto que los puritanos y las sectas próximas a ellos, fueron quienes, huyendo de las persecuciones religiosas de la Europa de entonces, fundaron las

primeras colonias en Norteamérica. En estas colonias cuyo nacimiento se hace figurar en un "contrato social", se dictaron una serie de leyes de gran interés para el estudio de la intimidad. Tocqueville estudia el código de leyes penales que el pequeño estado de Connecticut se dió a sí mismo en 1.650, por tanto, al poco de fundarse la colonia, y con el espíritu de pilgrín aún vivo. Estas leyes que se preocupan sobre todo de mantener el orden moral y las buenas costumbres en la sociedad, penetran, pues, sin cesar, en el dominio de la conciencia, y así no hay pecado que no sometan a la censura del magistrado (179). Así las normas controlaban insólitos aspectos de la conducta.

El simple comercio entre personas no casadas estaba penado y Tocqueville cita el caso ocurrido en un 1º de Mayo de 1.660 en el que se multó y amonestó a una joven a la que se acusaba de haber pronunciado algunas palabras indiscretas y de haberse dejado dar un beso (180).

También se castigaban la holgazanería y la embriaguez, así como el uso del tabaco, fuese público o privado. Con pleno olvido de los principios de libertad religiosa reclamados por ellos mismos en Europa obligaban bajo pena de multa, a asistir al servicio divino y se llegaba a imponer severas penas, y a menudo la de muerte, a los cristianos que pretendiesen adorar a Dios mediante fórmulas distintas a las de la comunidad de la colonia (181). En la ley penal de Massachusetts, por ejemplo, el sacerdote católico que pone el pie en la colonia después de haber sido expulsado de ella, se hace reo de muerte (182).

Como observa Tocqueville, tampoco hay que perder de vista que estas leyes absurdas o tiránicas no eran leyes impuestas, sino votadas libremente por los propios interesados, y tampoco hay que olvidar que las costumbres eran aún más austeras y puritanas que las leyes (183).

En definitiva, la Reforma provoca desarrollos contradictorios ante la idea y el derecho a la intimidad. Sí, por una parte, ciertas posturas y ciertas proclamaciones parecen acercarse al pensador cimero de la idea

de intimidad, otras se alejan de él. Estos vaivenes en la idea, repercuten en el derecho.

q.4 El Liberalismo.

El Liberalismo no es una corriente uniforme. Básicamente, pudieran distinguirse dos corrientes: una moderada, la otra radical; una predominante en Inglaterra, la otra en Francia. No significa que todos los autores liberales moderados sean ingleses (Constant era francés), ni que todos los liberales radicales sean franceses (Paine era norteamericano de origen inglés y vivió en Inglaterra), pero sí que la conexión entre esos factores es muy estrecha.

A) Liberalismo moderado o inglés.

El encuadramiento de Hobbes dentro de esta corriente aparece como sumamente problemático. Si, por una parte, Goodwin lo excluye (184), de otra Béjar lo incluye estimando que, al menos, sus premisas son liberales, pues considera que la sociedad y el Estado deben su existencia a la voluntad de los individuos, y que la institucionalización de la sociedad política mantiene la primacía de aquellos sobre el todo. No obstante, Béjar mantiene que las conclusiones a las que llega Hobbes no son liberales en absoluto (185). Se sitúa aquí a Hobbes en la medida en que sería más erróneo situarlo en el liberalismo radical o francés, ya que ni él era francés, aunque viviera exiliado en Francia, ni su radicalismo es democratista.

Hobbes observa que no existe en el mundo Estado alguno en el cual se hallan establecido normas bastantes para la regulación de todas las acciones y palabras de los hombres, por ser cosa imposible. Por ello, "en todo género de acciones preteridas por las leyes, los hombres tienen la libertad de hacer lo que su propia razón les sugiera para mayor provecho de sí mismos", es decir que "en los casos en que el soberano no ha prescrito una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir,

de acuerdo con su propia discreción". Estas afirmaciones permiten situar a Hobbes en el pensamiento liberal. De ahí que para Hobbes la libertad del súbdito radica, en primer lugar, "en aquellas cosas que en la regulación de sus acciones ha preterido el soberano" y que afectan al campo económico ("la libertad de comprar y vender y de hacer, entre sí, contratos de otro género") y al doméstico-familiar ("escoger su propia residencia, su propio alimento, su propio género de vida, e instruir sus niños como crea conveniente, etc."). Pero, en segundo lugar, y dado que toda soberanía se establece por pacto (si soberanía por institución por pacto de todos con todos, si soberanía por adquisición por pactos del vencido con el vencedor), "cada súbdito tiene libertad en todas aquellas cosas cuyo derecho no puede ser transferido mediante pacto". Un ejemplo de esto es, según Hobbes, el pacto de no defender el propio cuerpo de un hombre, que es nulo. El criterio para distinguir estos casos lo ofrece Hobbes al decir que "cuando muestra negativa a obedecer frustrara la finalidad para la cual se instituyó la soberanía, no hay libertad para rehusar, en los demás casos sí" (186). Dicha finalidad es la propia protección. Puede decirse que, si los pactos de no defender el propio cuerpo son nulos porque van contra la finalidad del propio pacto, no sería difícil sobre esas premisas hobbesianas sostener que los actos de no defender la propia intimidad también lo serían.

Por lo demás a la vez que distingue lo público de lo privado atisba la distinción entre libertad "negativa" o de los modernos y libertad "positiva" o de los antiguos. Para el de Malmesbury la libertad de la cual se hace mención tan frecuente y honrosa en las historias y en la filosofía de los antiguos griegos y romanos, y en los escritos y discursos de quienes de ellos han recibido toda su educación en materia de política, "no es la libertad de los hombres particulares, sino la libertad del Estado". En efecto, atenienses y romanos "eran libres, es decir, Estados libres: no en el sentido de que cada hombre en particular tuviese libertad para oponerse a sus propios representantes, sino en el de que sus

representantes tuvieran la libertad de resistir o invadir a otro pueblo" (187). En Hobbes la institución de la relación pública sirve precisamente para proteger las relaciones privadas (188), aunque el poder de lo público amenace a la esfera económica de la libertad.

El segundo teórico que puede ser aquí considerado es John Locke. Según Berlin, Locke defendía lo que él llama la "libertad negativa", es decir que debía existir un cierto ámbito mínimo de libertad personal que no podía ser violado bajo ningún concepto, de donde se deducirá que es preciso trazar una frontera entre el ámbito de la vida privada y el de la autoridad pública (189). En este sentido, se ha aducido este texto de Locke:

"donde no hay ley no pueden los hombres librarse de la presión y de la violencia de los demás, que es en lo que consiste la libertad ... De lo que se trata es de que cada cual tenga libertad para disponer, como bien le parezca, de su persona, de sus actos, de sus bienes y de todo cuanto le pertenece, sometiéndose a lo que ordenen las leyes bajo las cuales vive, para no verse sometido, de ese modo, a la voluntad arbitraria de otro, y poder seguir libremente la suya propia (190).

Béjar sostiene que la "privacidad" en Locke está conformada por los ámbitos económico, doméstico y religioso. Para esta autora, la esfera privada se presenta en Locke como reducto que juzga la legitimidad moral del gobierno (191).

Si bien todo esto es cierto, también lo es que en el propio Locke y en el mismo lugar citado hay pie para considerar que lo que defiende ese autor es lo que Berlin ha llamado "libertad positiva". Esta se entiende como ser libre, para algo, ser dueño de sí mismo, lo que justifica coaccionar a los hombres en nombre de algún fin que ellos mismos perseguirían si fueran más cultos, pero que no persiguen porque son ciegos, ignorantes o están corrompidos (192). Este otro texto al que aludimos es:

"Al no estar los hijos de Adán sometidos a esa ley de la razón, no eran inmediatamente libres. La ley, tomada en su verdadero concepto, no equivale tanto a limitación como a dirección de un agente libre e inteligente hacia su propio interés, y sólo manda lo que conviene al bien general de los que están sometidos a ella... No merece el calificativo de restricción lo que no hace otra cosa que servir de protección contra los tremendos y los precipicios... En todas las categorías de seres creados susceptibles de regirse por leyes, si carecen de ellas, carecen también de libertad" (193).

Locke, por tanto, es un pensador importante en el desarrollo de la idea y del derecho a la intimidad, si bien conviene no olvidar que también en su obra hay fundamento para la concepción de la "libertad positiva" que, a juicio de Berlin, constituye una amenaza para la intimidad (194).

En esta línea del liberalismo moderado o inglés pueden situarse a otros autores no ingleses. Montesquieu, como ha habido ocasión de ver en las páginas anteriores, si bien no teoriza sobre la intimidad, lo cierto es que parte en sus análisis de la distinción público/privado, empleando incluso la expresión "vida privada" (195). De igual modo trasluce su disenso respecto a aquellas medidas que él ve en la historia de otros pueblos (Grecia, Roma, Japón, Formosa) que cercenan la intimidad (196), así como de aquellas medidas contemporáneas suyas donde ve amenazados la libertad y el domicilio (197).

Aquí es oportuno situar también a Cadalso. La principal obra de Cadalso, sus Cartas Marruecas tiene un importante influjo de Montesquieu, si bien sus ideas sobre la intimidad tienen otra raíz diversa. Cadalso más bien se sitúa en la senda del estoicismo, e incluso podría decirse del agustinismo. Para Cadalso, "la mayor fortaleza, la más segura, la única invulnerable, es la que consiste en los corazones de los hombres, no en lo más alto de los muros ni en lo profundo de las fosas" (198). Aseveraciones como esta no faltan en las Cartas ni aún en las Noches lúgubres (199). Pero si en Cadalso se halla presente de forma

destacada la idea de intimidad, ya que no el derecho, al no ser él jurista ni ser su obra jurídica, lo más importante quizás sea su planteamiento de la necesidad de equilibrar lo público con lo privado que le convierte en verdadero antecedente de Constant. Tras sus anteriores afirmaciones de la intimidad, declara que le parece "lastimosa para el estado la pérdida de unos hombres de talento y mérito que se apartan de las carreras útiles a la república" para retirarse a su vida privada. Para Cadalso "todo individuo está obligado a contribuir al bien de su patria con todo esmero ... aun a costa de toda especie de disgustos" ya que "no basta ser bueno para sí y para otros pocos, sino que es preciso serlo o procurar serlo para el total de la nación". En efecto, "ser buen ciudadano es una verdadera obligación de las que contrae el hombre al entrar en la república, si quiere que ésta lo estime" (200). El afán de Cadalso por evitar que los ciudadanos se refugiasen en su vida privada le lleva incluso a decir que "la conservación propia del individuo es tan opuesta al bien común de la sociedad, que una nación compuesta toda de filósofos no tardaría en ser esclavizada por otras" (201). En Cadalso hay por tanto un reconocimiento de la idea de intimidad (que nos llevaría, por su época, a encuadrarlo como "liberal moderado"), a la vez que una defensa del equilibrio entre las exigencias de la vida privada y las de la vida pública, que le hace antecedente de Constant.

El siguiente autor que encuadraríamos en esta sección sería Benjamín Constant cuya obra sobre la libertad de los antiguos, y de los modernos es clásica en esta cuestión. Con el autor suizo-francés la dimensión de la intimidad como derecho adquiere una alta cota de reconocimiento. Constant contraponen la libertad de los antiguos a la de los modernos. La primera consistía en "ejercer de forma colectiva pero directa, distintos aspectos del conjunto de la "soberanía", pero a la vez "admitían como compatible con esta libertad colectiva, la completa sumisión del individuo a la autoridad del conjunto" de suerte que "todas las actividades privadas estaban sometidas a una severa vigilancia" (202).

Por su parte, la segunda consiste en que "el individuo, independiente en su vida privada, no es soberano más que en apariencia" (203).

Pero lo más importante de Constant, no es propiamente esta distinción, un tanto extremada a la luz de lo visto hasta ahora, si bien con cierto fundamento. Lo importante es que en Constant la intimidad (204) en cuanto derecho, y no ya sólo en cuanto idea adquiere una teorización importante. Constant formula dos principios: en primer lugar, que la independencia individual es la primera necesidad de los modernos y por lo tanto no hay que exigir nunca su sacrificio para establecer la libertad política; y segundo, que, en consecuencia, ninguna de las numerosas y muy alabadas instituciones que perjudicaban la libertad individual en las antiguas repúblicas, resulta admisible en los tiempos modernos. Por ello, concluye: "también las leyes deben tener sus límites" (205). Constant, por tanto, consigna lo que Schmitt llama el principio de distribución y traza una auténtica teoría jurídica de los derechos individuales.

Ahora bien, Constant también advertirá frente al peligro de un culto excesivo a lo privado (206), lo que pudiera llamarse "ideología de la intimidad". Ese peligro es para él que renunciemos a la participación en el poder político, pues la libertad política es una garantía de la libertad individual (207). Idea esta ya anticipada por Cadalso.

Puede situarse también a Tocqueville en este grupo de autores. Tocqueville acentúa la crítica que Constant hace de la "ideología de la intimidad", pero no por ello rechaza la idea o las manifestaciones jurídicas de la intimidad. La "ideología de la intimidad" llamada por Tocqueville "individualismo" que se produce en las democracias constituye "un sentimiento irreflexivo y apacible que induce a cada ciudadano a aislarse de la masa de sus semejantes y a mantenerse aparte con su familia y sus amigos; de suerte que después de formar una pequeña sociedad para su uso particular abandona la sociedad grande a su suerte" (208). Advierte que "el despotismo, medroso por naturaleza, ve

en el aislamiento de los hombres la mayor garantía de su propia duración". Por ello, entonces los hombres necesitan más la libertad y abandonar sus intereses individuales para ocuparse de los asuntos públicos (209).

Ahora bien, Tocqueville, no renuncia a la defensa de la intimidad al denunciar el individualismo. En efecto refiere con cierto disgusto como "en todas partes la centralización penetra en los asuntos privados, regula a su manera acciones y acciones cada día más mínimas y se establece al lado, alrededor y sobre el individuo para ayudarlo, aconsejarle y obligarlo" (210). Resulta temible que ahora los soberanos puedan reunir más fácilmente todos los poderes públicos en sus manos y "penetrar en el dominio de los intereses privados y más habitual y profundamente de lo que haya podido hacerlo ningún soberano de la antigüedad (211). De ahí la enorme importancia que resiste la defensa de los derechos individuales (212).

Finalmente, debe citarse a J.S. Mill, que en su obra defiende la idea de intimidad, sin olvidar las implicaciones jurídicas que tal idea lleva consigo (213).

B. Liberalismo radical o francés.

Dentro de lo que se llama aquí liberalismo radical o francés, resulta de gran interés, en primer lugar, el examen de la cuestión en el movimiento de la Ilustración.

La distinción secular entre lo público y lo privado aparece relativamente en Diderot, según Palacios (214) en cuanto que dicho ilustrado en su lucha contra los secretos de los gremios revela un intento de acabar con esta dualidad.

Aunque el Estado de los reyes absolutos era ya un Estado moderno, todavía tenía cierta vigencia la concepción sagrada del secreto y de la "máscara". Esto permite comprender que hechos como la labor de

difusión del procedimiento mediante el que los artesanos, por ejemplo, trataban el vidrio fuera inconcebible y su transgresión (transparencia) fuera un verdadero sacrilegio. Así las cosas, los trabajos de los ilustrados, como Diderot y D'Alembert, no hacían otra cosa que servir a la Revolución. Al informar sobre lo que había en las penumbras de los gremios y de las manufacturas, los enciclopedistas estaban haciendo la "luz", instauraban la transparencia. Sin duda estuvieron movidos por un afán filantrópico pero Octavio Paz ha advertido en varias ocasiones contra lo que él llama "ogro filantrópico". Este afán de exponer todo a la luz trae como consecuencia según Palacios que la intimidad quede permeabilizada por la información (en lo que se advierte la tensión vigente intimidad v. información. o art. 18, v. art. 20 CE). De este modo advierte Palacios (215) al individuo no le queda espacio libre para ocultar su intimidad con lo cual nada queda "fuera del Estado" y nada podrá ir "contra el Estado" abriéndose paso un sutil totalitarismo estatal merced a la alianza de la información con el Estado.

La Ilustración atribuye a la información y a la libre expresión la función de crear una opinión pública (216) capaz de discutir los problemas de gobierno. Tras la libre información y expresión lo que subyace es la idea liberal de la libre discusión (217). Para la idea liberal la libre discusión es el método adecuado para la integración de una unidad social (218). Se supone que en la libre discusión se presentan todas las posibilidades de actuación, las cuales pueden examinarse en sus pros y contras, y a la luz de la razón, inexcusablemente se optará por la posibilidad de todas las expuestas que sea racionalmente mejor. Como afirma De Vega, la identificación social entre discusión y verdad se manifestará en el nivel parlamentario en la identificación de la ley (obtenida por deliberación-discusión), con el momento de la justicia (219). Es claro, que un funcionamiento ortodoxo de este sistema exige plena transparencia informativa, y por tanto, resulta virtualmente vulnerador de toda intimidad que oculte cualquier circunstancia que

resulte de interés para quienes estén en el poder, sea el Parlamento o sea un periódico. Por ello con el desarrollo de la libertad de prensa y de expresión, de la opinión pública y el despliegue progresivo de su potencial "anti-intimo", se planteará la imperiosa necesidad de fijar sus límites, en torno principalmente a los derechos al honor y a la intimidad de las personas, para encauzar esas libertades.

Conociendo todo esto no sólo no parecerá extraño, sino que parecerá incluso coherente que la Declaración francesa de derechos del hombre y del ciudadano de 1.789 no recoja ninguna de las manifestaciones de la intimidad: inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones.

En la declaración de 1.789 tampoco se proclamaban ciertos derechos que presentan conexiones con el derecho a la intimidad como la libertad de religión. Schmitt interpreta este último hecho debido a que la Declaración francesa de 1.789, a diferencia de las precedentes declaraciones americanas (que sin duda eran conocidas por los revolucionarios franceses, como ha demostrado Jellinek), da por supuesto el concepto de ciudadano, y edifica el edificio revolucionario sobre un Estado ya existente, por lo que esta libertad de religión que podría considerarse el primero de los derechos fundamentales por establecer de modo radical el principio de distribución podría poner en entredicho la solidez del nuevo Estado. Por contra, las colonias americanas que erigen un Estado sobre unas bases totalmente nuevas no tendrían ese reparo (220).

Sin embargo, la tesis de Schmitt parece insuficiente porque en primer lugar, no tiene en cuenta que, como ya hemos señalado, en Norteamérica el derecho a la intimidad no tiene un reconocimiento firme y unívoco y porque, en segundo lugar, no recoge razones más poderosas que las por él aducidas para explicar esta ausencia de protección del derecho a la intimidad. A este respecto, aparte del afán de

transparentario todo ya examinado, hay que recordar con Toynbee que "los revolucionarios franceses no se cansaron de hacer alusiones a Solón y a Licurgo" (221) y ya hemos visto lo que esa vuelta a la Antigüedad significa. Por eso, Berlin observa que la revolución francesa, como todas las grandes revoluciones, fue, por lo menos en su forma jacobina una erupción del deseo de libertad "positiva" (lo que Constant llama "libertad de los antiguos"), de autodirección colectiva por parte de un gran número de franceses que se sentían liberados como nación, aunque para muchos el resultado fue una fuerte restricción de las libertades individuales (222).

Por lo demás, cuando, en documentos muy posteriores al estallido revolucionario, se garantizan derechos como el de la inviolabilidad de domicilio, su objetivo ya no será tanto proteger la intimidad personal y familiar cuanto ser un instrumento para garantizar la seguridad personal frente a detenciones arbitrarias (223). Es evidente que considerar de este modo último la inviolabilidad del domicilio supone un reduccionismo de lo que significa esa institución.

En efecto, la consideración de la inviolabilidad de domicilio como medida de garantía de la seguridad personal es una idea que se aprecia tanto en la doctrina como en las constituciones del siglo XIX, y nos da fe de que la consideración que hace la Constitución Española de 1.978 en su artículo 18 de conectar inviolabilidad de domicilio e intimidad no ha sido siempre así. Es evidente que la inviolabilidad de domicilio puede servir al derecho a la seguridad personal, pero supone mucho más que el no poder ser detenido arbitrariamente.

Un pensador singular en este marco es Rousseau. No es propiamente un ilustrado. En ciertos aspectos anticipa el Romanticismo, en otros es un neoclásico, pero sin duda es un pensador importante. En un principio Rousseau parece admitir un espacio de libertad "negativa" al individuo. En su opinión, la Comunidad política (persona pública, moral)

cuida de su propia conservación, y así como la naturaleza da a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social da al cuerpo político un poder absoluto sobre todos los suyos. Este poder recibe el nombre de soberanía. Ahora bien, el ginebrino observa que además de la persona pública (Comunidad política), deben considerarse las personas privadas que la componen "cuya vida y libertad son naturalmente independientes de ella", de suerte que es preciso distinguir entre los derechos respectivos de los ciudadanos y del soberano (224). De ahí que pueda afirmar que de lo anterior resulta que el poder soberano con todo hombre puede disponer libremente de aquello que de sus bienes y de su libertad le ha sido dejado por estos convenios. De esta suerte, el soberano no tiene derecho de cargar a un súbdito más que a otro porque entonces, convirtiéndolo el asunto en particular, el poder soberano deja de ser competente (225).

Ahora bien, en Rousseau se encuentran elementos que vacían lo que pudiera haber de defensa de libertad "negativa". En un famoso pasaje, este autor declara que a fin de que el pacto social no sea un formulario vacío, encierra tácitamente el compromiso, único que puede dar fuerza a los otros compromisos contraídos en el pacto social, de que aquel que rechazaba obedecer a la voluntad general será compelido a ello por todo el cuerpo social, "lo que no significa sino que se le obligará a ser libre" (226). Por lo demás, Rousseau se muestra decididamente partidario de Esparta, desdeñando a Atenas de la que dice que ha dejado "mármoles curiosos" (227). Según Berlín, Rousseau no entiende por libertad la libertad "negativa" del individuo para que no se entrometan con él dentro de un determinado ámbito, sino la "positiva", esto es, que todos tengan participación en el poder público, el cual tiene derecho a interferirse en todos los aspectos de todas las vidas de los ciudadanos (228). De ahí que Constant dijese que Rousseau al trasladar a la época moderna una extensión del poder social, de la soberanía colectiva, que pertenecía a otros siglos, proporcionó funestos pretextos a más de una

clase de tiranía (229). Sin embargo este pensador inestable y contradictorio en sus confesiones realiza una pendulación hacia la interioridad. El camino hacia la interioridad, también será un método de conocimiento, pero a diferencia de sus antecesores la verdad no es ya Dios (San Agustín) ni el Pensamiento (Descartes). La verdad humana dependerá de la autenticidad con que se muestren las entrañas (230).

Finalmente, es oportuno referirse a Kant. Algún autor basa su defensa del derecho y de la idea de intimidad en el pensador de Königsberg (231). Otros, como Berlin se han opuesto a esa tesis. Para éste, existe una presuposición común a los teóricos de la libertad "positiva" que consiste en que un Estado racional o libre sería un Estado gobernado por leyes que fuesen aceptadas por todos los hombres racionales, es decir, leyes que ellos mismos hubieran promulgado si se les hubiera preguntado qué querían como seres racionales (232). Así, si el universo está regido por la razón, no habrá necesidad de coacción y una vida correctamente planeada para todos coincidirá con la libertad completa, la libertad de la autodirección racional, para todos (233). Para estos pensadores, los fines racionales de nuestras "verdaderas" naturalezas tienen que coincidir o se les debe hacer coincidir aunque se opongan nuestros yos ignorantes. Así, forzar a los yos empíricos a acomodarse a la norma correcta no es tiranía sino liberación (234). En esta línea se sitúa Kant, según Berlin, que refiere un texto de aquel según el cual, cuando "el individuo ha abandonado por completo su libertad salvaje e ilegal, para encontrarla de nuevo, no deteriorada, en un estado de dependencia de acuerdo con la ley", solamente entonces tiene verdadera libertad, "pues esta dependencia es obra de mi propia libertad, que actúa como legislador" (235). Kant se encuentra en la estela de Rousseau y de Spinoza.

Se advierte, por tanto, que desde una doctrina ética de la responsabilidad y autoperfección individual se ha ido a parar a un Estado

autoritario, obediente a las directrices de una élite de guardianes platónicos. Es verdad que Kant, siguiendo a Rousseau, insistió en que la capacidad para dirigirse a sí mismos pertenecía a todos los hombres y que no podía haber expertos en cuestiones morales pues la moralidad no dependía de ningún conocimiento especializado, sino del uso correcto de una facultad humana universal. Pero incluso Kant, cuando llegó a tratar de temas políticos, concedió que ninguna ley (suponiendo que fuese una ley tal que el individuo como ser racional aprobase si fuera consultado) podía privar de ninguna parte de su libertad racional. Con esto quedaba la puerta abierta para los expertos. Como dice Berlin, el legislador no puede consultar en todo momento a todos los hombres sobre todas las leyes. Es más algunos individuos hacen oídos sordos a la voz de su razón. Por ello, el legislador el gobernante debe suponer que si la ley que impone es racional (y para saber esto sólo puede consultar a su propia razón) será automáticamente aprobada por todos los miembros de la sociedad que sean racionales, y si no la aprueban serán por tanto irracionales, por lo que necesitarán ser reprimidos por la razón, no importa si la del individuo o la del gobernante, pues los dictados de la razón tienen que ser los mismos en todas las mentes (236). Nuevamente se evoca aquí el pensamiento de Rousseau.

De este modo, el pensamiento de Kant, paradójicamente, puede volverse contra la idea de intimidad, y aún contra sus manifestaciones jurídicas (237).

El influjo combinado de los dos tipos de liberalismo vistos se traducirá en las normas jurídicas y en el orden de las ideas, afirmándose poco a poco el derecho a la intimidad.

g.5 La sociedad urbana o industrial.

En esta fase histórica, el fenómeno de la intimidad se verá perjudicado por los avances tecnológicos. Frente a esa situación se



producirá una afirmación de la idea y del derecho a la intimidad, principalmente de este último.

Sobre todo al principio de la Revolución Industrial, se manifestó crudamente la virtualidad "anti-íntima" de la urbanización, aunque con el tiempo desvaría en desencadenante de soledad-intimidad. El crecimiento de las ciudades en el período de la Revolución Industrial se hizo de forma rápida y sin ningún tipo de planificación lo que produjo unas condiciones de vida en los barrios ocupados por las clases trabajadoras muy penosas. En Manchester en 1.893 los barrios obreros disponían de un servicio para 212 personas y la mortalidad era de 145 por mil. Hauser describe el grado de hacinamiento en el casco antiguo de Madrid, donde en 1.887 la décima parte de la población vivía en 438 casas de vecindad que estaban en los distritos más pobres de la ciudad lo que explica las fuertes tasas de mortalidad en estos lugares superiores a la ya elevada tasa de mortalidad de la ciudad (238). Esto nos descubre un hábitat en el que la intimidad resulta sumamente dificultada (239).

Con la industrialización, observa Durkheim se acelera el paso de una sociedad solidaria, rural, a otra urbana en la división del trabajo, la lucha por la existencia, el individualismo y la heterogeneidad. Por las exigencias de la división del trabajo se rompe la conciencia colectiva y aparecen las relaciones contractuales (240). L. Wirth consideró que la ciudad es un asentamiento relativamente grande, denso y permanente de individuos socialmente heterogéneos. Como Durkheim, considera esta heterogeneidad que rompe los vínculos tradicionales como característica del proceso urbano, que nace, podríamos decir, casi con la propia Modernidad revolucionaria, pero con la Industrialización, sobre todo en los dos últimos siglos, adquiere una velocidad vertiginosa. El medio urbano debido a sus fuertes concentraciones demográficas determina unos comportamientos específicos caracterizados por unas relaciones secundarias (que predominan sobre las primarias) que son impersonales,

segmentarias, superficiales y transitorias, generando consecuencias nocivas en el hombre que se convierte en un individuo anónimo, aislado, secular y complejo (241). Por exigencias del trabajo y por el hecho de convivir con personas, la mayoría desconocidas, se produce la lucha y la competencia. A fin de evitar el desorden y el caos es preciso regular el comportamiento de sus habitantes mediante reglas y controles precisos. Wirth sostiene que esa heterogeneidad, unida a la imposibilidad del contacto personal entre sus miembros, trae como consecuencia que se destaque más lo visible y lo simbólico que lo íntimo, que las comunicaciones se realicen a través de medios indirectos que favorecen la aparición de la delegación y de la representación. Además, al no existir en la ciudad valores compartidos por toda la comunidad, el dinero es el referente universal, los códigos sustituyen a las costumbres y la vida está impregnada por la economía y la producción en gran escala (242).

Es decir, el proceso urbano, tiene una doble virtualidad: por una parte, realza lo exterior, lo contrario de lo que es la intimidad (pues recordemos que intimus es el superlativo de interior) no dejando espacio para la intimidad. Por otra parte, tanto la magnitud y la densidad como la heterogeneidad son factores que producen soledad y, en esa medida, facilitan el surgimiento de la intimidad (243).

Las peripecias sufridas por la intimidad como fenómeno tuvieron su traducción en la dimensión de la intimidad como idea. Ya en la primera mitad del siglo XIX, Tocqueville advertía, como ya se vió, frente a las amenazas que para la intimidad, suponía la sociedad que se estaba fraguando. Se opuso al "individualismo", pero eso no significaba que fuera "colectivista". Sin embargo muchos pensadores optaron por el colectivismo. Frente a esta situación se alzó Ortega y Gasset. Ortega advierte el fenómeno de la progresiva "publicación" de la vida (244). Pero además, observa el auge de la idea de la progresiva socialización del hombre. En este sentido advierte que, al amparo de esta idea, se plantea

exigencias no ya sólo de que lo "mío" sea para los demás (a lo que no opone Ortega reparos), sino de que lo de los demás sea "mío", de que el individuo adopte las ideas y los gustos de los demás, de todos (245). Queda así, según Ortega, prohibido todo aparte, toda propiedad privada, incluso la de tener convicciones para uso exclusivo de cada uno. Ortega denuncia que la divinidad abstracta de "lo colectivo" vuelve a ejercer su tiranía ya practicada en Grecia y en Roma. Ejemplos de ello son, de un lado, la prensa, que se cree con derecho a publicar la vida privada de las personas, a juzgarlas y a sentenciarlas; y, de otro lado, el poder público, que fuerza al individuo a dar cada día mayor cantidad de su existencia a la sociedad sin dejarle al hombre un rincón de retiro. Las masas protestan airadas contra cualquier reserva de sí que haga la persona (246). Ortega cree ver la explicación en esta la furia anti-individual, en que las masas se sienten en su fondo íntimo débiles y medrosas ante el destino y tienen nostalgia del rebaño (247).

Frente a ese avance del fenómeno y de la idea anti-individuales o si requiere, antiíntimos, Ortega defiende la importancia del fenómeno y de la idea de intimidad. Para él, la soledad hace a nuestra persona compacta y la repuja. Bajo su tratamiento, el hombre consolida su destino individual y puede salir impunemente a la calle sin contaminarse por completo de lo público, mostrenco, endémico. En el aislamiento se produce una criba y discriminación de las ideas, afanes y fervores de la persona que aprende cuales son suyos y cuales son anónimos, ambientes caídos sobre ella como la polvareda del camino. Para el hombre, vivir es, haberse quedado solo, conciencia de unicidad, de exclusividad en el destino que sólo él posee (248).

En esta etapa, la articulación jurídica de la intimidad recibe un nuevo e importante impulso. Esa articulación, como ha puesto de relieve Lucas Murillo se realizará por un doble camino (249), por un lado a través

de la doctrina y jurisprudencia norteamericana, por otro mediante elaboraciones continentales.

Por lo que hace a la aportación norteamericana, como ha observado Westin, la preocupación de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el asunto es constante, habiendo este autor recopilado un impresionante cúmulo de datos acerca de casos y autores en los que se defienden las más diversas parcelas de la intimidad (250). De ahí que pueda afirmar que la tesis promovida por muchos comentaristas desde Brandeis hasta el presente de que la intimidad era de algún modo un derecho legal "moderno" que empezó a tomar forma sólo a finales del siglo XIX es una doctrina errónea (251). Esta afirmación, en un sentido, es compartible. En efecto, buena parte, por no decir todo, del contenido de ese derecho ha sido objeto de protección en Derecho norteamericano (252). Ahora bien, lo que también es cierto, es que sólo desde el famoso trabajo de Warren y Brandeis se habla de un "derecho a la intimidad" como tal, como categoría única que recapitula y unifica en una unidad superior derechos dispersos y contenidos diversos que antes se protegían de forma separada. Esa creación de una categoría única, tendrá, además, una gran virtualidad expansiva.

Warren y Brandeis advierten que recientes inventos y métodos mercadotécnicos reclaman la atención para dar un paso más en el aseguramiento del derecho a estar solo. Por otra parte, la intensidad y complejidad de la vida, resultado de los avances de la civilización, han hecho necesaria una cierta retirada del mundo, haciéndose el hombre más sensible a la publicidad, de suerte que la soledad y la intimidad se han hecho más esenciales para el individuo (253). Uno de los factores que lesionan esta intimidad es la prensa que "supera continuamente en todas direcciones los límites obvios de la propiedad y la decencia" promoviendo el chismorreo. Esto, por un lado, produce un empequeñecimiento de los pensamientos y aspiraciones del pueblo,

usurpando espacio en cerebros que podría dedicarse a otros menesteres (254). El derecho a la intimidad, como tal, tendrá desarrollo en la jurisprudencia norteamericana del siglo XX (255).

En cuanto a las elaboraciones continentales, observa Lucas Murillo que articulan el derecho a la intimidad valiéndose de la categoría, predominantemente civilista, de los derechos de la personalidad, para de ahí pasar más tarde al Derecho público y a las Constituciones (256). En principio según Pérez Luño resultaba difícil aplicar la categoría de derecho subjetivo, surgida en torno a la propiedad, a la propia persona y, por ende, a su intimidad. Muchos autores por ello propusieron la expresión "bienes de la personalidad" en lugar de "derecho de la personalidad" (257), por entender inapropiada esta última expresión.

Sin embargo, debe advertirse que, en rigor, esa expresión era ortodoxa desde un planteamiento liberal-europeo. Hay un texto de Locke de trascendental importancia, no sólo para este asunto, que merece ser recordado. Para Locke "cada hombre tiene la propiedad de su propia persona (subrayados por Locke). Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos afirmar también que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de su manos son auténticamente suyos" (258). De ahí que, desde un planteamiento liberal, plenamente ortodoxo (Locke, nada menos) pueda hablarse de derechos de la personalidad.

Estas elaboraciones confluirán en el siglo XX y ello puede ser quizá más resultado que causa de la internacionalización de los derechos fundamentales. No en vano el derecho a la intimidad o al respeto a la vida privada se consagra en las más importantes declaraciones internacionales: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1.948; Convenio de Roma de 1.950; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1.966, entre otros. La constitucionalización de este derecho será posterior a su internacionalización.

La conclusión de lo anterior es que en esta fase la intimidad como fenómeno sufre fuertes embates, pero paradójicamente también encontrará condiciones favorables; como idea será objeto de la preocupación de importantes pensadores; y como derecho experimentará un importante desarrollo.

g.8 El totalitarismo.

Freund, en uno de los más penetrantes análisis sobre el totalitarismo que existen, define éste como un esfuerzo gigantesco para borrar la distinción entre lo individual y lo público, eliminando esa realidad intermediaria entre lo público y lo personal que es la sociedad civil, entendida en sentido amplio no ideológico (259). La sociedad civil es el lugar en el que lo privado y lo público se interpenetran sin cesar, bien mediante compromisos, bien mediante tensiones. La degradación de esta realidad intermedia conduce fatalmente a la ruina de las categorías de lo privado y de lo público ora por la identificación del individuo y lo social (marxismo), ora por la de lo social y el Estado (jacobinismo, nazismo). En ambos casos, el totalitarismo tiende a hacer del hombre un ser artificial, intentando configurarlo, por la fuerza, según un arquetipo puramente teórico, puesto que en la elaboración de este arquetipo se ha comenzado por descuidar (los totalitarismos dicen: suprimir) las contradicciones de la vida, las infinitas posibilidades del hombre y sus aspiraciones de todo orden, religiosas, artísticas, filosóficas y demás (260). Según Freund sólo hay libertad política en aquel sistema que respeta la distinción entre lo público y lo privado (261).

El totalitarismo es por su mismo concepto aspiración hacia la totalidad, no una totalidad prometida en el más allá, sino en el más acá. Lo totalitario niega todo límite, puesto que la suposición de una frontera implica un más allá. Es un sistema por tanto, absolutamente cerrado, en cuyo interior no hay fronteras entre las diversas actividades humanas. El totalitarismo, al apoderarse del poder y hacer política, no pretende servir

a lo político pues no utiliza ésta para sus propios fines, a saber, la defensa de una colectividad contra el desorden en el interior y las amenazas exteriores. Antes al contrario, trata de cumplir un fin que rebasa lo político y cualquier actividad humana: forjar un ser humano distinto, el hombre total (eso sí, concebido desprovisto de todas sus determinaciones que lo hacen hombre); aparece así el totalitarismo como un fenómeno de despolitización así como de despersonalización, desnaturalización de la economía, la moral, el derecho, el arte, etc. (262). Sólo puede haber libertad política allí donde el Estado ejerce su función pública, es decir, donde se utiliza el poder sólo para los fines de lo político(263).

Señala Sabine (264) que tanto en el fascismo italiano como en el nacionalismo alemán el gobierno puede y debe controlar todo acto y todo interés de cada individuo o grupo, para utilizarlo en el incremento de la fuerza nacional. La educación se convirtió en su instrumento (algo no muy lejano de las pretensiones de Aristóteles). El ocio y la recreación se convirtieron en instrumentos de propaganda y fueron reglamentados. Se pretendía que al individuo no le quedara ningún recinto privado que pudiera llamar suyo. El totalitarismo se dedicó a organizar y dirigir todos los aspectos de la vida económica y social, intentando excluir toda posibilidad de vida privada o de decisión voluntaria (265).

Pero pese al intento totalitario, hubo reductos de intimidad que no pudieron ser ocupados. Como observa Schmitt, los alemanes frente a los nazis recurrieron a la antigua tradición, bien probada, de retirarse tranquilamente a una intimidad privada. En ninguna parte se llevó tan lejos la separación de interior y exterior (266). En el totalitarismo, el terror externo se hace más convulsivo, pero las posibilidades de una totalidad intelectual se debilitan. El peligro despierta fuerzas nuevas en los que no se rinden y espíritu e inteligencia se oponen al ruido del aparato público por medio de múltiples formas de cortesía, formalidad e ironía, y, al fin,

mediante el silencio (267). En esas circunstancias, "el alma del pueblo emprende el camino misterioso que conduce al interior; entonces crece la contrafuerza del callar y del silencio" (268), y ese camino misterioso también lo recorre el individuo amenazado (269). En Schmitt, se nos muestra la intimidad como baluarte de la libertad frente al totalitarismo.

En este contexto se advierte una analogía con respecto a lo que sucedía con la sociedad urbana; las nuevas condiciones cercenan en principio la intimidad como fenómeno, pero provocan como reacción la búsqueda de nuevos espacios de intimidad. Del mismo modo, el acoso a la idea de intimidad, producirá como reacción que ciertos pensadores la defiendan.

Esta experiencia totalitaria tuvo consecuencias jurídicas. El racismo nazi produjo la legislación sobre la eugenesia en 1.933 que representó una política general de esterilización o exterminio de los defectuosos físicos o mentales (270). Esta intromisión en algo tan íntimo como la facultad de procrear tuvo su justificador en el teórico nazi Hans F. Günther según el cual "para el logro de nuestra meta queda únicamente el camino darwinista, es decir, la selección y el descartamiento... el aumento de niños de alto nivel hereditario de todos los estamentos y la disminución o carencia de niños hereditariamente inferiores de todos los estamentos" por lo cual "mientras las diversas formas de ayuda social no sean unidas a la esterilización legal de los hereditariamente inferiores, todo amparo aumentará precisamente los males que presuntamente quiere evitar", pues "la mejora del mundo circundante, aunque pueda tener significado para el individuo, sin la simultánea esterilización legal de los hereditariamente inferiores constituirá una ayuda para la reproducción de troncos hereditarios que finalmente pueden gravar sobre un Estado hasta hacerlo sucumbir" (271).

En definitiva, según Günther "los recursos financieros empleados en la instrucción de elementos sin dotes e imbéciles disminuirán el nivel

cultural de un pueblo -que estriba justamente en las predisposiciones hereditarias y en su acrecentamiento o merma- hasta que no se haya realizado la esterilización legal (subrayado del original) de los imbéciles" (272).

Del mismo modo se cercenó algo tan íntimo y personal como la elección del cónyuge con la legislación antijudía de 1.935 y 1.938 que proscribió los matrimonios entre alemanes y personas de la cuarta parte o más de ascendencia judía (273). También Günther justificó estas disposiciones al decir que "un derecho humano ilimitado a casarse y un derecho humano ilimitado a la procreación no puede existir en un Estado que tenga como meta una real vigorización" (274). En efecto, "para la capacitación del pueblo alemán vale la exhortación que Leónidas dejó al pueblo espartano como un legado antes de partir a la batalla en las Termópilas: "¡Casarse con capaces y dar a luz capaces!" (Plutarco, "Del encono de Herodoto", 32)" y es que "un Estado que tenga como meta el acrecentamiento de las predisposiciones hereditarias de alto valor, tratará de conocer y de tamizar (subrayados nuestros) sus seres humanos según sus valores hereditarios, siempre sobre la base de la convicción de una idea de selección de efecto criador" (275).

No es nada difícil advertir tras estas tesis una vuelta a la Grecia clásica, a las ideas de Platón y de Aristóteles. Las referencias de Günther a autores y situaciones de la Antigüedad griega y romana son constantes (276) e incluso Günther cita dos trabajos suyos sobre Platón (277). Como en el caso de Maquiavelo y del Renacimiento, asistimos a un nuevo intento de paganización del Occidente de negativas consecuencias. En estos totalitarismos podríamos decir con Toynbee que se puede advertir un nuevo encuentro de civilizaciones en el tiempo, que como los habidos en el pasado es de efectos no muy favorables para la protección del derecho a la intimidad.

Lo mismo podría decirse de otros totalitarismos de distinto signo, entre los que merece ser destacado el totalitarismo marxista. En su vertiente maoísta, la etapa llamada "gran salto hacia adelante" de finales de los 50 y principios de los 60 resulta de gran interés para este estudio. Para la movilización masiva de todos los esfuerzos de la población que se preconizaba, las comunas fueron en el campo el marco para dicha movilización. Cada comuna estaba formada por unas 20.000 personas, y a sus funciones agrícolas prioritarias unían actividades industriales, comerciales, administrativas y militares. Toda propiedad privada desapareció en ella, incluso las comidas se hacían en común, de tal manera que las campesinas pudieran dedicar sus esfuerzos a la producción. Ello supuso una radical transformación de las costumbres de millones de personas, cuya vida familiar privada se vio sensiblemente reducida (278).

Se advierte cómo el desprecio a la intimidad del maoísmo presenta ciertas similitudes con prácticas de la Antigüedad helénica (las comidas en común), si bien no cabe olvidar la tradición de despotismo oriental ya estudiada páginas atrás.

Por lo demás las actuaciones políticas externas de estos partidos, son lógica consecuencia de una determinada práctica interna. García Cotarelo ha observado en relación con los partidos de la izquierda radical, que el carácter minoritario de estas organizaciones obligaba a compensar la falta de latitud en la legitimación de una subcultura, con la penetración en profundidad en el control de los miembros, lo que venía a suponer una asimilación casi absoluta de las vidas privadas de los afiliados (279).

q.7 Estado de Bienestar y Capitalismo de consumo.

Principalmente después de la Segunda Guerra Mundial, se generalizó el llamado Estado de Bienestar, Estado providencia o Estado nodriza, que suponía una intensificación de la intervención estatal en

diversas áreas de la vida. Ahora bien, este hecho no ha sido indiferente para la intimidad, y ha sido objetado por algunos autores que se oponen a esa interferencia directa en la libertad individual. En efecto, los individuos son obligados a contribuir al mantenimiento por el Estado de los servicios sociales y sanitarios (fines no puramente políticos), lo quieran o no. Pero antes de beneficiarse de los servicios sufragados con exacciones coactivas de su patrimonio deben suministrar al Estado una serie de informaciones personales y someterse a distintos procedimientos intrusivos. De este modo, las medidas relacionadas con el bienestar social pueden verse como algo que interfiere el criterio individual acerca de qué es lo mejor para cada uno (280). Se podría objetar que el uso de los servicios es voluntario y la entrega de información para recibir esas prestaciones también. Sin embargo, las exacciones no son voluntarias, con lo que los que pagan, pero no quieren recibir servicios a cambio de dar información, están en desigualdad. No sólo eso, la información se exige en tantos ámbitos que es difícil escapar a esa red. Finalmente, en la propia extracción de fondos se exige el suministro de información, además de dinero.

Por ello, Berlin tiene razón cuando sostiene que cada nueva "política" con vistas a mejorar la calidad de vida, supone mayores interferencias. En definitiva, el derecho al bienestar social y a los beneficios que dispensa se acompaña del deber de quienes claman por él, de suministrar información sobre sus vidas privadas (281). Por lo demás, toda esa información que se obtiene por el Estado al prestar estos servicios (por ejemplo: servicios médicos) y que se almacenan en ficheros que puedan ser llevados de una manera ejemplar, puede ser utilizada para eliminar al sujeto, si cambia la situación política (282).

Con el capitalismo de consumo sucede algo parecido. Esta fase que sucede al llamado capitalismo de producción, acentúa las exigencias de información. Como ha observado Ibañez, en una primera fase del

capitalismo, el poder del Estado pretende censar sus recursos disponibles y sus "bases imponibles", para lo que se utilizan las encuestas; en un segundo momento, la encuesta estadística será el instrumento del capital para prever los efectos multiplicadores de su inversión: se trata de contar a los demandantes-consumidores, el poder y el capital se conformaban con saber cuantos eran sus súbditos; en un tercer momento, cuando el problema es conseguir dar salida a toda costa a las grandes masas de bienes acumulados, el poder y el capital necesitan la participación de los antes súbditos y hoy votantes y "consumidores satisfechos" contando con sus prejuicios. Se trata de saber mucho más que antes: conocer cuales son los deseos más profundos y escondidos de sus cualificados ciudadanos-consumidores, conocer cómo se engendran sus procesos de identificación pre-consciente (283). Por esta vía el individuo es cada vez más controlado y su intimidad más amenazada.

Puede decirse, en consecuencia, que en esta fase, la intimidad como fenómeno se ve acosada; como idea, munisvalorada por los ideólogos al servicio de los poderes dominantes; y como derecho cercenada por normas que legalizan las intromisiones exigidas por el Estado del Bienestar y el capitalismo de consumo.

q.8. La sociedad post-industrial de la información.

Se ha podido ver anteriormente de qué modo la intimidad resulta permeabilizada por la información, elemento que se ha considerado imprescindible en el mercado político y en el mercado económico. En esta (por el momento) última fase de la Modernidad que se ha dado en llamar sociedad post-industrial o de la información, este elemento adquirirá un relieve, si cabe, más importante aún.

Se ha ido produciendo cada vez más, un volumen ingente de información que lejos de edificar un hombre más rico interiormente, gesta un individuo frío, desconcertado, abrumado por tanto dato, incapaz de

hacer la síntesis de todo lo que le llega. A esta conclusión han llegado numerosos autores (284). Esta "hiperinflación" Informativa tiene una doble consecuencia.

Por una parte, pone en tela de juicio la opinión de que el libre flujo informativo permitirá formar una opinión pública capaz de discutir críticamente los problemas de gobierno de una sociedad dada. Esta opinión queda en entredicho porque ante la avalancha de múltiples informaciones el hombre llega a transformarse en una insustituible imagen de su propio ser, en un aglomerado humano, sometido a una peculiar proceso de inmovilización (285). Esto tiene dos causas según Lledó. La primera es la axísis informativa producida por un exceso de mensajes que no podemos valorar ni clasificar. Como dice Sádaba hay una saturación informativa: no sólo la respuesta del receptor de las informaciones es una respuesta inducida, sino que la respuesta la recibe el que pregunta, el que informa sin tener que salir de sí mismo (286). Se percibe un contraste entre la incitación continua a hablar, a responder, a las masas y su indiferencia. Esto tiene una explicación antropológica que consiste en que la capacidad del hombre para estructurar el mundo en función de las señales que de este percibe, desaparece cuando esas señales se suceden a una velocidad y en una cantidad que las hace inaprehensibles de suerte que toda posibilidad de "sentido" se estuma (287).

La segunda causa que apunta Lledó es el fuerte contraste que se produce en ciertos instrumentos de información entre la inteligencia para la creación tecnológica de éstos y el primitivismo e infantilismo de quienes pueden utilizar tal creación tecnológica. La conclusión la extrae Lledó al decir que a medida que nuestra mente pierde capacidad crítica y se "robotiza", nadie, y menos el gobernante, tiene que justificar actos: le basta con dar órdenes, que serán asumidas y cumplidas como el que

acata las reglas que hacen funcionar esos instrumentos tecnológicos (288).

Westin ha puesto de manifiesto la necesidad de la intimidad en estas circunstancias. Cada individuo necesita integrar sus experiencias en un modelo dotado de significación y desplegar su individualidad ante los acontecimientos. Para realizar ese auto-control, la intimidad es esencial. Los individuos necesitan procesar la información que les está bombardeando constantemente, pero eso no pueden hacerlo "sobre la marcha". Es la intimidad la que faculta a la persona para fijar el flujo informativo recibido, considerar alternativas y posibles consecuencias, de tal suerte que pueda así actuar tan consecuente y apropiadamente como sea posible (289).

Pero dijimos que la "hiperinflación" informativa también tenía otra consecuencia que no es otra que la amenaza real a la intimidad. Como dice Romeo Casabona, si los nuevos medios de información y comunicación van a permitir y están permitiendo ya un más fácil, rápido y abundante acceso a la información de todo género, serán igualmente el cauce potencial para una intromisión, no deseable en la intimidad individual; este autor se pregunta si estamos en camino de pasar a convertirnos en "ciudadanos transparentes", a modo de escaparates de uno de los aspectos más apreciados de nuestra personalidad (290). La cuestión se puede plantear en términos aún más graves: ¿Hasta qué punto este proceso en el que la "transparencia" se impone sobre todo no conduce a una uniformización de toda la humanidad en la que no se admiten vínculos privados vale decir, que se sustraigan a lo transparente, a lo público?

En la actual sociedad post-Industrial de la información por todas partes se pide transparencia absoluta, información sin límites, abolición de lo oculto. En nombre de la libertad para la transparencia, toda intimidad queda visualizada. El poder, en una sociedad así se cifra en el

control del conocimiento y de la información. La transparencia es el principio según el cual nuestra intimidad, nuestro secreto, salta hecho pedazos hacia la periferia. Informar, es, en esencia, un desvelamiento, un sacar a la luz lo oculto, con la colaboración del afectado o sin ella (291).

Una de las vertientes de la información es la publicidad cuya virtualidad atentatoria de la intimidad ha sido percibida por avisadas inteligencias. Así se ha dicho que si la urbanidad o cortesía supone el respeto de la intimidad del prójimo, la publicidad significa su allanamiento, en la medida en que la publicidad entra, no ya sólo en el hogar, a través de la televisión, radio, etc..., sino también en el subconsciente del hombre para decirle cómo ha de vestir, qué ha de comer y cómo tiene que pensar (292). Pero esta confusión de lo público y lo privado, no sólo produce un gravísimo perjuicio a lo privado, sino que paradójicamente también conduce a un abuso de lo público por obra de los particulares que se advierte también en la publicidad. En este sentido, la publicidad comercial en anuncios en la vía pública, o en la prensa periódica que circula también por la vía pública puede considerarse como un modo de interferencia privada en un espacio público llegándose al extremo de permitir sin límites el abuso de lo que es público por parte de unos particulares a los que mueven intereses económicos o ideológicos que no son estrictamente comunes a la colectividad, sino necesariamente parciales (293).

Por lo demás, los efectos de la sociedad post-industrial de la información resultan extraordinariamente potenciados con el paso de una cultura "literaria" dominada por la imprenta a una cultura de la imagen. La información visual ha alterado radicalmente la relaciones del hombre con su medio, perturbando el sistema de condicionamientos recíprocos de entrambos, es decir, individuo y de su entorno vital. Desde la irrupción masiva de la información visual, la representación que el hombre tiene del

medio que lo rodea es cada vez más ampliamente, una imagen artificial, de cuya artificialidad el sujeto suele ser inconsciente (294).

La magnitud del cambio se percibe al profundizar en las diferencias que separan la información visual de la verbal, cuestión crucial por cuanto la alteración del equilibrio verbal-visual en las últimas décadas tiene importantes consecuencias de todo orden. La expresión verbal sólo llega a transmitir al entendimiento la imagen del mundo luego de hacerla atravesar los filtros de lo sensorial y el raciocinio, que la transforma en un conjunto más o menos coherente de signos abstractos. Aún cuando estos signos pueden llegar a desencadenar el funcionamiento de los mecanismos que intervienen en las relaciones afectivas, muy raramente -y siempre débilmente- alcanzan también a la sensibilidad neurovegetativa. Como dicen Cohen-Séat y Fougeyrollas la persona se presenta ante la irrupción de los mensajes verbales como una jerarquía de controles y dispositivos protectores que la conciencia crítica se esfuerza por dominar. Esto significa que los efectos del discurso verbal varían enormemente según el grado de la capacidad raciocinadora., bagaje cultural e inteligencia de los receptores. Por el contrario, los efectos de la información visual son en alto grado indiferentes a las capacidades intelectuales y culturales del sujeto receptor. Y la información llega a la sensibilidad sin obedecer necesariamente a las inflexiones del raciocinio (295).

Por otra parte, la información visual en cuanto imposición de formas dotadas de excepcional potencia, apunta claramente a estructurar al sujeto receptor y participante. Sin embargo, la información verbal es de segundo grado y está de tal modo mediatizada internamente que el sujeto queda protegido del hechizo sensorial y el estado parahipnótico que conlleva la información visual, así como de la capacidad que ésta tiene para estructurar directamente el psiquismo (296).

El fenómeno de "participación" que desencadena la imagen fílmica interesa a la entraña misma de la distinción entre lo objetivo y lo subjetivo, entre el no-yo y el yo, que queda abolida durante el espectáculo fílmico. Al abrigo de la falta de distinción entre lo real (lo que nos ofrece resistencia y reacciona a nuestra actuación) y lo imaginario (lo que no ofrece resistencia y reacción apreciable y se adapta a nuestra voluntad) se produce un trasvase entre la imaginación que se despliega en la pantalla y la imaginación del espectador, el cual sigue tan de cerca los acontecimientos que los vive. Se abandona a su poderosa corriente sin la protección que normalmente le oponen los instrumentos verbales y conceptuales (297).

Parece fácil deducir que esta sustitución de lo verbal por lo visual va a acentuar los rasgos de irracionalidad mágica de nuestra sociedad de modo proporcional al descenso de los niveles de racionalidad crítica, lo cual evidentemente afectará al sustrato de la teoría de la opinión pública como rectora de nuestras sociedades en la medida en que una opinión pública que verdaderamente lo sea y no sea una pura coartada requiere un nivel adecuado de capacidad crítica en las personas. El primero que vió este impacto de la cultura de la imagen sobre la teoría de la opinión pública y el principio de la libre discusión fue Carl Schmitt con su aguda inteligencia. En efecto, Schmitt sostiene que la discusión supone, por una parte, pensamientos manifestados por el lenguaje humano. En este sentido, los escritos y la prensa son medios de difusión de pensamientos, pero el cine (Schmitt escribe en 1.927), por el contrario, es sólo una sucesión de cuadros de exposición mímica y no es en el fondo ni lenguaje ni pensamiento transmitido por la palabra humana hablada o escrita. No supone una discusión auténtica. Y advierte cómo el cinematógrafo muestra hasta qué punto ha pasado a un segundo término la necesidad de una discusión liberal, y cómo a partir de ahora el problema político del influjo de las masas por el cinematógrafo pasa a un primer plano (298).

Ni Gómez de Liaño ni los autores que tratan sobre esta cuestión citan a Schmitt, pero es indudable que ha sido el primero en advertir la enorme significación del fenómeno que nos ocupa. Este es el panorama que ofrece esta última fase histórica. En este contexto, se advierte que la intimidad en cuanto fenómeno aparece bastante vulnerable, posiblemente más que en cualquier otra etapa histórica, pues al ser los ataques más sutiles, la reacción es menos enérgica. La intimidad en cuanto idea, en una situación tal, será afirmada por diversos autores. La intimidad en cuanto derecho, sin embargo no ha logrado aún situarse a la altura de las circunstancias. El derecho a la intimidad afronta los retos de la sociedad post-industrial con un utillaje obsoleto en cierta medida. Como afirma Goodwin, en la época actual, las amenazas a la libertad individual, no provienen de ámbitos de poder visible, sino más bien de estructuras de poder difusas o irresponsables (294). En estas circunstancias, la construcción del derecho a la intimidad como derecho de defensa es insuficiente, porque el ataque y la responsabilidad son difíciles de identificar. Tampoco la construcción como derecho de prestación es plenamente satisfactoria, porque uno de los agresores es, precisamente, el Estado. La situación jurídica es, por tanto, incierta.

4. Conclusiones.

Tras un recorrido histórico hay suficientes elementos para dictaminar cual de las dos teorías: racionalista o histórica se aproxima más a la realidad.

Sostenía la teoría racionalista que el origen histórico de estos derechos estaba ligado con el nacimiento de la burguesía. Ha habido ocasión de rastrear manifestaciones jurídicas de la intimidad, mucho antes del nacimiento de la burguesía: en concreto, el Derecho español, en las Cortes de León de 1.188. Pues bien, aunque como afirma García Gallo (300) a partir del siglo XII se produjo en toda España, pero especialmente en las zonas de Cantabria y de Levante (la zona de León,

no destacaba por el comercio), una gran prosperidad económica, que se fue acentuando con el correr de los siglos, esta prosperidad no puede identificarse con el nacimiento de la burguesía propiamente dicha (es decir, la protagonista del capitalismo), en cuanto que ésta como demostró Weber nace al hilo del Protestantismo. Nadie la hace nacer en el siglo XII. Por otra parte, los defensores de la teoría racionalista no sitúan el origen del derecho a la intimidad en cualquier época de prosperidad económica sino en el orto del capitalismo, lo que indica que el sentido que se le da a la configuración de ese derecho no depende únicamente del factor económico.

También afirmaba la teoría racionalista que la configuración de los derechos que estudiaremos se apoyó en los valores y principios de una clase social, la pequeña burguesía. Pero hemos visto cómo se configuraban estos derechos mucho antes de que esa clase adopte unos valores propios y diferenciados.

Incluso se decía que la propiedad era la condición para acceder a la intimidad. Pero, sin embargo, se han visto textos anteriores a la Revolución francesa en los que los más humildes ven proclamado su derecho a la intimidad.

Pero no se trata sólo de que en nuestra opinión no sea exacto que el reconocimiento de intimidad coincida con la afirmación revolucionaria (en el sentido de referida a la Revolución Francesa) de los derechos del hombre, sino que incluso es posible sostener que cierta corriente liberal en la que se considerarían la Ilustración y la Revolución Francesa no fue muy propicia para la defensa de la intimidad. A tal fin, se ha podido estudiar cómo ese afán de transparentarlo todo de los ilustrados no supone sino la relativización de principio del derecho a la intimidad.

En consecuencia, puede afirmarse que la teoría racionalista presenta grandes deficiencias que no presenta la aquí llamada teoría histórica. Por ello, puede concluirse que:

1º La intimidad es un fenómeno natural, presente en diversos grados en todos los hombres y sociedades. La moderna sociedad de la información es una amenaza para ella.

2º La conciencia de la presencia de ese fenómeno, la idea de intimidad, tiene carácter histórico y varía según las épocas y lugares. Aparece tímidamente en Grecia, se hace más presente en el helenismo, con los estoicos y, en Roma, con Séneca. En el desarrollo histórico de esta idea, la aparición del Cristianismo será decisiva y, sobre todo, la obra de San Agustín. Tras múltiples vicisitudes históricas, hoy día es generalmente aceptada.

3º La intimidad como derecho, se manifiesta inicialmente como protección de diversos aspectos parciales de la misma (domicilio, correspondencia, ...) Su protección jurídica varía según las épocas y los lugares. Puede rastrearse en Roma, en los pueblos germánicos, en la Edad Media y de ahí en adelante. Sólo a finales del siglo XIX se elabora una categoría unitaria para englobar esas manifestaciones, y a lo largo del siglo XX ese derecho será declarado internacionalmente y constitucionalizado. Hoy presenta deficiencias frente a las amenazas a la intimidad.

II EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

Capítulo 1. El lugar del derecho a la intimidad de la Constitución Española de 1978 en el marco del Derecho Constitucional comparado.

El reconocimiento expreso de la intimidad como un derecho unitario es tardío en el panorama constitucional comparado. En un primer momento se protegen constitucionalmente ciertas manifestaciones concretas de la intimidad, y en especial, los derechos a la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones, sin que se proteja la intimidad como tal. Aquí hay dos grupos de textos.

En ciertas Constituciones, los derechos que protegen esas manifestaciones concretas de la intimidad se encuentran juntos o muy próximos, lo que revelaría una cierta conciencia de su raíz común, que no sería sino la protección de la Intimidad. Este sería el caso de la Constitución de los EUA (1), y de las Constituciones influenciadas por ésta, como la de los Estados Unidos Mexicanos (2), Japón (3), Filipinas (4). En la misma línea pueden citarse las de la República de Islandia (5), de la República Italiana (6) o de la extinta República Socialista Federativa de Yugoslavia (7).

Otras Constituciones, sin embargo, recogen esos derechos que se mueven en la órbita de la Intimidad en lugares alejados entre sí, de lo que podría desprenderse la inexistencia de la conciencia de una raíz común de esos derechos. Ese sería el caso de la Constitución federal de la Confederación Helvética (8), de la República Federal Alemana (9), de la extinta República Democrática Alemana (10) y del Gran Ducado de Luxemburgo (11).

En un segundo momento, ciertas Constituciones recientes recogen ya el derecho a la intimidad como tal, además de ciertas manifestaciones de la intimidad, como la inviolabilidad de domicilio y de

correspondencia. Aquí, a su vez cabe distinguir varios tipos de Constituciones.

En primer lugar, aquellas que protegen la intimidad y lo que aquí se consideran manifestaciones concretas de la misma en preceptos diversos y alejados entre sí, con una sistemática deficiente, que parece significar una separación entre esos derechos pese a sus conexiones. Entre éstas cabría citar las Constituciones de Venezuela (12) y de Portugal (13).

En segundo lugar, estarían las que protegen la intimidad y sus manifestaciones de forma unitaria o en preceptos muy próximos, cual la Constitución de Turquía (14) de forma paradigmática, Argelia (15), la extinta Unión Soviética (16), Chile (17), Países Bajos (18) y Brasil (19).

Finalmente, y muy recientemente, algunas Constituciones recogen el derecho a la autodeterminación informativa, que unas veces se recoge junto al derecho a la intimidad (20), otras veces ostensiblemente separada de este último (21), otras próximo a alguna de las manifestaciones de la intimidad (22), y finalmente, en otras sin conexión aparente ni con el derecho a la intimidad ni con sus manifestaciones clásicas (23).

La Constitución española se encuentra en el grupo de las que recogen el derecho a la intimidad con más perfección técnica, al recoger en un mismo artículo, pero en diferentes apartados el derecho a la intimidad, o núcleo normativo (art. 18.1), sus manifestaciones clásicas (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, art. 18.2 y 3) y las más recientes (derecho a la autodeterminación informativa, art. 18.4). Si acaso, resulta problemática la mención conjunta de la Intimidad, el honor y la propia imagen como un derecho único.

Capítulo 2. Antecedentes históricos de la Constitución española de 1.978.

En este capítulo de se va a prescindir de la consideración de las normas anteriores a la aparición de las modernas Constituciones formales en el siglo XIX. Numerosas disposiciones recogidas en los variados códigos y Recopilaciones de nuestra historia jurídica contienen inequívocas prescripciones sobre aspectos concretos de la intimidad y, fundamentalmente, aunque no exclusivamente, sobre la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia. La mirada se limita, pues, a los documentos constitucionales aparecidos desde 1.808 en adelante.

A) El derecho al honor de problemática conexión con el derecho a la intimidad y que aparece en el art. 18 CE, sólo tiene un antecedente en la moderna historia constitucional española en el art. 4 del Fuero de los Españoles donde se expresa que "los españoles tienen derecho al respeto de su honor personal y familiar...". Este precepto que habla expresamente de "honor" conlucirá con el reconocimiento del derecho a la protección del buen nombre, la honra y la reputación que aparece reconocido en diversos textos asociado al respeto del derecho a la intimidad (art. 12 DUDH; art. 17 PIDCP; art. 59 Constitución venezolana de 1961; art. 26.1 Constitución portuguesa de 1976).

B) La inviolabilidad de domicilio se recoge en todas las Constituciones españolas. En la Constitución de 1.808 (el estatuto de Bayona) se reconocía en su art. 126 (1) que declaraba:

"La casa de todo habitante en el territorio español y de las Indias es asilo inviolable: no se podrá entrar en ella sino de día y para un objeto especial determinado por la ley, o por una orden que dimane de la autoridad pública".

La última cláusula se explica, de un lado, por la situación bélica de la España de entonces, y de otro por el carácter autoritario del texto.

La Constitución de 1.812 manifestaba en su art. 306:

"No podrá ser allanada la casa de ningún español, sino en los casos que determine la ley para el buen orden y seguridad del Estado".

Este precepto recoge la prohibición de "allanamiento" de la morada, en expresión técnica que había consagrado ya la legislación tradicional (2). Tiene una cierta inspiración francesa (3) como observa Romero. Por lo demás, como ha demostrado Lorente, este derecho nacido ex constitutione tuvo eficacia garantizada a través de la ley de 17 de Abril de 1.821. Varios casos testimonian la invocación de este derecho (4).

La Constitución de 1.837 en su artículo 7 reza:

"No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en las formas que las leyes prescriben".

Y en su artículo 8 matiza lo anterior señalando la posibilidad de que mediante Ley, si la seguridad del Estado lo exigiese, se pudiesen suspender estos derechos. Es la primera cláusula de suspensión de estos derechos que aparece y se comprende su inclusión por el estado de guerra civil de aquellos años (1ª guerra carlista).

La Constitución de 1.845 reproduce literalmente en sus artículos 7 y 8 los correlativos de la de 1.837. Lo mismo puede decirse del Proyecto de 1.856 en sus artículos 8 y 9 respecto a los artículos 7 y 8 de 1.837, si bien añade algunos párrafos para exigir responsabilidades a los que violan esos derechos.

La Constitución de 1.869 en su artículo 5 hace una detallada regulación de este derecho:

"Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de inundación y otro peligro análogo, o de agresión ilegítima procedente de adentro, para auxiliar a persona que desde allí pida socorro.

Fuera de estos casos, la entrada en el domicilio de un español o extranjero residente en España y el registro de sus papeles o efectos, sólo podrán decretarse por juez competente y ejecutarse de día.

El registro de papeles y efectos tendrá siempre lugar a presencia del interesado o de un individuo de su familia, y, en su defecto de dos testigos vecinos del mismo pueblo.

Sin embargo, cuando un delincuente hallado infraganti y perseguido por la autoridad o sus agentes se refugiase en su domicilio, podrán éstos penetrar en él sólo para el acto de la aprehensión. Si se refugiare en domicilio ajeno, precederá requerimiento al dueño de este".

Este último inciso trasluce un respeto admirable a la intimidad. El artículo 31 de dicha Constitución contempla la posibilidad de suspender por medio de una ley esta garantía.

El Proyecto de Constitución de 1.873 hace también una regulación muy detallada de la inviolabilidad de domicilio muy influida por el texto de 1.869. El artículo 7 en su párrafo 1º dice que:

"Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos urgentes de incendio, inundación u otro peligro análogo o de agresión procedente de adentro, o para auxiliar a persona que necesite socorro, o para ocupar militarmente el edificio cuando lo exija la defensa del orden público....".

Esta última frase que hemos subrayado hay que entenderla en el contexto de la III guerra carlista que entonces se libraba. El resto del precepto es muy similar al artículo 5 de la Constitución de 1.869. Nótese que no hay en este texto de 1.873 un artículo que prevea la suspensión de derechos.

El artículo 6 de la Constitución de 1.876 manifiesta más escuetamente que:

"Nadie podrá entrar en el domicilio de ningún español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en las formas expresamente previstos en las leyes.

El registro de papeles y efectos se verificará siempre en presencia del interesado o de un individuo de su familia y, en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo".

Aunque Fernández Segado y otros autores (Sevilla Andrés, Martínez Sospedra) mantengan que el cuadro de derechos recogido en esta Constitución de 1.876 sea en definitiva el mismo que el texto de 1.869 (5), es lo cierto que, al menos, en lo que se refiere a la inviolabilidad de domicilio el reconocimiento de 1.876 es más restrictivo que el efectuado en 1.869.

El artículo 17 de esta Constitución prevé la posibilidad de suspender este derecho.

La Constitución de 1.931, en su artículo 31 regula sucesivamente la libre circulación, la libertad de residencia, el derecho a emigrar o inmigrar, la expulsión de extranjeros y la inviolabilidad del domicilio. Este precepto es un ejemplo del defecto que ya denunció Pérez Serrano en esta Constitución: la ausencia de una buena sistemática que da como consecuencia un desconcertante encadenamiento de los artículos (6).

El párrafo 4º de dicho precepto garantiza que:

"el domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente. El registro de papeles y efectos se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia, y, en su defecto, de dos vecinos del mismo pueblo".

Pérez Serrano observa que, a diferencia de otras Constituciones, como la de Weimar, esta disposición ampara a españoles y extranjeros, pues el domicilio representa algo así como una proyección de la propia persona en el espacio y es, además, el lugar geográfico en que se actúa la vida familiar, siempre sagrada. La garantía que busca la Constitución es que sea necesaria una resolución judicial para que la inviolabilidad de domicilio desaparezca. De ahí que para este autor hubiese sido preferible

que la resolución fuese motivada (en forma de auto como pidió el Sr. Cornide en la Asamblea y no de simple mandamiento como se consignó).

Dicha Constitución en su art. 42 prevé la suspensión de este derecho.

Finalmente hay que aludir a la regulación establecida en las Leyes Fundamentales, pues aunque propiamente no fueran una Constitución formal, han regido en España un considerable período de tiempo. En éstas, hay varias referencias a la inviolabilidad del domicilio. El art. 15 del Fuero de los Españoles establecía que:

"Nadie podrá entrar en el domicilio de un español ni efectuar registros en él sin su consentimiento, a no ser con mandato de la Autoridad competente y en los casos y en las formas que establezcan las leyes".

La alusión a la "Autoridad competente" podría abrir la posibilidad de que no fuese un juez quien permitiese la entrada y registro, lo cual es censurable. El art. 35 de dicho texto preveía la posibilidad de suspender ese derecho. En las Leyes Fundamentales hay dos interesantes referencias a la conexión entre la intimidad y el domicilio. En el párrafo 2º de la Declaración XII del Fuero de Trabajo se dice que:

"El Estado asume la tarea de multiplicar y hacer asequibles a todos los españoles las formas de propiedad ligadas vitalmente a la persona humana, el hogar familiar, la heredad de la tierra y los instrumentos o bienes de trabajo para uso cotidiano.

Y en el art. 31 del Fuero de los Españoles hay una cláusula similar a la anterior:

"El Estado facilitará a todos los españoles el acceso a las formas de propiedad más íntimamente ligadas a la persona humana: hogar familiar, heredad, ...".

C) Por lo que respecta a la inviolabilidad de correspondencia pese a los valiosos antecedentes que había en el Derecho Español no

será hasta la Constitución de 1.869 cuando se dé a este derecho rango Constitucional. En dicho texto se lee en su art. 7 que:

"En ningún caso podrá retenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo, ni tampoco detenerse la telegráfica. Pero en virtud de auto de juez competente podrán detenerse una y otra correspondencia, y también abrirse en presencia del procesado la que se le dirija por el correo".

A partir de aquí se reconocerá este derecho en las Constituciones posteriores. En la de 1.869 no se admitía la posibilidad de suspender este derecho. El artículo 9 del Proyecto de Constitución de 1.873 repite literalmente el texto del art. 7 de la de 1.869. En este último texto tampoco se permitía la suspensión de esta garantía.

El art. 7 de la Constitución de 1.876 dice escuetamente que:

"No podrá detenerse ni abrirse por la autoridad gubernativa la correspondencia confiada al correo". Y en el artículo 8 se indica que "todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de la correspondencia será motivado...".

Continuando con la tradición anterior, este derecho no era suspendible.

La Constitución de 1.931 en su art. 32 advierte que:

"Queda garantizada la inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas, a no ser que se dicte auto judicial en contrario".

En relación con esta materia, según Pérez Serrano, pueden distinguirse tres cosas: la conducta abusiva del particular que sorprende carta ajena y viola su secreto; la actuación del funcionario que realiza acto análogo; y la infracción del Gobierno que retiene o abre la correspondencia. Según este autor, el precepto constitucional parece dirigirse a esta última hipótesis (9), si bien pese a tan autorizada opinión,

y con base en el amplio tenor literal del precepto ("inviolabilidad de la correspondencia en todas sus formas") no se ve porqué no debieran incluirse las otras hipótesis. Observa Pérez Serrano que este precepto está dictado con más precisión que los concordantes de textos constitucionales anteriores y que la búsqueda de la garantía se pretende en la exigencia de Auto, resolución motivada (10), a diferencia, cabría añadir, de lo que ocurría con la inviolabilidad de domicilio. Finalmente, y también a diferencia de lo que ocurre con esta última garantía, la inviolabilidad de la correspondencia no es susceptible de suspensión pese a que hubo alguna protesta en la Asamblea Constituyente en el sentido de considerarla suspendible en tiempo de guerra (11).

Por último, el art. 13 del Fuero de los Españoles (22) declara que:

"Dentro del territorio nacional, el Estado garantiza la libertad y el secreto de la correspondencia".

Ahora bien, este derecho está entre los derechos que pueden ser suspendidos según el artículo 3 del mismo Fuero. Es éste un hito en la historia constitucional española pues en ningún texto anterior se reconocía la posibilidad de suspender este derecho, pese a que, como se vió se propuso, sin éxito, en la elaboración de la Constitución de 1.931. Desgraciadamente esta brecha abierta contra el derecho a la intimidad no ha sido cerrada por la Constitución de 1.978 que, siguiendo los pasos de la normativa anterior, abre la posibilidad en su artículo 55 párrafos 1 y 2, a la suspensión de este derecho, aun cuando se mantengan ciertas garantías.

Capítulo 3. El canon Interpretativo del art. 10.2 C.E.

El estudio de los convenios internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España es inexcusable para estudiar la Constitución de 1.978. Ello es así porque por una parte, por mor del art. 96 CE, tienen efecto positivo en España pues una vez publicados en el

BOE han entrado a formar parte del Ordenamiento Jurídico español; y, por otra parte, tienen una excepcional importancia para la interpretación constitucional. En efecto, el art. 10.2 CE declara que la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, diverge de las reglas ordinarias de interpretación constitucional, siendo aquí el criterio primordial la interpretación, no la Constitución misma, sino la Declaración Universal de derechos humanos y demás tratados suscritos por España sobre tal materia. No significa que se admita una interpretación contra constitutionem sino que, a diferencia de las demás normas constitucionales, las que se refieren a los derechos fundamentales de interpretarán de forma que no sólo sea conforme , con las demás normas constitucionales, (que tiene que serlo, evidentemente) sino también con esos convenios internacionales, de suerte que si existiera una interpretación de esas normas conforme con los demás preceptos constitucionales, pero disconforme con esos convenios dicha interpretación deberá ser rechazada en beneficio de otra que también sea conforme con esos tratados.

Esa virtualidad interpretativa de estos convenios fue subrayada por el TC desde su más temprana jurisprudencia sin solución de continuidad (1). El propio TC ha manifestado que el art. 10.2 es una vía interpretativa "impuesta" para la hermenéutica de los derechos fundamentales (2). Si bien alguna resolución aislada matiza que el art. 10.2 opera sólo en lo que las normas constitucionales pudieran tener de "incompletas" (3). Esta afirmación es superflua pues toda "interpretación" presupone una "incompletud", insuficiente o laguna de la norma que se cubre mediante la hermenéutica en el caso concreto. No hay margen de interpretación en normas como el art. 12 CE que establece que los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

No obstante lo anterior, algunas resoluciones del TC inducen a confusión al establecer que en virtud del art. 10.2 los convenios

internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España tienen efectos no sólo en orden a la interpretación de los derechos fundamentales, sino también, en orden a su regulación (4). Es claro que su efecto respecto a la regulación dimana del art. 96 CE, y no del art. 10.2 CE, como, por otra parte, está claro en la jurisprudencia dominante del TC, aun cuando muchos de esos convenios fueron ratificados antes de aprobarse la Constitución, por lo que el art. 78 LOTC parece no serles aplicable.

Es necesario dilucidar una cuestión previa. El artículo 10.2 dice:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales, y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

La determinación de cuales son estos convenios "sobre las mismas materias" (sobre derechos fundamentales) puede plantear dudas. ¿Debe seguirse un criterio formal o material? El tenor del art 10.2 parece indicar un criterio formal, según el cual sólo serán oportunos respecto a este precepto los convenios cuya rúbrica formal sea la defensa de los derechos humanos. Sin embargo, varias resoluciones del TC parecen inclinarse por un criterio material, de suerte que ciertos artículos o normas concretas de convenios que, en principio, no tienen por objeto en conjunto los derechos fundamentales como tales, pueden formar parte del canon interpretativo a efectos del art. 10.2 En este sentido se han considerado relevantes el Tratado de la Comunidad Económica Europea o el Convenio Bilateral entre España y Francia de 9 de abril de 1.969 sobre asistencia judicial en materia penal entre los dos Estados (5).

a) Los convenios Internacionales sobre derechos fundamentales suscritos por España.

Con la salvedad antes hecha, los Convenios Internacionales que formalmente tratan de derechos humanos, contienen preceptos relativos

al derecho a la intimidad cuyo conocimiento es útil en orden a interpretar el derecho a la intimidad en el Derecho Constitucional español.

En este momento se aludirá a los documentos de alcance universal suscritos por España, para en un epígrafe aparte tratar del Convenio de Roma que presenta una complejidad de la que carecen los otros documentos.

El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, dice que:

"Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación".

El art. 17.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de Diciembre de 1966, Nueva York, dice que:

1. "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honor y reputación".

2. "Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques".

También se hace mención a la "vida privada" cuando se alude a ella como límite para la publicidad de los juicios en el art. 14.1 del citado Pacto.

"La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios... cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes".

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1.989 (6) recoge este derecho en términos similares a los expuestos en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Su art. 16 dice:

1." Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación".

2. "El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques".

Respecto a la protección de la intimidad en los procesos judiciales el tenor es distinto al del Pacto de 1.966. El art. 40.2.b.vii) dice:

"Los Estados partes garantizarán... que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice ... que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento".

Debe advertirse, en todos los textos producidos, que se engloban conjuntamente la vida privada (a la que se la da el sentido de personal), la vida familiar, la inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia.

Esto parece evidenciar que en todos estos textos se considera que esos derechos tienen un origen común, que no puede ser otro sino el derecho a la intimidad.

Además, se observa que el honor se vincula en un mismo precepto con la intimidad. Pese a su ubicación en el mismo precepto, algunos han manifestado que se trata en realidad de dos derechos distintos: el derecho a la intimidad y el derecho a la buena fama. Desde este punto de vista, por un lado, el derecho a la intimidad protegería el ámbito privado, ámbito de libertad y no publicidad. Este ámbito engloba la vida personal, la familiar, la relación con otros ámbitos privados (v.gr. amistad), así como el lugar propio de la vida personal y familiar (el hogar o domicilio) y los medios de expresión y comunicación privadas (correspondencia, teléfono, etc). Por su parte, el derecho a la buena fama ampararía frente a las acciones dirigidas a extender y hacer públicos

faltas o defectos verdaderos pero no públicos o a imputar falsamente tachas o delitos (7).

Cabe poca duda de que el texto del art. 18 de la Constitución ha sido muy influido por estos Tratados, como lo prueba que el agrupamiento que hace en un mismo precepto de intimidad personal y familiar, inviolabilidad de domicilio y correspondencia, y honor sea algo que no tiene precedente en el Derecho Constitucional Histórico español, ni en el Derecho Comparado, si siquiera en la Constitución portuguesa de 1.976 que recorre en distintos preceptos la inviolabilidad de domicilio y de correspondencia (art. 34) y el derecho a la intimidad personal, a la propia imagen y al honor (art. 26). No obstante, alguna Constitución como la argelina de 1.976 recoge ese conjunto de derechos en dos preceptos correlativos, los arts. 49 y 50. Sin embargo, la inclusión de todos esos derechos en un mismo precepto no tenía precedentes constitucionales hasta la aparición de la Constitución española de 1.978.

b. El artículo 8 del Convenio de Roma en la jurisprudencia del TEDH.

El art. 8.1 del Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1.950 (Convenio de Roma) dice:

"Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia".

b.1 Aclaración previa.

En el presente epígrafe se examina el art. 8 del Convenio de Roma a la luz de la interpretación del mismo hecha por el T.E.D.H. Los autores que se han ocupado de este asunto (8) suelen tratar conjuntamente la Jurisprudencia de dicho Tribunal y las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Aquí se prescindirá de ese enfoque global limitando el análisis a la Jurisprudencia del T.E.D.H. por

dos razones: una constitucional española, la otra europea. La primera razón es la importancia que tiene la doctrina de ese Tribunal en virtud del art. 10.2 C.E. pues la averiguación de la misma en la interpretación que hace de los derechos fundamentales es una "vía interpretativa impuesta" por el art. 10.2 C.E. (9). A los efectos de la C.E., por tanto, lo trascendente es la jurisprudencia del T.E.D.H. y no la de la Comisión o la del Comité de Ministros (10) que tienen un valor mucho menor. La segunda razón, reside en el propio significado de las decisiones de la Comisión y del T.E.D.H. en el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales. Como ha indicado el T.E.D.H. (11), si bien es cierto que las decisiones de la Comisión admitiendo (o inadmitiendo) una reclamación no son susceptibles de apelación, una vez que se remite el caso al Tribunal éste se halla investido de plenitud jurisdiccional y puede resolver problemas como el de la admisibilidad de las reclamaciones, resueltas con anterioridad por la Comisión, sin sujetarse a los criterios de ésta. Como afirma Linde, el Tribunal es el único mecanismo de carácter jurisdiccional del Convenio, dado que la Comisión y el Comité de Ministros tienen una índole político-jurídica (12). Por lo demás, no es infrecuente el caso en que la Comisión y el Tribunal sostienen pareceres opuestos sobre un mismo asunto, y es ocioso aclarar que entre ambos el más importante doctrinal y jurídicamente es el del Tribunal. Por todo ello, aquí se soslaya el estudio de las decisiones de la Comisión, por lo demás no carente de interés (13) (entre otras razones porque muchos miembros de la Comisión luego pasan a ser jueces), en beneficio del tratamiento de las sentencias del T.E.D.H.

b.2 El art. 8 en la jurisprudencia del T.E.D.H

A) Contenido.

El art. 8.1 pese a su concisión, es muy complejo por lo que respecta a su contenido. Conviene por tanto, examinar la relación de los diversos elementos del art. 8.1 y la posible existencia de otros contenidos

no previstos inicialmente en ese precepto y que hayan sido desarrollados por obra del activismo judicial del T.E.D.H.

a') Vida privada.

El T.E.D.H. ha afirmado que el respeto a la vida privada incluye la vida sexual (14). Según el T.E.D.H., el art. 8.1 protege una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana (15). También manifiesta que la sexualidad afecta al más íntimo aspecto de la vida privada (16). De esta última afirmación es posible deducir que el T.E.D.H., distingue entre intimidad y vida privada, o que al menos diferencia diversos grados de intimidad dentro de la vida privada, que sería un concepto de cierta amplitud y de un alcance mayor del que tendría el concepto de "intimidad", lo cual puede ser importante de cara al desarrollo expansivo del art. 8.1. Esta doctrina ha sido reiterada (17). Según el T.E.D.H. la vida privada comprende también la integridad psíquica y moral de la persona, la cual abarca la vida sexual (18). Este pronunciamiento es particularmente interesante en orden a la interpretación del derecho a la intimidad en el Derecho Constitucional español por cuanto la integridad psíquica aparece protegida en el art. 15 C.E., lo que indica que no debe trasplantarse la jurisprudencia sobre el art. 8 del Convenio para interpretar el art. 18 C.E. sin realizar ciertas matizaciones.

El T.E.D.H. ha reconocido también que, no ya la vida sexual, sino la determinación del sexo (transexuales) es parte de la vida privada, aunque en los casos concretos el T.E.D.H. rechazó que hubiera habido violación del art. 8.1. Así ha considerado a la transexualidad en el ámbito de la vida privada protegido por el art. 8.1 (19).

b') Vida familiar (20).

El derecho al respeto de la vida familiar ha alcanzado un importante desarrollo en la jurisprudencia del T.E.D.H., que contrasta con

el escaso juego que ha tenido en la jurisprudencia constitucional española el derecho a la intimidad familiar del art. 18 C.E.

Como afirma el T.E.D.H., el derecho al respeto de la vida familiar de cada uno, presupone la existencia de una familia, no pudiéndose distinguir a efectos del art. 8.1 entre familia legítima o ilegítima (21). Ahora bien, el concepto genérico, último, de "familia" queda un tanto indeterminado. Por una parte, la vida en común no es una condición imprescindible para hablar de vida familiar entre padres e hijos menores. La relación que un matrimonio real y no ficticio crea entre los esposos debe ser calificada de vida familiar incluso si la vida familiar no está aún plenamente establecida, de suerte que la noción de familia sobre la que reposa el art. 8 tiene por consecuencia que un niño nacido de tal unión se inserte de pleno derecho en esa relación, por lo que desde el instante y por el solo hecho de su nacimiento existe entre él y sus padres, incluso si estos no cohabitan, "un nexo constitutivo de vida familiar" (22). O en palabras de la s. Marckx, el respeto a la vida familiar exige la existencia en el ordenamiento de ciertas garantías legales que permitan la integración del menor en su familia desde el momento de su nacimiento (23). Ahora bien, ha habido voces que han prevenido contra la interpretación demasiado laxa de la "vida familiar". Para los jueces Bindschedler-Robert y Valticos la vida familiar debe tener un carácter "estrecho y regular" y es preciso estar en guardia contra el abuso de la noción de lesión a la vida familiar para hacer frente a medidas punitivas de expulsión del Estado de un extranjero que sea delincuente, aunque esa vida familiar sólo exista de forma vaga (24).

En cuanto a la extensión de la familia, el T.E.D.H. afirma que la vida familiar abarca, además de los vínculos paterno-filiales, los existentes entre los parientes más cercanos, como abuelos y nietos, en la medida en que aquéllos pueden jugar un importante papel en la vida familiar de éstos (25). Sobre este asunto, Cohen-Jonathan ha especulado que, dado

que los Estados Parte del Consejo de Europa cuando han querido definir en el Convenio europeo relativo al estatuto del trabajador emigrante el derecho al reagrupamiento familiar (art. XII) han restringido este derecho al cónyuge y a los hijos menores casados a su cargo en tanto sean considerados menores en el país de acogida, es posible que esa definición estricta de familia nuclear pueda influir en los órganos del Convenio al interpretar el art. 8 (26). De momento, nada parece indicar que vaya a ser ese el camino que siga el T.E.D.H., teniendo en cuenta su jurisprudencia hasta el momento.

En otro orden de cosas, el T.E.D.H. ha declarado que los derechos sucesorios entre padres e hijos y entre abuelos y nietos están tan estrechamente vinculados a la vida familiar que pueden de hecho incluirse en el ámbito del art. 8 (27) de forma que la vida familiar no incluye únicamente relaciones sociales, morales o culturales en la esfera, por ej. de la educación de los menores, sino que también comprende intereses de obligaciones de alimento o de reserva hereditaria (28). Frente a esta interpretación extensiva el juez británico sir Gerald Fitzmaurice expresó su opinión disidente defendiendo un concepto "originalista" de vida familiar que excluye de sí las relaciones de filiación (29). No en vano el T.E.D.H. advirtió que el concepto un tanto impreciso de "respeto" de la vida familiar, parece permitir una interpretación evolutiva (30).

En efecto, el Tribunal no ha adoptado una postura "originalista" sino más bien "activista" ante la protección de la vida familiar. La vida familiar del art. 8.1 comprende un amplio cuadro de derechos y deberes parentales en lo referente al cuidado y custodia de los niños menores. El cuidado y la educación del niño imponen o autorizan a imponer varias restricciones en la libertad del niño, por lo que éste debe plegarse a ciertas reglas que limitan su libertad de movimientos o de otro tipo. Por ello, el art.8 protege el derecho de los padres a emplear su autoridad

dimanante de la patria potestad sobre sus hijos, habida cuenta de sus responsabilidades correlativas a la misma. Esto significa que también el ejercicio de sus derechos paternales representa un elemento fundamental de la vida familiar (31). No obstante, lo anterior no significa que el titular de la patria potestad pueda gozar de derechos ilimitados, pues incumbe al Estado proveer garantías contra el abuso (32).

Sin embargo, el T.E.D.H. en cierta ocasión ha mantenido una postura más bien "originalista" para declarar que no puede extraerse del derecho al respeto de la vida familiar un derecho al divorcio. Si bien la protección de la vida privada o familiar puede exigir a veces medios que libren a los cónyuges del deber de la vida en común (33), no puede entenderse que los compromisos contraídos según el art. 8 impongan la obligación de tomar medidas que permitan el divorcio y un nuevo matrimonio para los anteriormente casados (34).

Según el Tribunal el disfrute recíproco por padre e hijo de la mutua compañía constituye un elemento fundamental de la vida familiar, resultando por lo demás que la relación familiar natural no se extingue por razón del hecho de que el menor sea puesto bajo la custodia pública (35). Por eso el T.E.D.H. llega a la conclusión de que el derecho de una madre al respeto de su vida familiar, garantizado por el art. 8 implica un derecho a que existan medidas destinadas a reunirla con su hija (36). Finalmente, la jurisprudencia reconoce que la disolución de una familia operada por la autoridad pública retirando a los niños de la custodia paterna constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar (37).

c') Respeto de domicilio.

La jurisprudencia del T.E.D.H. sobre este aspecto del art. 8.1 es escasa. Sólo en una ocasión se trata el tema de los registros domiciliarios, donde se concede que una orden de registro en un domicilio constituye una injerencia en el derecho del art. 8.1 (38). En este

asunto el T.E.D.H. mantiene una postura muy restrictiva considerando que una orden de registro "Anton Piller", según el Derecho británico, caracterizada por el hecho de que se dicta en el marco de un procedimiento civil y porque su ejecución y supervisión no se confía a un juez o a un oficial del Tribunal de carácter independiente, sino a los abogados de la parte que pide la orden de registro, es compatible con el art. 8 del Convenio. El argumento del Tribunal de que los abogados de parte que asumen la supervisión del registro, si faltan al compromiso incorporado a la orden "Anton Piller", pueden sufrir graves sanciones, y que ello garantiza la compatibilidad de esta orden con el Convenio, a nuestro juicio es insuficiente, y, de llevarse lógicamente a sus últimas consecuencias, sería contradictorio con las propias exigencias del T.E.D.H. de intervención judicial directa para interferir en las comunicaciones telefónicas. De seguirse la doctrina de la s. Chappell podría defenderse que sería lícito que un abogado de parte interviniera las comunicaciones telefónicas con el compromiso de no excederse sobre lo que permita la orden del juez autorizándolo bajo el apercibimiento de que de no hacerlo así incurriría en sanciones. Este sistema nos parece poco garantista.

El derecho al respeto del domicilio ha sido interpretado por el T.E.D.H. en forma que aproxima esta noción a la de libertad de residencia recogida en el art. 19 C.E. Así, se considera que el hecho de que los reclamantes precisen de una autorización para ocupar su propia casa vacía en la isla de Guernesey tras la ausencia de la misma o la denegación por las autoridades de dicho permiso supone una injerencia en el derecho al respeto del domicilio (39).

El T.E.D.H. ha evitado la tentación de dar al derecho al respeto del domicilio una interpretación excesivamente extensiva. Así rechazó que los derechos y obligaciones derivados del alquiler estén conectados con la noción de domicilio hasta el punto de que la negociación forzosa de las

rentas de las casas llevada a cabo por una asociación de inquilinos en lugar del inquilino concreto pueda ser incompatible con el art. 8 (40).

d') *Derecho al respeto de la correspondencia: Comunicaciones telefónicas (41).*

d.1) Ha habido varias sentencias del T.E.D.H. en las que éste ha tenido que resolver respecto a la violación del secreto y de la libertad de correspondencia en especial respecto a ciertos sujetos en situación de sujeción especial como detenidos o presos. Ya en un temprano momento señaló que el control sobre la correspondencia supone una injerencia en el ejercicio del derecho consagrado en el art. 8.1 (42). Ahora bien, como se verá al tratar de los límites del derecho, la existencia de una injerencia sobre el derecho del art. 8.1 no siempre supone violación del mismo pues puede estar legitimada en virtud del art. 8.2.

d.2) Problemas más serios plantea el asunto de las escuchas telefónicas. Pese a que el art. 8.1 menciona la correspondencia, no menciona las conversaciones telefónicas, si bien el T.E.D.H. estima que se encuentran comprendidas en las nociones de "vida privada y familiar" y de "correspondencia" (43). El T.E.D.H. incluso no descarta que las escuchas telefónicas puedan redundar en menoscabo del derecho de una persona al respeto de su domicilio, si bien no siente la necesidad de profundizar sobre ese aspecto (44). El juez francés Pettit, que en varios votos particulares se muestra especialmente sensible con los problemas de la protección de la vida privada, ha afirmado que la finalidad de las legislaciones europeas que protegen la vida privada es evitar cualquier descubrimiento clandestino de la palabra dicha en privado, y así algunas de esas legislaciones (como la suiza) han llegado a considerar ilegal cualquier interceptación de una comunicación telefónica y cualquier intervención sin el consentimiento del interesado. Por ello, prosigue, la relación entre la legislación sobre la "vida privada" y la legislación sobre las escuchas es muy estrecha (45).

Esta tesis del T.E.D.H. encuentra un antecedente en una resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1.971 donde se señala que la grabación magnetofónica con desconocimiento de los participantes o de uno de ellos, de una conversación privada, constituye en principio una injerencia en la vida privada (46).

Un problema conectado con el de las escuchas telefónicas es el del "recuento" o "comptage", que es el empleo de un mecanismo consistente en un contador combinado con un aparato impresor que registra los números marcados en un determinado teléfono, la hora y la duración de la llamada (47). El T.E.D.H. considera que los registros así efectuados contienen informaciones, en especial los números marcados, que son parte de las comunicaciones telefónicas. En opinión del Tribunal, ponerlos en conocimiento de la policía sin el consentimiento del abonado, se opone al derecho confirmado por el art. 8 (48). En idéntico sentido se pronuncia Pettiti para quien el recuento total de las comunicaciones, incluso sin escucha, supone una intromisión en la vida privada pues mediante tales datos las autoridades podrían deducir informaciones que no tienen por qué conocer (49).

e') Derecho a la autodeterminación informativa (50).

La categoría jurídica del derecho a la autodeterminación informativa fue consagrada constitucionalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán en su famosa sentencia sobre la ley del censo de población de 15 de diciembre de 1.983, aunque ya era utilizada por los Tribunales ordinarios. Dicha sentencia establece que este derecho consiste en la facultad del individuo de decidir básicamente cuando y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida, haciendo necesaria la protección del individuo contra la recogida, el almacenamiento, la utilización y la transmisión ilimitadas de los datos concernientes a la persona (51).

Sobre el objeto del derecho a la autodeterminación informativa, aunque sin denominarlo así, se han elaborado varias normas en diferentes países, y el Consejo de Europa ha elaborado el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 28 de enero de 1.981 (52). En este Convenio se distinguen varios principios, algunos de los cuales son el principio de lealtad, por el que las informaciones no deben recogerse por procedimientos desleales o ilícitos; el principio de publicidad por el que debe mantenerse un registro público de los ficheros automatizados existentes; y el principio de acceso individual por el que cualquier persona tiene derecho a conocer si datos que le conciernan son objeto de tratamiento automatizado y, si así fuera, a obtener copia de ellos. Si fuesen erróneos o inexactos o se hubiesen registrado ilícitamente el titular del derecho puede obtener la rectificación o la destrucción de los mismos (53).

Pues bien, sobre estos aspectos han incidido algunas sentencias del T.E.D.H. acerca del primer principio meritado (lealtad). Pettiti ha señalado las conexiones de la protección frente a las escuchas telefónicas ex art. 8 y el derecho a la autodeterminación informativa y a la protección de datos personales. En su opinión, no se puede separar el tema de las escuchas del de los bancos de datos, puesto que las escuchas tienen como consecuencia el registro y archivo de las informaciones obtenidas. Es decir, que podríamos decir que aquí se encuentran problemas relacionados con el principio de lealtad en la obtención de datos. Pettiti cita expresamente el Convenio de 1.981 y sostiene que las escuchas telefónicas reclaman una serie de contramedidas entre las que menciona el derecho de personarse en el que incluye la facultad de impugnar los datos obtenidos y el de conocer la existencia de los datos y de los bancos en que están registrados (54).

En segundo lugar, por lo que hace al principio de publicidad, el almacenamiento de datos relativos a la vida privada en un registro secreto de la policía, así como su transmisión y la negativa de permitir al afectado refutar esos datos supone una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada, reconocido en el art. 8.1 (55). Ello no obstante, el T.E.D.H. en una interpretación estricta del Convenio considera que tal injerencia era conforme al art. 8.2 por cuanto los intereses de la seguridad nacional prevalecían sobre los intereses individuales del afectado (56). No obstante, para los jueces Pettit y Russo se manifiesta la necesidad de que el individuo pueda disponer de un recurso contra una inscripción que sea el resultado de un error fundamental, incluso si se mantiene el secreto sobre el origen de la información (57). Están aquí implicados el principio de publicidad, por una parte, y el principio de acceso a los datos y de corrección de errores, por otra. Debe advertirse que el T.E.D.H. rechaza que el derecho a recibir informaciones garantizado por el art. 10 sea aplicable al acceso a registros públicos de informaciones, pues el T.E.D.H. lo configura no tanto como un derecho de prestación, cuanto como un derecho a que el Estado se abstenga de impedir que una persona reciba información que otros aspiran o consienten en facilitar (58).

Finalmente y por lo que hace al principio de acceso individual a los datos, el T.E.D.H. afirma que, sin duda, los documentos incluidos en el fichero del caso litigioso conciernen a la "vida privada y familiar" del reclamante en un grado tal que el problema de su accesibilidad al interesado entra en el terreno del art. 8. Ahora bien, el Tribunal se previene frente a posibles acusaciones de "activismo" judicial en este terreno afirmando que lo anterior no decide la cuestión de saber si los derechos generales pueden deducirse del art. 8.1, pues alega que no está llamado a decidir en abstracto los grandes problemas de principio en estas materias, sino a decidir sobre el caso concreto del demandante (59). En el caso de autos, las informaciones recogidas y conservadas por

la autoridad afectaban a la identidad fundamental del demandante y proporcionaban el único recuerdo coherente de su infancia y de sus años de formación por lo que el rechazo a dejarle consultar el fichero entrañaba una lesión de su derecho al respeto de su vida privada (60). En definitiva, pese a las reservas que formula el T.E.D.H. aquí, lo cierto es que el art. 8 protege, al menos fragmentariamente, el derecho a la autodeterminación informativa.

l') Protección del honor.

La redacción del art. 8 no incluye el derecho al respeto del honor. Se separa así del art. 12 de la Declaración universal de derechos humanos y del art. 17 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos que recogen el derecho a la protección de la honra y de la reputación. La omisión del art. 8 no fue casual, a la vista del antecedente próximo en el tiempo de la Declaración universal de derechos humanos. En efecto, en los trabajos preparativos del Convenio consta una propuesta para insertar el derecho a la protección de la vida privada "conforme al art. 12 de la Declaración Universal". Sin embargo, por una omisión intencional no se mantuvo en el Convenio el fragmento sobre los "ataques al honor y a la reputación", consagrados en dicho art. 12, que se reiteró en el art. 17 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como se vió. El rechazo de esta cláusula se fundó en el carácter vago y difícilmente discernible de la noción "honor" y "reputación". La redacción del precepto sin esa cláusula no fue enmendada por la Asamblea Consultiva y fue adoptada por esta última sin debate el 8 de septiembre de 1.949 (61). No obstante, se trata de derechos próximos. Esta proximidad la pone de manifiesto la s. Lingens (en la que se enjuician unas declaraciones del periodista Lingens sobre el entonces canciller austriaco Bruno Kreisky, por las que aquél fue objeto de una condena penal fundada en la protección de la reputación), cuando afirma que el político disfruta también de la protección de la fama que dispensa el art.

10.2, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada (62). La referencia a la vida privada muestra, por tanto, cierta conexión entre ésta y la protección de la fama, pese a que la misma sentencia poco antes declarase que en el caso de autos no se podía interpretar el art. 10 a la vista de art. 8 (63), distinguiendo ambos derechos.

Esto parece indicar que el T.E.D.H. distingue el derecho a la protección de la vida privada del art. 8.1, del derecho a la protección de la reputación o derecho al honor, derivable del art. 10.2. Más adelante señala esta misma sentencia que el art. 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir la de todos (incluso políticos). La doctrina anterior parece confirmarse en una sentencia posterior, en la que se debate la condena a un periodista por su crítica del sistema judicial groenlandés y la actuación de ciertos jueces. Aquí se reconoce que el fin invocado para legitimar la condena penal-injerencia en el derecho del art. 10 es la protección de la reputación de otro, pero en ningún momento se hace alusión al art. 8, por lo que parece mantenerse la distinción entre reputación y vida privada (64). No obstante, en estas sentencias citadas está ausente la cláusula contenida en la s. Lingens de que "en el caso de autos no se podría interpretar el art. 10 a la vista del art. 8" (65), lo que quizás puede suponer no cerrar definitivamente la puerta a una interpretación del art. 8 que pudiera comprender el derecho al honor.

Lo anterior parece confirmarse a la luz de la opinión disidente que expresa el juez Thor Vilhjalmsón a la s. Oberschlick. En opinión de este juez los "deberes y responsabilidades" del art. 10.2 exigen tener presente el art. 8, relativo al derecho al respeto a la vida privada, y el propio art. 10.2, en la medida en que habla de protección de la reputación y de los derechos de los demás. Por ello, considera que la decisión del caso de autos debiera haber resultado "de una interpretación del art. 10 integrando el principio establecido en el art. 8". Es decir, se trataría de integrar el derecho al honor en el art. 8. Según Vilhjalmsón la crítica

hecha por el injuriante salía del terreno del simple debate político para situarse en el terreno de los ataques personales, "suponiendo un ataque a la vida privada". Y más adelante, reitera que a su juicio, el reclamante ha transgredido los límites de la libertad de expresión "y violado las reglas necesarias en una sociedad democrática, sobre el respeto a la vida privada de la persona en causa" (65). En definitiva, este juez es consciente de que el derecho al honor no está comprendido en el derecho a la intimidad, si bien considera posible y necesario interpretar el art. 8 de forma que englobe también aquel derecho.

Puede concluirse que el derecho al honor no está comprendido en el derecho a la vida privada en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, si bien parece haber algún resquicio para que ese derecho pudiera llegar a ser integrado en el art. 8 por vía interpretativa de signo activista, lo que no parece probable.

g') Otros derechos próximos.

** g'1. Derecho a la educación (67).*

Según manifiesta el T.E.D.H. el art. 8 por sí mismo no garantiza en modo alguno un derecho propio de los padres en materia de instrucción de sus hijos. Ahora bien, no queda excluido que las medidas adoptadas en el campo de la educación puedan afectar al derecho al respeto de la vida privada o familiar si fuera su finalidad el resultar de ellas la perturbación de la vida privada o familiar de modo injustificado (68). En la misma sentencia el T.E.D.H. igualmente afirma que el art. 8 no garantiza en absoluto el derecho a ser instruido en la lengua de los padres a costa o con la ayuda de los poderes públicos.

Por otra parte, el T.E.D.H. ha declarado que las dos frases del art. 2 del Protocolo adicional nº 1 ("a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción" y "el Estado en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los

padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas") han de ser leídas a la luz no sólo la una de la otra, sino también en particular de los arts. 8, 9 (libertad de conciencia y de religión) y 10 (libertad de expresión) del convenio (69).

* g'2) Derecho a la herencia.

Como ya se señaló al tratar del derecho al respeto de la vida familiar, el T.E.D.H. ha considerado que los derechos sucesorios entre padres e hijos y entre abuelos y nietos están tan estrechamente vinculados a la vida familiar que pueden de hecho incluirse en el ámbito del art. 8 (70). Para el T.E.D.H. los derechos sucesorios, aunque no se ejercitan normalmente hasta la muerte del causante, momento, por lo demás, en el que la vida familiar se transforma e incluso finaliza, no por ello dejan de plantear ciertos problemas vinculados al tema con anterioridad: la distribución de la herencia puede establecerse antes de la muerte (71). Recordemos que esta extensión del derecho a la protección de la vida familiar provocó una opinión disidente del juez Fitzmaurice frente al activismo judicial.

* g'3) Derecho al reconocimiento de la transexualidad.

Este problema se ha planteado en tres sentencias del T.E.D.H. En la primera el Tribunal, si bien eludió pronunciarse sobre el fondo de la cuestión alegando que no se agotaron las instancias nacionales, parece dar a entender la conexión de este asunto con el art. 8 (72). De hecho la opinión de la Comisión en este asunto así lo hacía.

En los casos posteriores en que se trata de este asunto el T.E.D.H. da por sobreentendida la conexión entre el supuesto derecho al reconocimiento de la transexualidad y el derecho del art. 8, si bien reconoce que las obligaciones positivas derivadas del art. 8 no pueden llegar tan lejos (73), como para condenar al Estado por no realizar este

reconocimiento con efectos retroactivos, p. ej. modificando las actas de nacimiento.

El problema sigue abierto pues la Comisión está presionando fortísimamente al Tribunal para que reconozca este supuesto derecho. Pese a la reiterada postura del Tribunal desestimando esa pretensión, la Comisión sigue admitiendo y defiriendo al Tribunal casos de transexuales.

* g'4. Derecho a la propia imagen.

Ninguna sentencia del T.E.D.H. ha planteado esta cuestión, si bien en un caso , en los antecedentes de hecho se recoge que el reclamante en su queja ante la Comisión se consideraba víctima de una violación del art. 8, por cuanto las disposiciones reglamentarias militares suizas sobre el corte de pelo prohibían a dicho ciudadano durante treinta años (duración del servicio militar en Suiza), arreglar su cabellera a su gusto, lo que según el reclamante constituía una intromisión injustificada en el derecho al respeto de su vida privada (74). Sin embargo, la Comisión declaró inadmisibles esta queja por evidente falta de fundamento (75).

Es curioso señalar que en España el TC estudió un caso bastante parecido rechazándolo por cuanto el problema, a juicio del T.C. trasciende de la esfera estrictamente personal para pasar al ámbito de las relaciones sociales y profesionales en que el sujeto desarrolla su actividad (76).

* g'5 Derecho a la impugnación de la paternidad.

Según el T.E.D.H. una demanda que se proponga disolver los lazos familiares existentes entre el demandante y una hija cuya paternidad impugna, y la determinación del régimen jurídico de las relaciones de la presunta hija con el padre conciernen sin ninguna duda a la vida privada (77).

De esta afirmación del T.E.D.H. disintió el juez Gersing sosteniendo que la concepción del art. 8 que recoge la sentencia Rasmussen es mucho más amplia que el derecho garantizado por esta disposición (78). Por ello llama la atención sobre el origen del artículo, que en su opinión, según una interpretación común, no incluye el derecho de un hombre a impugnar su paternidad (79). A su juicio, la interpretación del art. 8 en esta sentencia es más amplia que la adoptada hasta el momento lo que parece implicar que todo problema jurídico que haya tenido influencia sobre la vida privada de una persona depende del art. 8. A este respecto Gersing observa que el art. 5 del Protocolo nº 7 contiene una cláusula sobre las relaciones paternofiliales que a su juicio demuestra que las Partes del Convenio han considerado que el art. 8 no engloba este supuesto (80).

* g'5 Derecho al matrimonio.

Cohen-Jonathan manifiesta que el Convenio protege lo que Georges Burdeau llamaba la "libertad de la intimidad" asegurando a todos, entre otras cosas, el derecho a casarse y fundar una familia reconocido en el art. 12 del Convenio (81). Por eso, en su obra estudia el derecho al matrimonio dentro del capítulo dedicado al examen del respeto a la vida privada y familiar (82).

Esta tesis, sin embargo, no está clara. Independientemente de que Burdeau no incluyó el derecho al matrimonio en la libertad de la intimidad (83), deben hacerse varias observaciones. En primer lugar, Cohen-Jonathan no justifica su tesis en modo alguno, limitándose a exponer las decisiones de la Comisión y las sentencias del Tribunal en las que se trata del art. 12 del Convenio y a la vez del art. 8 en aspectos conexos pero distintos de los primeros. En segundo lugar, el derecho al matrimonio está reconocido en un lugar distinto (art. 12) que el destinado al derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8), lo cual si bien no es decisivo, sí al menos es indicativo. En tercer lugar, ninguna sentencia

del T.E.D.H. avala la opinión de Cohen-Jonathan. Cohen, podría decirse, hace una afirmación más intuitiva que racional.

Una posición intermedia es la que sostiene Drzemczewski, cuando al examinar la vida familiar en el contexto del art. 8 alude al derecho al matrimonio del art. 12 y al derecho de los padres a dar a sus hijos una educación conforme con sus convicciones religiosas y filosóficas del art. 2 del Protocolo Adicional nº 1. No obstante, este autor no estudia estos dos últimos derechos en el marco del derecho a la protección de la vida familiar, contentándose con aludir a los mismos (84).

Es innegable que el derecho al matrimonio es un derecho personalísimo y que, de un lado, afecta a una esfera muy íntima del ser humano, y, de otro lado, es fundamental para la existencia de la familia. Por eso, materialmente, está muy próximo el derecho al respeto de la vida privada y familiar. De hecho, la negación de este derecho se produce generalmente en un contexto de negación de la intimidad. Sin embargo, históricamente se ha articulado jurídicamente de modo diverso al derecho a la vida privada y familiar lo que explica su plasmación en dos preceptos distintos. En definitiva, pese a la proximidad material del derecho al matrimonio con el derecho a la vida privada y familiar, jurídicamente se trata de dos figuras distintas resultando discutible la unificación de ambos, por lo que la postura de Drzemczewski resulta la más prudente.

* g°7 Derecho al divorcio.

Como hubo ocasión de hacer notar previamente para el T.E.D.H. el concepto un tanto impreciso de "respeto" de la vida familiar parece permitir una interpretación evolutiva, pero no cree que pueda deducirse del art. 8 (texto de finalidad y alcance más generales) un derecho al divorcio que está excluido por el art. 12. En efecto, aunque la protección de la vida privada o familiar puede exigir a veces medios que libren a los cónyuges del deber de la vida en común, no se puede entender que los

compromisos contraídos por el art. 8 impongan la obligación positiva de tomar medidas que permitan el divorcio (85).

* g'8 Derecho de visita a los reclusos.

El T.E.D.H. también ha extendido el art. 8 hasta la cuestión de las visitas a los presos, dando por sobreentendido que el art. 8 abarca este problema cuando se aplican las consideraciones que se hacen en otras sentencias (86) sobre el respeto a la correspondencia de los encarcelados. Y así se dice que para precisar las obligaciones de los Estados en virtud del art. 8 en materia de visitas en prisión, deben considerarse las exigencias normales y razonables de un interno con su familia (87). En definitiva, se equipara el derecho al respeto de la correspondencia con el derecho de visita al presidiario.

* g'9 Libertad contractual.

Finalmente, el T.E.D.H. ha desestimado la pretensión de derivar un derecho a la libertad contractual de las rentas de alquiler basado en el art. 8. Así declaró que el hecho de que la negociación de la renta de un alquiler no se lleve a cabo directamente por el arrendatario, sino que se realice preceptivamente por la Unión de arrendatarios, no entra en el terreno del derecho al respeto del domicilio del art. 8, no pudiéndose por tanto conectar con la noción de "domicilio" los derechos y obligaciones derivados del alquiler (88).

En definitiva, el art. 8 ha sido fuente de un importante activismo judicial que no ha estado ausente de polémica en el seno del propio Tribunal, como se vió en ciertas opiniones disidentes de sentencias del Tribunal (89).

B) Los Sujetos.

El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos trata en diversos lugares la cuestión de los sujetos de los derechos. El art. 1 afirma que las Partes reconocen "a toda persona

dependiente de su jurisdicción" los derechos y libertades garantizados en el Convenio. Por su parte, el art. 25 declara que la Comisión podrá conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa "por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación". En un sentido similar se pronuncia el art. 3 del Protocolo nº 9, abierto actualmente a la ratificación de los Estados miembros del Consejo de Europa, y aun no vigente, en el sentido de que reconoce que "sólo las Altas Partes Contratantes, la Comisión y la persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que hayan introducido la demanda en virtud del art. 25 tendrán facultad para someter un asunto al Tribunal".

Dada esta regulación se puede plantear el problema de los posibles sujetos titulares del derecho, reconocido en el art. 8 del Convenio, al respeto de la vida privada y familiar, del domicilio y de la correspondencia. Se ha afirmado, con fundamento en el art. 1, por Verdross que "los derechos protegidos en el Convenio son derechos individuales del hombre" (90). De igual modo, el profesor Carrillo Saicedo ha señalado que el Convenio "reconoce y protege derechos individuales y no derechos colectivos" (91) y que es preciso desarrollar el sistema europeo de protección de los derechos humanos para garantizar no sólo los derechos individuales de los miembros de las minorías, sino también los derechos de grupos vulnerables como son las minorías (92).

Dejando al margen del problema de las minorías, se plantean dos cuestiones importantes: la titularidad del derecho aquí tratado por extranjeros o personas jurídicas.

a) Extranjeros.

Existen dos sentencias del T.E.D.H. que reconocen la titularidad del derecho a la protección de la vida familiar a ciudadanos extranjeros que no son súbditos de ningún país miembro del consejo de Europa (93).

Basta que las personas afectadas se hallen bajo la jurisdicción de un Estado miembro. No es preciso que sean ciudadanos del mismo. Nada parece indicar que esta postura del T.E.D.H. en dos casos referentes a la "vida familiar" no sea de aplicación a los otros supuestos contemplados por el art. 8.1: la vida privada, el domicilio y la correspondencia.

b) Personas jurídicas.

No hay pronunciamientos expresos del T.E.D.H. reconociendo a las personas jurídicas el derecho (o los derechos) protegido en el art. 8.1 del Convenio. En principio, la redacción de éste parece impedirlo pues declara que "toda persona tiene derecho al respeto de su correspondencia". Ahora bien, el art. 10.1 tiene una redacción similar "toda persona tiene derecho a la libertad de expresión" y ello no ha obstado para que el T.E.D.H. haya reconocido este derecho a las personas jurídicas (94). En la s. *Autronic* ha formulado unos criterios para dilucidar la cuestión. Así, declaró que "ni el estatuto jurídico de sociedad anónima, ni el carácter comercial de sus actividades, ni la naturaleza misma de la libertad de expresión podrían privar a *Autronic A.G.* del beneficio del art. 10. Este art. 10 vale para "toda persona" física o moral. El Tribunal ha declarado ya tres veces la aplicabilidad de este artículo a las personas morales que persiguen fines lucrativos (*Ss Sunday Times, Markt intern Verlag, Groppera Radio A.G.*)" (95).

Debe al respecto advertirse que el T.E.D.H. en diversas ocasiones ha señalado que los criterios del art. 10.2 sobre el límite a la libertad de expresión son traspolables a la interpretación del art. 8.2 (96). Si acaso, de los criterios mencionados en la s. *Autronic A.G.*, el de la naturaleza misma del derecho podría plantear problemas aquí. Este criterio parece extraído del que se mantiene en el art. 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual "los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto por su naturaleza sean aplicables a las mismas". Parece que la naturaleza del

derecho a la vida privada es más bien propia de las personas físicas. No obstante, debe señalarse, en primer lugar, que la jurisprudencia y la doctrina norteamericana han elaborado la llamada por Lucas Murillo "intimidad asociativa", en virtud de la cual una corporación puede rehusar la entrega a las autoridades de las listas de miembros de la asociación (97). En segundo lugar, puede ser aplicable a una persona jurídica el derecho a la protección de su domicilio social y el derecho a la protección de su correspondencia. De hecho, hay sentencias del T.C. español que así lo reconocen (98). En definitiva, el problema de la titularidad del derecho protegido en el art. 8 en cuanto a las personas jurídicas está abierto, pero hay base suficiente para pensar que, llegado el caso, se podría reconocer a tales personas este derecho.

C) *Naturaleza.*

* a') Configuración negativa y positiva el art. 8.

La jurisprudencia auroral del T.E.D.H. entendió el derecho protegido por el art. 8 como un derecho de defensa exclusivamente. En este sentido declaró que el objeto del art. 8 es esencialmente el de proteger al individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos en la vida privada y familiar (99). Sin embargo, el T.E.D.H. se servirá más tarde del término "esencialmente" para señalar que ello no equivale a exclusivamente y abrir así una concepción del derecho a la protección de la vida privada y familiar de tipo positivo, como derecho de prestación. Este paso es el que se da en la s. Marckx, que resultará muy fecundo en la ulterior jurisprudencia del Tribunal. Este afirma que, si bien el objeto del art. 8 es esencialmente la protección del individuo frente a interferencias arbitrarias del poder público, no obstante, el Estado no sólo deba abstenerse de tales injerencias, sino que junto a esa obligación de carácter negativo existen asimismo aquellas obligaciones positivas que el respeto efectivo a la vida familiar implica (100). Esta doctrina de la s. Marckx ha sido reiterada en numerosas ocasiones (101).

En sentencias posteriores a la Marckx el T.E.D.H., confirma la anterior tesis, si bien matizándola. Dado que el concepto de "respeto" no es muy claro, las obligaciones positivas exigibles para garantizar el derecho al respeto de la vida privada y familiar están sujetas a un amplio margen de apreciación del Estado para decidir, de acuerdo con las necesidades y los medios de la sociedad y de las personas, las medidas que se deben tomar para asegurar el cumplimiento del Convenio. Esto es debido a que cuando están en tela de juicio obligaciones positivas, los requisitos de éstas varían mucho en cada caso a la vista de la diversidad de criterios y situaciones en los Estados contratantes (102). Por eso, para determinar si existe una obligación positiva, como afirma la s. Rees, hay que tener en cuenta un equilibrio deseable entre el interés general y el del individuo para hallar el cual los propósitos enumerados en el art. 8.2 pueden tener importancia, aunque en principio se refieran sólo a las "injerencias" en el derecho del art. 8.1 esto es, a las obligaciones negativas que se derivan de tal artículo (103). La doctrina de la s. Rees ha sido reiterada en otras resoluciones (104). Así pues, las matizaciones aparecidas desde la ss. Abdulaziz y Rees, limitan en buena medida el alcance que pudiera tener el derecho del art. 8 desde la perspectiva de las obligaciones positivas tal y como se configuró en la s. Marckx si bien consolidan, aunque limitadamente, la vertiente positiva de este derecho.

* b') Configuración institucional del art. 8.

El art. 8 en opinión del T.E.D.H. tiene también ciertas exigencias de orden institucional, según ha expuesto en algunas sentencias. Ya Pettiti planteó esta cuestión en relación con las escuchas telefónicas. En su opinión es posible que, no ya una medida concreta, sino el sistema bajo el que se adopta esa medida pueda no ajustarse a lo que dispone el art. 8. En concreto, y con referencia a las escuchas telefónicas, Pettiti consideraba que para que un sistema se amoldase a lo preceptuado en el art. 8 debía cumplir varias exigencias: determinación de los órganos

colegiados que se deban ocupar de la fiscalización "a posteriori" de la forma en que se efectúan las escuchas; determinación de las fechas de cese de las medidas de interceptación y de los medios de destrucción de los resultados de las escuchas; inclusión en el Código Penal de medidas para custodiar las cintas y para proteger las conversaciones de alcance privado; y comprobación de que las medidas no son un procedimiento tendencioso ni una violación de los derechos de defensa (105). Esta tesis, en principio expresada por Pettiti a título individual, consigue carta de naturaleza en las ss. Kruslin y Huvig, que, si bien no en los mismos términos propuestos por Pettiti, plantean unas exigencias de tipo institucional y garantista que debe reunir todo sistema al amparo del cual se dicten medidas que afecten al art. 8, si no quieren infringir éste último (106).

Desde una perspectiva distinta se ha planteado el asunto de las exigencias institucionales que se derivan del derecho al respeto de la vida familiar. El T.E.D.H., afirma que, si bien el art. 8 no contiene requisitos de procedimiento explícitos, el Tribunal puede controlar el proceso de toma de decisiones por las autoridades públicas que afecten a la vida familiar, para determinar si se ha conducido de tal manera que en toda circunstancia sea justo y conceda el respeto debido a los intereses protegidos por el art. 8. Por tanto, si en un procedimiento relativo a sus hijos no se ha dado a los padres una implicación suficiente para proporcionar la protección requerida a sus intereses, se producirá una violación de su derecho al respeto de su vida familiar (107). De lo anterior se deduce que el derecho al respeto de la vida familiar exige la presencia de determinadas instituciones procesales para cobrar todo su sentido y eficacia.

En definitiva, el derecho protegido en el art. 8 no sólo es un derecho de defensa, sino que es también, por una parte, un derecho que lleva consigo unas obligaciones positivas a cargo del Estado, y, por otra,

un derecho que implica ciertas exigencias institucionales o procedimentales.

D) Ambito: Drittwirkung (108).

La discusión sobre la posibilidad de admitir el efecto inter privados de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio ha sido objeto de gran debate doctrinal, si bien pocas resoluciones del T.E.D.H. lo han tratado. Este efecto se ha intentado fundamentar en varios preceptos del Convenio (109), pero sobre todo en el art. 13 que dice:

"Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales".

La interpretación de este precepto en su versión francesa (de sentido similar al ofrecido por la versión española, ha dado pie a considerar que esa última cláusula no excluye que las violaciones se cometan por particulares, si bien su interpretación no es pacífica porque la versión inglesa ofrece un sentido restrictivo (110). De Meyer subraya que las amenazas al derecho a la intimidad posibilitadas por los progresos técnicos revelan la necesidad de una protección erga omnes de los derechos garantizados en el art. 8. Sea como fuera, el problema de la eficacia de los derechos protegidos en el Convenio y, en concreto, del protegido en el art. 8, entre particulares ha sido objeto de pocas resoluciones. Pudiera decirse que la primera sentencia que plantea crudamente un caso de Drittwirkung es la s. Young, James y Webster, que trata de la compatibilidad del sistema británico de afiliación sindical obligatoria "closed shop" con el derecho de asociación. El T.E.D.H. manifestó que si la causa inmediata de la violación alegada residía en un acuerdo de 1.975 entre la empresa British Rail y los sindicatos ferroviarios, concluido al amparo del Derecho británico entonces en vigor

resulta que ese derecho interno había convertido en lícita dentro del Estado la violación que se denunciaba, por lo que sobre esa base la responsabilidad del Estado se encontraba comprometida por toda infracción del Convenio que se hubiera derivado de tal situación (111). Esta sentencia supone reconocer la Drittwirkung de los derechos fundamentales en el sistema europeo de protección de los derechos humanos, pero es relativa al art. 11 del Convenio (libertad de asociación) y no al art. 8.

La primera sentencia que aborda esta cuestión en el marco del art. 8 es la s. X e Y, que afirma que a la obligación negativa que se deriva del art. 8 pueden añadirse obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas tendentes a asegurar el respeto de la vida privada incluso "en las relaciones entre individuos" (112). La segunda es la s. Plattform Ärzte für das Leben, que al tratar de la libertad de reunión señala que no se reduce a un mero deber de no interferirse por parte del Estado, sino que ese precepto, lo mismo que el art. 8, requiere a veces medidas positivas incluso si es necesario en el ámbito de las relaciones entre individuos (113). Finalmente, la s. Nielsen, observa que aplicación eventual del art. 5 (derecho a la libertad de movimientos) a las privaciones de libertad resultantes de la acción de particulares no tiene necesidad de ser examinada en el caso de autos (114).

De las escasas sentencias del T.E.D.H. que han tocado este tema se desprende que éste no ha seguido la senda que parecía marcar la doctrina previa, y que el reconocimiento de la Drittwirkung se hace de forma muy tímida y prudente.

Drzemczewski ha expuesto que mediante la vía de imponer obligaciones positivas al Estado dimanantes del respeto a los derechos fundamentales y, en concreto, del reconocido en el art. 8 del Convenio, puede llegarse a una evolución de la jurisprudencia que lograra hacer a un Estado responsable si no interviniera o no impidiera ciertos actos

contrarios al art. 8 cometidos por individuos o "terceros" (115). Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia del T.E.D.H. acerca de las obligaciones positivas de los estados en virtud del respeto a los derechos fundamentales parece alejar esta perspectiva. En efecto, con las matizaciones introducidas a partir de las ss. Abdulaziz y Rees en el sentido de que las obligaciones positivas exigibles para garantizar el derecho al respeto de la vida privada y familiar están sujetas a un amplio margen de apreciación del Estado (116), se debilita la base sobre la que, según Drzemczewski, podría llegar a reconocerse la *Drittwirkung* plenamente.

E. Límites.

a) Doctrina general sobre los límites del art. 8.

* a.1 El problema de los límites implícitos.

El T.E.D.H. se ha ocupado de este problema en dos ocasiones. En su s. *Golder* estimó que el derecho de acceso a los Tribunales que se reconoce por el Convenio en diversos lugares (arts. 13, 14, 17 y 25) pero sin definirlo en sentido estricto, está sometido tanto a los límites que circunscriben el contenido mismo de cualquier derecho cuanto a ciertos límites implícitamente admitidos (117). Sin embargo, como indica la propia s. *Golder*, la tesis de los límites implícitos que se desprende entre otros del art. 5.1.a (pena privativa de libertad impuesta por un tribunal competente) tropieza con el tenor literal del art. 8 cuyo párrafo 2 no deja lugar a la idea de límites implícitos. En este sentido, el régimen jurídico del derecho al respeto de la correspondencia definido por el art. 8 con cierta precisión ofrece un neto contraste con el derecho a acceder a un tribunal recogido mucho más vagamente en el Convenio (118).

Las conclusiones de la s. *Golder* sobre la existencia de límites implícitos en el derecho de acceso a los Tribunales y su inexistencia en el art. 8 son ratificadas enteramente en la s. *Campbell y Fell* (119). Esto

concuerdar con la afirmación de Pettiti de que el derecho al respeto de la vida privada es el más exigente del Convenio (120).

* a'. Relación entre el art. 8.2 y el art. 10.2

El art. 8.2 del Convenio de Roma dispone:

"No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho (derecho al respeto de la vida privada) sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y de las libertades de los demás".

El art. 10.2 de dicho Tratado manifiesta:

"El ejercicio de estas libertades (libertad de expresión e información), que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del orden judicial".

Para el estudio de los límites del derecho reconocido en el art. 8.1, no sólo debe atenderse a lo que dispone el art. 8.2, sino también a lo que prescribe el art. 10.2. Pese a que el art. 10.2 es más restrictivo que el art. 8.2 y comprende más límites que este último (lo que, por otra parte, revela la superior posición de éste), lo cierto es que su redacción tiene una estructura similar, de suerte que varias sentencias han resaltado

expresamente la aplicabilidad mutua de la jurisprudencia sobre el art. 10.2 y el art. 8.2.

La s. Silver, aplicó al caso en el que se debatían los límites del derecho al respeto de la correspondencia (art. 8.2) la doctrina que sobre el requisito de que se halle la injerencia "prevista por la ley" pronunció el Tribunal en su s. Sunday Times, en torno al art. 10.2 (121). Igualmente la s. Malone reafirma la aplicabilidad de la doctrina de la s. Sunday Times sobre el dicho requisito, para aplicarla a un caso sobre escuchas telefónicas (122).

Pudiera alegarse que estas dos sentencias (Silver y Malone) sólo trasladan al art. 8.2 las exigencias que al hito del art. 10.2 se han hecho sobre el requisito de que la medida esté "prevista por la ley". Sin embargo, la s. Norris, tiene un pronunciamiento más amplio aún. En efecto, respeto al importante requisito de que la medida sea "necesaria en una sociedad democrática", el T.E.D.H. aplica en el caso de autos en que está en juego el art. 8, la doctrina de varias sentencias (Handyside, Müller y otros) emanada sobre el art. 10.2. El T.E.D.H. afirma que no ve motivo para apartarse de la perspectiva que emerge de su jurisprudencia constante ni ve ninguna razón para aplicar diferentes criterios en el contexto del art. 8 aunque dichas sentencias versen sobre el art. 10 del Convenio (123).

Por lo que hace al restante requisito para declarar una injerencia compatible con el art. 8 aparte de los dos anteriores, ("prevista por la ley" y "necesaria en una sociedad democrática") esto es, la existencia de un fin legítimo, en principio hay un problema y es que el catálogo de fines legítimos del art. 8.2 y del 10.2 no es exactamente coincidente. Hay un fin legítimo a la luz del art. 8.2 que no lo es para el art. 10.2 (el bienestar económico del país). A su vez hay varios fines legítimos para el art. 10.2 que no lo son para el art. 8.2 (la integridad territorial, la protección de la reputación ajena, el impedir la divulgación de informaciones

confidenciales y el garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial). No obstante lo anterior, los demás fines legítimos de los arts. 8.2 y 10.2 concuerdan, y de hecho el T.E.D.H. aplica criterios obtenidos sobre alguno de estos fines con motivo de la aplicación del art. 10.2, al art. 8.2. Así sucede respecto al fin de la protección de la moral cuyos criterios dictados con base en el art. 10 en la s. Handyside (124), han sido trasladados al art. 8 en la s. Dudgeon (125).

En definitiva, hay que tener muy en cuenta la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre el art. 10.2 al estudiar el art. 8.2 (126).

* a.3 Requisitos de la injerencia.

Para que la injerencia en el ejercicio del derecho reconocido en el art. 8.1 del Convenio resulte compatible con éste, debe cumplir tres requisitos: estar "prevista por la ley", atender a un "fin legítimo" y ser "necesaria en una sociedad democrática". Si no cumple uno sólo de estos tres requisitos, la injerencia violará el art. 8. De ahí que, como afirma Drzemczewski, la interpretación dada al párrafo 2 del art. 8 revista indiscutiblemente una importancia decisiva, como lo prueba que en la mayoría de los casos los Estados invoquen con éxito este párrafo 2 que autoriza las injerencias cuando se cumplen los tres requisitos que contiene (127). Por lo demás, hay que advertir que, conforme ha expuesto el T.E.D.H., dado que el párrafo 2 prevé excepciones a los derechos garantizados en el párrafo 1, aquél debe ser interpretado restrictivamente (128).

En el momento actual puede decirse que el T.E.D.H. ha depurado en un alto grado los requisitos que se exigen para limitar los derechos reconocidos en el art. 8.1 de modo compatible con el Convenio. No obstante, hasta llegar hasta este momento de gran precisión técnica ha habido que recorrer un largo camino. De hecho, en las primeras sentencias (129), no hay una separación nítida entre el requisito del "fin legítimo" y el del carácter necesario en una sociedad democrática" de la

medida. Por otra parte este último requisito y el de "prevista por la ley" han ido aquilatándose cada vez con mayor finura. Aquí se examinará el estado actual de esta cuestión haciendo abstracción en la medida de lo posible de la evolución histórica jurisprudencial mediante la que se ha llegado al momento actual.

a'.3.A Prevista por la ley.

Para que una injerencia en el ejercicio del derecho garantizado en el art. 8.1 pueda ser compatible con el Convenio, es preciso, en primer lugar, que esté "prevista por la ley". Este requisito se compone, a su vez, de dos elementos: existencia de una base legal en Derecho Interno y calidad de la ley.

I. Existencia de una base legal en Derecho Interno.

La presentación más depurada de este elemento aparece en las ss. Kruslín y Huvig. Estas sentencias afirman que en el terreno del art. 8.2 y de otras cláusulas análogas, el T.E.D.H. siempre ha entendido el término "ley" en su acepción "material" y no "formal" (130). En efecto, el Tribunal ha jugado con las dos versiones del Convenio (francesa e inglesa) que son igualmente auténticas, pero no exactamente concordantes, para interpretarlas de una forma conciliadora en la medida de lo posible, y que sea la más adecuada para realizar el objetivo y alcanzar la meta del Tratado, tal y como se establece en el art. 33.4 del Convenio de Viena de 23 de mayo de 1969 sobre Derecho de los Tratados (131). Ocurre que la versión inglesa "in accordance with the law", "prescribed by the law" es más laxa que la francesa "prévúe par la loi" y ha permitido esta interpretación amplia. Por ello en el término "law" se han incluido, por una parte, textos de rango infralegislativo como los reglamentos (132), y, por otra parte, el "derecho no escrito". Se iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el Common Law no está "prevista por la ley", por el único motivo de que no está prevista por la ley", por el

único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de Common Law, que forma parte del Convenio, de la protección del art. 10.2 (y del 8.2) y se rompería la base de su sistema jurídico (133). Esta tesis de la s. Sunday Times es seguida por las ss. Dudgeon y Chappell que también consideran al Common Law como "ley a estos efectos (134).

Sin embargo el T.E.D.H. ha ido más lejos afirmando que sería una equivocación forzar la distinción entre países de Common Law y países continentales, pues la ley escrita reviste también importancia en los primeros y la jurisprudencia juega tradicionalmente un papel considerable en los segundos, como lo enseña que ramas enteras del Derecho positivo resulten de las decisiones de jueces y tribunales (135). De este modo, el Tribunal ha entendido como "ley", no sólo la "ley" en sí de los países continentales, sino la ley tal como sus jurisdicciones nacionales competentes la han interpretado (136).

Esto tiene una importancia trascendental porque, de hecho, supone una modificación del sistema de fuentes en los ordenamientos que no reconocen a la jurisprudencia la virtualidad de ser fuente de Derecho, aparte de que abre la vía del activismo judicial por parte de los tribunales nacionales.

II. Calidad de la ley

Bajo la rúbrica "calidad de la ley" las ss. Kruslin y Huvig han englobado varias exigencias que debe cumplir la ley, a saber, su accesibilidad y su previsibilidad conforme a la preeminencia del Derecho, rasgos ya examinados en sentencias anteriores.

II.a) Accesibilidad.

Según señala la s. Sunday Times, la ley tiene que ser cognoscible debe ser accesible, de suerte que el ciudadano debe poder disponer de suficiente información, habida cuenta de las circunstancias, sobre las

normas jurídicas aplicables al caso (137). La accesibilidad se conecta con la debida publicidad de las normas legales o jurisprudenciales (138).

Finalmente debe notarse que la accesibilidad puede variar según el contenido del texto, el terreno que cubre y el número y calidad de sus destinatarios (139), de modo que ciertas normas muy especializadas sobre un campo muy específico y dirigidas a un destinatario muy circunscrito (p.ej. normas técnicas sobre radiodifusión) pueden tener legítimamente una accesibilidad más difícil según el T.E.D.H.

II.b) Previsibilidad.

Para que una norma tenga la cualidad de ley debe formularse con la suficiente precisión para permitir al ciudadano adecuar su conducta. Este ha de estar en condiciones de prever, (recabando para ello, si es necesario, consejos clarificadores), las secuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen que conocerse necesariamente con una certidumbre absoluta: la experiencia revela que esto no es posible, sobre todo en los terrenos en los que los datos cambian en función de la evolución de las concepciones de la sociedad (140). Por otra parte, la certeza, aunque sea deseable, va acompañada muy a menudo de una rigidez excesiva. Sin embargo, el Derecho debe saber adaptarse a los cambios de situación, por lo que muchas leyes se sirven, por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos vagas cuya interpretación y aplicación depende de la práctica (141).

Como afirma la s. Silver precisamente por la imposibilidad de conseguir una certeza absoluta, la ley puede conceder a sus aplicadores facultades discrecionales para fijar el alcance de la injerencia (142), si bien uno de los principios subyacentes del Convenio, la preeminencia del Derecho, supone que cualquier intervención de las autoridades en los derechos de la persona pueda ser sometida a una fiscalización eficaz (143). Una ley iría contra la preeminencia del Derecho si el poder de apreciación acordado al juez no conociese límites. En consecuencia, la

"ley" debe definir la extensión y las modalidades de ejercicio de tal poder con una nitidez suficiente para proporcionar al individuo una protección adecuada contra las vulneraciones arbitrarias por el poder público de los derechos que garantiza el art. 8.1 (144). El principio de la preeminencia del Derecho es utilizado por el T.E.D.H. ya en la temprana s. Golder, si bien como elemento del requisito "necesaria en una sociedad democrática" (145), y a partir de las ss. Silver y Malone se conectará con la exigencia de la calidad de la ley.

Al igual que sucede con la accesibilidad, la previsibilidad depende en una gran medida del contenido del texto legal, del terreno que cubre y del número y calidad de sus destinatarios (146). En particular, el grado de precisión de la ley que se exige por el elemento de la "previsibilidad" depende de la materia de que se trate (147). En este sentido, el T.E.D.H. ha declarado que dentro del contexto particular de controles secretos del personal asignado a sectores que afectan a la seguridad nacional, el requisito de la previsibilidad no puede ser el mismo que en otros muchos sectores. La previsibilidad no puede significar que un individuo pueda prever con precisión si y cuándo se va a realizar una intromisión en su derecho de suerte que pueda reglar su comportamiento en consecuencia, con lo que la medida sería inútil, sino que la ley debe utilizar unos términos lo suficientemente claros para indicar a todos de manera bastante en qué circunstancias y bajo qué condiciones las autoridades están facultadas para obrar una lesión secreta, y virtualmente peligrosa, en el derecho al respeto de la vida privada (148).

a.3.B Fines legítimos

Este requisito ha sido el que menor desarrollo técnico-jurídico ha alcanzado. Prácticamente, el Tribunal se suele limitar a constatar si en el caso concreto se ha invocado uno de los fines legítimos mencionados en el art. 8.2. Lo cierto es que este requisito nunca ha planteado problemas

serios en la jurisprudencia del T.E.D.H. y sólo una sentencia se ha basado en él para resolver el fondo del asunto (149).

Como observa el art. 8.2 son fines legítimos:

"... la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás".

I) El objeto de la seguridad nacional ha sido invocado en dos ocasiones en las ss. Klass y Leander (150). En ningún caso fue objeto de discusión por las partes.

II) El objetivo de la seguridad pública nunca ha sido invocado ante el Tribunal para justificar una injerencia en el ejercicio del derecho del art. 8.1.

III) El bienestar económico del país ha sido alegado en diversas ocasiones. La primera ocasión en que se planteó fue en la s. Gillow. Si bien los reclamantes discutieron la pertinencia de este fin legítimo aduciendo que las normas que regulan la entrada en la isla de Guernesey constituirían una legislación encubierta sobre la inmigración, el Tribunal manifestó que, habida cuenta de la muy reducida superficie de la isla, la legislación controvertida busca su bienestar económico y no otro fin (150). La segunda ocasión en que se planteó este fin fue en un asunto un tanto similar, la s. Berrehab, donde se manifiesta que la legislación restrictiva de la entrada de los trabajadores extranjeros en Holanda persigue la defensa del bienestar económico del país, que exige, en razón de la alta densidad de población, regularizar el mercado de trabajo (152). Finalmente, en la s. Powell y Rayner se considera que la explotación de un aeropuerto, incluso en zonas urbanas de gran densidad de población, provocando los consiguientes ruidos y molestias, se ha convertido hoy en algo necesario para el bienestar del país, sin que

se puedan eliminar enteramente las repercusiones negativas que ello tenga para el ambiente (153). En este asunto se consideraba el justo equilibrio entre el interés individual (art. 8.1) y el interés público expresado en el art. 8.2. El bienestar del país como interés público prevalecía sobre el interés individual a obtener ciertas medidas contra el ruido o a que cesaran los vuelos.

De un modo indirecto, sin embargo, se ha señalado que la búsqueda del bienestar de un país en un determinado sentido, o más concretamente, el Estado del Bienestar, constituye un riesgo para el derecho a la protección de la vida privada. Pettiti ha manifestado que el Estado, para atender a las necesidades de la planificación y de la política fiscal, tiene que multiplicar sus intervenciones. Las técnicas administrativas le llevan a aumentar ilimitadamente sus ficheros de identificación y después a someterlos a la informática. En la fase siguiente, el poder público intenta descubrir, para sus estadísticas y el fundamento de sus resoluciones, el perfil de cada ciudadano (154). Las afirmaciones de Pettiti deben servir de advertencia para no convertir el objeto legítimo de la búsqueda del bienestar del país según el art. 8.2 en una mina del derecho reconocido en el art. 8.1.

IV) La defensa del orden y la prevención del delito ha sido un fin legítimo aducido en varias ocasiones. El T.E.D.H. ha observado que el término "orden" tal como figura en los arts. 8.2 y 10.2 no designa sólo el "orden público" en el sentido de los arts. 6.1 (derecho a la tutela judicial) y 9.2 (libertad de creencias) del Convenio y art. 2.3 del Protocolo nº 4, sino que se refiere también al orden que debe reinar en el interior de un grupo social particular. Así es especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden en este grupo puede incidir sobre la sociedad entera (155). Por otra parte, el Tribunal pone de manifiesto la divergencia entre la versión francesa ("defensa del orden y prevención del delito") y la versión inglesa que utiliza la conjunción disyuntiva "o" en vez

de la copulativa "y". El T.E.D.H. considera que la versión inglesa constituye una guía más segura en este punto y que no es necesario que la injerencia busque las dos cosas, sino que es suficiente que persiga una (la defensa del orden, p. ej.) rechazando así el argumento contrario basado en la versión francesa (156).

Este fin ha servido para justificar las intervenciones en la correspondencia de los presos (157). También se impetró este objetivo para justificar las escuchas telefónicas (158). Del mismo modo, se ha alegado, para justificar la injerencia en la vida familiar, la preocupación de los Estados contratantes de asegurar el orden público, en particular en el ejercicio de su derecho de controlar (en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido, y sin perjuicio de los compromisos que se derivan de Tratados para esos Estados) la entrada, la estancia y el extrañamiento de los no nacionales (159). Igualmente se ha esgrimido la defensa del orden de las comunicaciones para limitar el art. 10 respecto de emisiones de radio o captaciones de ondas de satélite (160).

V) La protección de la moral ha sido invocada tanto respecto al art. 8 como respecto al art. 10. Para el T.E.D.H. no se puede encontrar en el Derecho interno de los Estados contratantes una noción europea uniforme de moral. La idea que las leyes nacionales se hacen de las exigencias de la moral varían en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia (161). El Tribunal señala a este respecto que cuando el propósito del legislador es desplegar barreras de protección para los miembros vulnerables de la sociedad (como pudieran ser los jóvenes), la distinción rígida entre protección de los derechos y libertades de los demás y protección de la moral es un tanto artificial, pues si bien la protección de la moral implica la protección del "ethos" social o de los "standards" éticos de la sociedad en su conjunto, puede también extenderse a la protección de los intereses morales y del bienestar de

una fracción concreta de la sociedad, p. ej. los escolares o los jóvenes. Por eso, la "protección de los derechos y libertades de los demás" cuando se entiende como salvaguarda de los intereses morales y del bienestar de determinados sujetos o clase de sujetos que necesitan una especial protección por razones tales como su falta de madurez, incapacidad mental o estado de dependencia, lleva en si misma un aspecto de la "protección de la moral" (162).

VI) La protección de los derechos y libertades de los demás, aparte de conectada con la protección de la moral, ha aparecido como fin legítimo en diversos momentos. Así, la protección de los niños ha servido para justificar una intromisión en la vida familiar (163). En la s. Chappell la defensa de los derechos de autor contra atentados ilícitos se alega en descargo de una intromisión en el domicilio (164). La cláusula casi idéntica del art. 10.2 se adujo en diversas sentencias (165).

a)3.c Necesaria en una sociedad democrática.

En tercer y último requisito que debe reunir una injerencia en el derecho garantizado en el art. 8.1 para no violar el mismo es el de ser "necesaria en una sociedad democrática". Según Cohen-Jonathan esta "necesidad" constituye el corazón del control internacional (166). Este requisito a su vez puede descomponerse en varios elementos que son tratados a continuación.

I. Concepto de necesidad.

El adjetivo "necesaria" en el sentido de los arts. 8.2 y 10.2 no es sinónimo de "indispensable". En este sentido debe compararse la expresión de los arts. 8.2 y 10.2 que sólo dice "necesaria" con la de los arts. 2.2 ("absolutamente necesaria"), 6.1 ("estrictamente necesaria") y 15.1 ("en la estricta medida en que la situación lo exija"). Pero si no equivale a "indispensable" tampoco tienen la flexibilidad de términos como "admisibles", "normales" (art. 4.3), "útiles" (art. 1.1 del Protocolo adicional

nº 1), "razonable" (arts. 5.3 y 6.1) u "oportuno". La noción de "necesidad" en este contexto implica una "necesidad o exigencia social imperiosa" para la intromisión en cuestión (167).

II. Margen de apreciación.

Los arts. 8.2 y 10. reservan a los Estados Contratantes un margen de apreciación para estimar la necesidad de la injerencia. El margen de apreciación se concede tanto al legislador nacional como a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor (168).

Ahora bien, el ámbito del margen de apreciación está determinado por dos factores. En primer lugar, por la naturaleza de los fines invocados (169). Dependiendo del fin alegado el poder nacional de apreciación será mayor o menor. Cuanto menos uniforme sea la comprensión del fin legítimo perseguido, mayor será el poder de apreciación de las autoridades nacionales y menor el control en el nivel general europeo, pues no podría imponerse por el Tribunal europeo una forma de entender el fin si previamente esta noción común europea no existiese. Así sucede con el fin de la protección de la moral que varía en el tiempo y en el espacio en nuestra época. Respecto a este fin los poderes del Estado se encuentran, en principio, en mejor situación que los tribunales internacionales para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias. Las autoridades del Estado, gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de su país, se encuentran en principio en mejor situación que el Juez Internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la "necesidad" de una "restricción" destinada a cubrir tal exigencia (170).

Sin embargo, otros fines como el de la "autoridad e imparcialidad del poder judicial" del art. 10.2 son mucho más objetivos. Respecto de este último existe gran concordancia de puntos de vista entre los

ordenamientos de los Estados miembros. En definitiva, a una libertad de apreciación menos discrecional corresponde un control europeo más extendido (171).

En segundo lugar, el margen de apreciación depende de otro factor, que es el de la naturaleza de las actividades afectadas por la intromisión. Cuanto más íntimo y personal sea el aspecto de la vida privada afectado, mayor gravedad deben tener las razones esgrimidas para legitimar las intromisiones de las autoridades públicas en el derecho protegido por el art. 8.1 (172). Debe indicarse que tal y como está presentado por el T.E.D.H., es teóricamente posible una intromisión en cualquier aspecto de la vida privada, incluso el más íntimo, con tal de que se arguyan unas razones que el Tribunal estime muy graves. Quizás esto suponga un riesgo y debe considerarse que la garantía del derecho exige un límite infranqueable que, al menos teóricamente, el T.E.D.H. parece no ofrecer.

Recientemente, el T.E.D.H. ha declarado que la existencia de este margen de apreciación de que disponen los Estados para juzgar la existencia y la extensión de la necesidad de la injerencia es indispensable también en ciertas materias (como la comercial), en particular en un terreno tan complejo y fluctuante como el de la competencia desleal. De no gozar los Estados de este margen de apreciación, el T.E.D.H. debería examinar de nuevo los hechos y el conjunto de circunstancias del caso. Sin embargo, en esta ocasión el T.E.D.H. ha advertido que debe limitarse a examinar la proporcionalidad de las medidas (173). No obstante, esta afirmación del T.E.D.H. es un tanto contradictoria con su práctica anterior como se verá a continuación.

III. Control europeo.

a') La existencia del margen nacional de apreciación no significa que los Estados tengan un poder ilimitado de apreciación. Lejos de ser así, el margen de apreciación va ligado a la existencia de un control

europeo. En efecto, el Tribunal, junto con la Comisión está encargado de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes (art. 19 del convenio). Por tanto, el Tribunal tiene competencia para decidir por una sentencia definitiva sobre el hecho de si una restricción o sanción se concilia con el derecho en cuestión (art. 8.1 en este caso). Esta supervisión europea afecta tanto a la finalidad de la medida litigiosa, como a su "necesidad" y tanto a la ley en que se basa dicha medida como a la decisión de aplicar tal ley, incluso cuando emane de una jurisdicción independiente (174).

El Tribunal no tiene como tarea sustituir a las jurisdicciones internas competentes, sino enjuiciar desde la perspectiva del art. 8 las decisiones dictadas por tales jurisdicciones en el ejercicio de su poder de apreciación. Sin embargo, su control sería ilusorio si se limitara a examinar aisladamente estas decisiones. Ahora bien, el Tribunal debe contemplarlas a la luz del conjunto del asunto (175). Esto no obstante, ya se vió antes que en su reciente sentencia Markt Intern Verlag, el tribunal defiende una tesis que parece contradecirse con la expuesta en el caso Handyside.

De lo previamente referido no se reduce que el Tribunal deba limitarse a supervisar si el Estado demandado ha usado de este poder de buena fe, con discreción y de forma razonable. Incluso si un Estado actúa de esta forma, queda sometido al control del Tribunal en lo que atañe a la compatibilidad de su comportamiento con las obligaciones asumidas en el Convenio (176).

b') Tras realizarse el control europeo sobre el margen de apreciación nacional para juzgar la existencia y la extensión de la necesidad de la injerencia, el Tribunal debe averiguar si las medidas tomadas en el nivel nacional se justifican en principio y son proporcionadas al fin legítimo que persiguen (177). Debe asegurarse un justo equilibrio de los intereses en juego de suerte que no haya

desproporción entre el medio empleado y el fin legítimo perseguido, pues de darse esta desproporción, aun cuando concorra un fin legítimo, se producirá violación del art. 8 (178).

Para determinar si una medida es proporcionada debe distinguirse según nos encontremos entre la elección de dos principios (o derechos fundamentales recogidos en el Convenio) antagónicos, o ante un principio (derecho a la protección de la vida privada, libertad de expresión) sujeto a numerosas excepciones que deben interpretarse restrictivamente. El primer caso no se ha dado en ninguna sentencia del T.E.D.H. que nos conste. El segundo sí. En este segundo caso, según el Tribunal, no es suficiente comprobar que la injerencia se encuentra entre los tipos de la lista de excepciones del art. 8.2 o del 10.2, sino que el Tribunal debe asegurarse de que la injerencia era necesaria teniendo en cuenta los hechos y circunstancias de la causa específica planteada ante él. Es decir, está llamado a sopesar los intereses en juego caso por caso. Rechaza así el T.E.D.H. el argumento de que, tras sopesarse los intereses en juego en abstracto, debe formularse una regla absoluta para evitar que el derecho sufra un exceso de incertidumbre si se le sopesa en cada caso (179). Quizás no sea atrevido decir que el T.E.D.H. se precipitó rechazando este argumento.

b") Referencia especial a los conflictos entre el art. 8 y el art. 10.

Hubo oportunidad de examinar al analizar el contenido del art. 8 que en éste no se comprende el derecho a la protección de la honra y de la reputación. No obstante, se trata de derechos muy próximos como se advierte implícitamente en la s. Lingens. El T.E.D.H. ha entendido en varias ocasiones de conflictos entre el derecho del art. 10.1 y el derecho a la protección del honor que aparece en el art. 10.2 (ss. Lingens, Barfod, Oberschlick), pero no ha conocido ningún caso de conflicto entre el art. 8 y el art. 10. Ello no impide, sin embargo que puedan extraerse algunas

indicaciones de la jurisprudencia del T.E.D.H. para evaluar cual sería la posición del Tribunal ante un caso así.

En primer lugar, debe advertirse que uno de los límites mencionados en el art. 10.2 es "la protección de los derechos ajenos". La diferencia respecto a los demás límites del art. 10.2 es precisamente que se trata de derechos. Estos derechos pueden ser más o menos importantes, fundamentales o no, pero, en principio, no cabe excluir de esta mención a los demás derechos reconocidos en el Convenio y Protocolos, y en concreto al garantizado por el art. 8.1. Por consiguiente, el derecho a la protección de la vida privada puede ser un límite del derecho a la libertad de expresión distinto del constituido por la "protección de la reputación" y al que incluso se le puede añadir.

En segundo lugar, es preciso observar que los límites a la libertad de expresión pueden contemplarse desde dos perspectivas, a juicio del Tribunal. Por una parte puede verse el conflicto como un principio o derecho fundamental (la libertad de expresión) sujeto a numerosas excepciones que deben interpretarse restrictivamente. Pero, por otra parte puede examinarse el caso como la elección entre dos principios o derechos fundamentales antagónicos (180). Si la libertad de expresión, derecho contenido en el Convenio, puede contemplarse como "principio", nada se opone a considerar que el derecho a la protección de la vida privada, derecho también reconocido en el Convenio, pueda ser asimismo considerado como "principio" pues su existencia no nace de la mera mención genérica del art. 10.2 "protección de los derechos ajenos", sino que su existencia dimana de una mención expresa en el art. 8.1. Y en cuanto ambos son principios, resulta difícil interpretar restrictivamente uno de ellos porque constituye un derecho fundamental y no es susceptible de interpretación restrictiva.

En tercer lugar, se constata que el art. 10.2 dispone de más limitaciones a la libertad de expresión (nueve) de las que dispone el art.

8.2 respecto al derecho a la protección de la vida privada (seis). El hecho de que el Convenio limite menos el derecho del art. 8.1 que el del art. 10.1 pone de relieve la gran fuerza del primero, mayor que la del segundo.

En cuarto lugar, de las ss. Lingens y Oberschlik, se desprende que el derecho a la protección de la vida privada tiene una importancia mayor que el derecho a la protección de la reputación de una persona pública. En las meritadas sentencias se establece que el art. 10.2 permite proteger la fama ajena, es decir, la de todos. El político disfruta también de esta protección, incluso cuando no actúa en el marco de su vida privada, pero en el caso en que actúa en la vida pública (i y sólo en este caso) las exigencias de la protección de la fama deben equilibrarse con los intereses de la libre discusión de las cuestiones políticas (181). El T.E.D.H. subraya la especificidad de las circunstancias del caso Lingens (182), previniendo así contra la fácil tentación de generalizar su doctrina. En consecuencia, de la doctrina de la sentencia Lingens se deduce que sólo cuando el sujeto actúa en la vida pública hay lugar a ponderar el interés de la protección de la fama con el interés de la libre discusión política. Por tanto en el marco de la vida privada se excluye esa ponderación pues el derecho a la protección de la vida privada resulta superior al art. 10.1 y lo limita sin duda alguna. Pero, por si lo anterior no resulta suficiente, la s. Markt intern Verlag, dice expresamente que "incluso la publicación de artículos (periódísticos) verídicos que describan sucesos reales puede estar prohibida en ciertos casos: la obligación de respetar la vida privada de los demás... constituye ejemplo de ello" (183) (subrayado mío). Es decir, ante la vida privada no caben ponderaciones que sirvan de coartada para mermar su protección. La prevalencia es, pues, terminante.

En quinto lugar, hay que poner de relieve que incluso aunque no esté en juego ese "núcleo duro" de la vida privada de mayor importancia que la mera reputación de una persona pública, la protección de la

reputación de una persona pública puede prevalecer sobre la libertad de expresión. Ciertamente la s. Lingens de 8 de julio de 1.986 hace prevalecer ésta sobre aquella, pero no es menos cierto que esta doctrina no ha sido seguida posteriormente en dos importantes sentencias: la Barfod y la Markt intern Verlag. La s. Barfod precisa el problema con gran nitidez. En las declaraciones objeto del litigio el T.E.D.H. cree necesario distinguir entre lo que es una crítica pública y lo que son afirmaciones que afectan a la reputación de las personas (184). En opinión del Tribunal, resultaba perfectamente posible realizar la crítica del sistema judicial de Groenlandia, o de la sentencia desfavorable a los intereses del Sr. Barfod, sin atacar la honorabilidad de las personas acusando de corrupción a los jueces (185). Por ello estima el T.E.D.H. que las declaraciones litigiosas por las que el periodista Barfod fue condenado no eran una crítica, sino una imputación difamatoria y personal contra dos personas susceptible de perjudicar su estima ante el público y lanzadas sin ninguna prueba (186). La s. Barfod es sumamente aclaratoria pues determina de forma contundente que la expresión mediante insultos, injurias o calumnias no puede ampararse bajo la protección de la libertad de expresión, cosa que a menudo se olvida, sobre todo por los que insultan y sus defensores, aunque no exclusivamente. Esto pone de manifiesto que si la protección de la reputación (derecho menos importante que el derecho a la protección de la vida privada) prevalece sobre la libertad de expresión, con más razón aún el derecho del art. 8.1 prevalecerá sobre el derecho del art. 10.1. La s. Markt inter Verlag en un caso de protección de la reputación no de una persona física, sino de una empresa comercial, igualmente otorga prevalencia a aquella sobre la libertad de expresión ejercida por un periodista (187).

Estas dos sentencias (Barfod y Markt intern Verlag), en realidad parece que emplean la categoría del abuso de derecho. Este se halla recogido en el Convenio de Roma, en su art. 17, en los siguientes términos:

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades previstas en el mismo".

Parece claro, a la luz del art. 17 que el art 10.1 no puede ser interpretado en el sentido de que implique para un grupo o un individuo un derecho a dedicarse al insulto que destruye el derecho a la buena fama del art. 10.2, o al fiscoqueo que arrasa el derecho a la protección de la vida privada. Ciertamente, el T.E.D.H. no ha hecho uso de esta cláusula en ninguna de las sentencias dictadas sobre este asunto, pero parece que muchos razonamientos que hace tienen perfecto encuadre en este precepto.

El T.E.D.H., sin embargo, en su reciente s. Oberschlick, vuelve a retomar la doctrina Lingens. No obstante, y pese a las anteriores sentencias Barfod y Markt intern Verlag, que restringían la libertad de expresión e información del art. 10 de forma acorde al espíritu de estos preceptos, la s. Oberschlick se sitúa en el polo opuesto a las dos anteriores sentencias. Ciertamente, no está en juego el art. 8, sino sólo el derecho a la protección de la reputación garantizado en el art. 10.2. Sin embargo, hay afirmaciones que son excesivas. Ya no se trata sólo de discutir si el desencadenante de la condena penal del reclamante es un hecho o un juicio de valor, sino de la afirmación de la libertad de prensa en términos amplísimos que desvirtúan de forma grave el art. 10.2 (188). Hasta tal punto esto es así que el juez Vilhjalmsson se ve obligado a precisar en su opinión disidente de la sentencia que en la base del Convenio figura el ideal de que es preciso proteger al individuo contra el poder del Estado, y también contra el poder de los media. Para este juez, una sociedad democrática digna de ese nombre debe respetar el

derecho a la vida privada y la protección de la reputación y de los derechos de los demás. En su opinión, la aplicación de normas destinadas a preservar esos principios se caracteriza hic et nunc por el poder de los medios "y la posibilidad para el individuo de defender su reputación" (189) (subrayado nuestro). En el fondo de la tesis de Vilhjalmsson, radica la convicción de que los derechos fundamentales son un límite al poder, pero que ese poder amenazante no está ya sólo en el Estado (los tres poderes clásicos), sino también en el cuarto poder (la prensa), siendo el derecho al honor y a la intimidad el límite que frena a este último poder.

En conclusión, puede afirmarse que, incluso a la vista de la s. Oberschlick (dado que esta no limita al art. 8 sino el derecho a la reputación), ante una hipótesis de conflicto entre los derechos garantizados en los art. 8.1 y 10.1 del Convenio, la decisión del T.E.D.H., consistirá en proteger el derecho del art. 8.1 frente a cualquier ataque que se quiera amparar en el derecho del art. 10.1, el cual deberá ceder ante la superioridad de aquél.

b.3 La repercusión de la jurisprudencia del T.E.D.H. en el art. 18

C.E.

A. La interpretación de los derechos fundamentales en la C.E.

El art. 10.2 C.E. constituye una cláusula singular en el panorama del Derecho Constitucional Comparado (190). Este artículo establece un régimen interpretativo especial para los derechos fundamentales que se separa de las reglas que rigen la interpretación del resto de la Constitución. Lo anterior, como afirma Linde (191) plantea la necesidad de establecer las diferencias que puedan existir entre la aplicación directa de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (y, en concreto, el Convenio de Roma), en virtud del art. 96 C.E. y la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales conforme a dichos tratados, según estipula el art. 10.2

C.E. El primer aspecto, por lo que hace al Convenio de Roma, ha sido aclarado por el T.E.D.H. que ha manifestado, respecto al art. 8 en concreto, que tiene carácter de aplicación directa señalando que puede ocurrir, en circunstancias especiales, en que un derecho esté reconocido por el Convenio, pero no por el Derecho nacional, que la invocación expresa del Convenio ante las autoridades nacionales constituya el único medio apropiado para plantear ante las mismas, como prescribe el art. 26 del Convenio, un problema que se eleve luego a los órganos europeo de control (192).

Por lo que hace al segundo aspecto interpretativo, el T.C. lo ha tratado en numerosas resoluciones desde el inicio de su jurisprudencia. Así, se aplica el art. 10.2 para la interpretación de las normas relativas a derechos fundamentales en diversas sentencias a partir de la 5/1.981 (193). Esta disposición se ratifica en múltiples pronunciamientos posteriores como ya se visto. Ahora bien, el art. 10.2 despliega una diferente virtualidad frente al Convenio de Roma respecto a los demás tratados sobre derechos humanos. Como observa Linde (194) de poco sirve en principio el que para interpretar unas normas sobre derechos fundamentales se acuda a otras normas sobre la misma materia que, a su vez están necesitadas de interpretación, máxime por la amplitud de los pronunciamientos de estas normas causada por la necesidad de conseguir la aceptación de las mismas por diferentes Estados. No es ese el caso del Convenio de Roma que presenta la particularidad de que dispone para su aplicación e interpretación de mecanismos de índole político-jurídica (Comisión y Comité de Ministros) y de carácter jurisdiccional (T.E.D.H.). El recurso al Convenio de Roma en virtud del art. 10.2 C.E. ha sido considerado por la doctrina de forma que incluye únicamente la interpretación que el T.E.D.H. haga del Convenio (195). Linde considera acertadamente que la Constitución y el Tribunal Constitucional sólo quedan vinculados, conforme al art. 10.2 C.E., a la interpretación del Convenio hecha por el T.E.D.H. por razón de su

carácter jurisdiccional, mientras que la interpretación del mismo realizada por la Comisión y el Comité de Ministros no tiene carácter vinculante por no ser órganos jurisdiccionales (196). Pero no sólo la doctrina lo ha considerado así, sino también la propia jurisprudencia del T.C. Ya desde sus inicios, el TC admitió, al menos implícitamente, que la utilización del Convenio para los efectos del art. 10.2, debía hacerse sobre el texto del Convenio tal y como era interpretado por el T.E.D.H., salvo que el Estado conforme al art. 64 del Convenio, hubiera formulado alguna reserva al Convenio (197). Pese a alguna vacilación (198), el T.C. ha terminado afirmando que el acudir a la doctrina del T.E.D.H. en la interpretación del Convenio de Roma es una "vía interpretativa impuesta" por el art. 10.2 (199).

De otra parte, el Convenio de Roma tiene un valor tal, a juicio del T.C. que incluso éste ha utilizado como criterio interpretativo un protocolo adicional al Convenio de Roma (el nº 7), que no ha sido ratificado por España (200).

Aunque Delgado Barrio afirme en varias ocasiones que en materia de derechos fundamentales la Constitución opera como norma de mínimos respecto del Convenio (201), creemos que el art. 60 del Convenio de Roma establece justamente lo contrario, esto es, que es el Convenio quien opera como norma de mínimos en el nivel europeo en cuanto a derechos fundamentales, pudiendo otorgar las Constituciones una protección superior a la del Convenio, pero no inferior a la de éste (202). En efecto, el art. 60 del Convenio establece que:

"Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte".

A la misma conclusión llega Linde por vía distinta del examen del art. 60 de Convenio. Para él, siguiendo al autor italiano Conso, la autovinculación de la Constitución española a la interpretación del T.E.D.H. debe entenderse como vinculación a un estándar mínimo susceptible de verse incrementado por la legislación (incluirlamos la Constitución) y la jurisprudencia de nuestros Tribunales (203). Por lo demás, el propio T.E.D.H. afirmó que el mecanismo de salvaguardia instaurado por el Convenio reviste un carácter subsidiario en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos (204), lo cual, si no significa exactamente que el Convenio sea un mínimo de garantía, no esta lejos de esa tesis, que, por lo demás, como se ha dicho, está explícitamente recogida en el art. 60 del Convenio.

Por ello, no puede sino producir sorpresa que el T.C. haya utilizado en varias ocasiones el Convenio como norma de máximos para limitar derechos que sí están recogidos en la Constitución, pero no en el Convenio. Es lo que ha sucedido respecto la interpretación de los arts. 20.1 a) y b) (libertades de información y expresión) en relación al art. 10.1 3ª frase.

Este último dice:

"El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa".

El T.C. ha esgrimido esta cláusula en la Constitución Española para interpretar restrictivamente el art. 20 C.E. y limitar el derecho a la libertad de expresión e información a través de la televisión en las modalidades de televisión local y por cable en los que las posibilidades técnicas son, en principio, ilimitadas.

El T.C. ha señalado que la limitación que establece el art. 25.3 de la Ley 31/1.987 de Ordenación de las Telecomunicaciones que considera

a la televisión por cable como servicio público y, como tal, sometida a un régimen de intervención administrativa previa, es constitucional pues así lo "permite el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (205). Lo cierto es que el art. 60 de dicho Convenio no permite que el art. 10.1 del Convenio pueda interpretarse en el sentido de limitar el derecho a la libertad de expresión o información mediante televisión por cable reconocible en art. 20.1 a) y b) C.E.

En opinión de Linde, el art. 10.2 C.E. tiene dos importantes consecuencias: de una parte, la posibilidad de invocar ante los tribunales españoles la interpretación que sobre el particular se deduzca de las sentencias del T.E.D.H.; y, en segundo lugar, la posibilidad de que se pueda invocar la inconstitucionalidad de las leyes que vulneren interpretaciones en materia de derechos humanos llevadas a cabo por el T.E.D.H. (206). De alguna manera, la tesis de Linde equivaldría a hablar de un "bloque de la constitucionalidad" de los derechos fundamentales por analogía con el art. 28.1 L.O.T.C., formando parte de dicho bloque además de la Constitución los tratados sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, el Convenio de Roma en especial, y la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre el Convenio de Roma. De esta suerte estos elementos del "bloque" serían parámetro de constitucionalidad (Cruz Villalón) para juzgar la constitucionalidad de cualquier ley, norma-objeto del control (Cruz), o medida que afecte a derechos fundamentales (207).

Sin embargo, la jurisprudencia del T.C. desautoriza esta tesis. En efecto, según el T.C., en el caso en que sea de aplicación el art. 10.2 C.E., el tratado sobre derechos fundamentales (o la jurisprudencia del T.E.D.H., añadiríamos) no se convierte per se en medida (parámetro, norma-objeto) de la constitucionalidad de la ley, pues dicha medida está integrada únicamente por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, "si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su

contenido de conformidad con el tratado o acuerdo internacional" (subrayado nuestro) (208). Es decir, el art. 10.2 C.E. no otorga a esos tratados el mismo valor que a la Constitución, no son medida de la constitucionalidad por sí mismos, sino que formula sólo un mandato interpretativo especial de los preceptos constitucionales. Por tanto no puede establecerse una analogía con lo dispuesto en el art. 28.1 L.O.T.C. como hace Linde.

En efecto, el T.C. advierte que si el art. 10.2 convirtiera a esos tratados de que habla en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado Español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la proclamación constitucional de tales derechos, la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección, siendo, como ya se ha dicho, los textos mencionados en el art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales (209).

Si el art. 10.2 C.E. no convierte a los tratados en canon de constitucionalidad para el enjuiciamiento de las leyes o actos de los poderes públicos que afectan a los derechos fundamentales, tampoco el art. 96.1 C.E. según el Tribunal tiene tal virtualidad, pues ese precepto sólo otorga a los tratados la consideración de norma que, dotada de fuerza pasiva, forma parte del ordenamiento interno, si bien como norma infraconstitucional (210).

2. La jurisprudencia del T.E.D.H. y el art. 18 C.E.

Como se desprende de lo anterior, para interpretar el art. 18 C.E. es imprescindible acudir a la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre la misma materia sobre la que recaiga el art. 18 C.E. El Convenio opera como norma de mínimos, de suerte que las exigencias que se deriven de dicho tratado en la interpretación por el T.E.D.H. de este derecho deberán ser cubiertas por el ordenamiento español, pues de lo contrario habría una violación del art. 8 del meritado documento.

Como se ha considerado, el control de constitucionalidad sólo opera a partir del art. 18 C.E. y no desde el art. 8 del Convenio de Roma. Sin embargo, en la medida en que dicho precepto interpretado por el T.E.D.H. incida sobre la materia regulada en el art. 18 C.E. éste deberá ser integrado e interpretado conforme a aquél. Por esta razón, es preciso no olvidar que tal art. 8 no tiene un objeto idéntico que el art. 18 C.E. En primer lugar, el art. 8 no ampara el derecho al honor ni el derecho a la propia imagen protegidos en el art. 18.1 C.E. En segundo lugar, el art. 8 protege la "vida familiar" que es algo más amplio que la "intimidad familiar" del art. 18 C.E., e incluso abarca aspectos que la C.E. recoge en el art. 39, precepto mucho menos reforzado constitucionalmente que el art. 18. En tercer lugar, en la vida privada según el art. 8.1 referido se comprende la integridad psíquica y moral de la persona (211) que en España aparece protegida en el art. 15 C.E. En cuarto lugar, no está claro si el art. 8 comprende en su integridad el derecho a la autodeterminación informativa (212) que en España aparecería recogido en el art. 18.4 C.E.

Lo anterior no empaña el hecho de que muchos aspectos del art. 8 del Convenio coinciden con el objeto del art. 18 C.E. pudiendo resultar aquél extremadamente provechoso para reforzar a éste. Así, pueden destacarse, en primer lugar, las importantísimas contribuciones del T.E.D.H. en orden a disciplinar las escuchas telefónicas, limitando minuciosamente su posibilidad y exigiendo para las mismas unos requisitos legales e institucionales muy estrictos (213) que sin duda

incrementan las garantías por encima de lo recogido en el art. 18.3 C.E. En segundo lugar, la doctrina del T.E.D.H. sobre el derecho a la autodeterminación informativa, englobado en el derecho a la protección de la vida privada, aunque, como se vió, no reconocido íntegramente, presenta aspectos no relacionados directamente con la informática que a primera vista no estarían recogidos en el art. 18.4 C.E.; por lo que puede enriquecer la regulación del art. 18 C.E. al respecto. En tercer lugar, la doctrina del T.E.D.H. ofrece una importante perspectiva del conflicto entre el derecho a la vida privada y el derecho a la libertad del art. 20.4 C.E. en relación con el art. 18 C.E., y que no ha merecido aún en España la atención adecuada.

b.4 Conclusiones.

De todo lo anterior pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1º Queda abierta la posibilidad de aplicar el derecho del art. 8.1 a las personas jurídicas.

2º El contenido de tal precepto es amplísimo. Se puede distinguir una esfera propia (vida privada y familiar, inviolabilidad de comunicaciones y de domicilio, autodeterminación informativa) y una esfera impropia que tiene sólo contactos marginales con la intimidad. El derecho al honor estaría en este segundo grupo.

3º Este derecho se puede configurar de forma negativa, positiva o institucional.

4º Su efectividad se dirige a los poderes políticos y a los particulares.

5º Este derecho tiene unos límites precisos. Prevalece sobre la libertad de expresión e información.

6º A efectos del art. 10.2 C.E. debe invocarse el art. 8.1, siempre que sea posible en la forma en que ha sido interpretado por el T.E.D.H.

7º El art. 8.1 ni como tal ni en la interpretación hecha del mismo por el T.E.D.H. es parámetro de constitucionalidad para enjuiciar las violaciones del art. 18 C.E.

8º El art. 8.1 no puede esgrimirse para reducir la protección ofrecida por el art. 18 C.E.

9º La aplicación del art. 8.1 del Convenio al art. 18 C.E. debe hacerse con prudencia y no mecánicamente pues sus contenidos no son exactamente los mismos.

4. El derecho a la intimidad en la CE

a) Contenido.

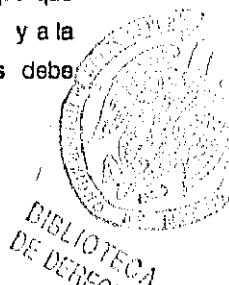
El derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18 CE, plantea grandes problemas respecto a su contenido. La redacción de ese precepto ha suscitado un amplio debate en torno a la cuestión de saber si se protegen uno o varios derechos distintos. Para algunos, todos los miembros recogidos en el art. 18 forman un solo derecho que llamarían "derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen". Para otros, el honor y la propia imagen no formarían parte de la intimidad. Pero aun en este grupo hay quien considera que la inviolabilidad de domicilio y de las comunicaciones forma parte del derecho a la intimidad y quien considera que esos derechos no forman parte de este último. Aquí se pretende examinar esas garantías contenidas para determinar si forman o no parte de la intimidad.

a.1. Derecho a la Intimidad personal.

El derecho a la intimidad personal es el núcleo del art. 18. Su origen ha sido ya examinado y su definición es controvertida. Se puede decir que existen conceptos subjetivos y objetivos de intimidad. Por lo que hace a los primeros, Westin ha formulado una definición de intimidad como la pretensión (de un individuo, grupo o institución) de determinar por sí mismo cuando, cómo y en qué grado puede comunicarse a otros información sobre él (1). Definición no muy alejada de los presupuestos de Warren y Brandeis para quienes la intimidad es "el derecho del individuo de determinar, ordinariamente, en qué medida sus pensamientos, sentimientos y emociones deben ser comunicados a otros" (2), o lo que es lo mismo "decidir si lo que es suyo puede darse al público" (3). Esta definición de intimidad formulada por estos autores norteamericanos es muy coincidente con la consagrada por el TCFA en su famosa sentencia sobre la ley del censo. Para dicho Tribunal, del art 2

G.G. dimana "la facultad del individuo, derivada de la idea de autodeterminación, de decidir básicamente por sí mismo cuando y dentro de que límites procede revelar situaciones referentes a la propia vida" (4). Este conjunto de formulaciones tiene en común la nota de subjetividad y definen a la intimidad como autodeterminación informativa.

Una indagación filosófica como la realizada en la primera parte de este trabajo podría llevar a un concepto objetivo de intimidad. La palabra intimidad proviene del latín intimus que, como hemos visto ya, es el superlativo de interior y significa lo que está más dentro, lo más interior, el fondo. En este sentido, la segunda acepción de "intimidad" que ofrece el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española es "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". Así pues, conforme al tenor literal de la palabra, el derecho a la intimidad sería un derecho a la protección de esa zona espiritual íntima y reservada que tienen las personas o los grupos, especialmente la familia. Sánchez Agesta, en esta línea objetivista, apunta que el objeto del derecho a la intimidad es "una esfera inderogable (subrayado nuestro) de libertad personal en que se desenvuelven la racionalidad y la vida privada de los individuos" (5). De Castro distingue tres zonas en la vida personal en las que el respeto debido a la intimidad personal tiene una fuerza distinta: en primer lugar la zona pública, la que corresponde al campo de actuación de los hombres públicos; en segundo lugar la zona privada que es la relativa a los actos de los hombres no públicos en los que no afecta a su actuación como tal, esto es, su vida familiar, sus relaciones de amistad, etc.; y en tercer lugar la esfera secreta o confidencial que será la que normalmente se quiere ocultar a la curiosidad ajena. Según Serrano el ámbito de la esfera privada es relativo, el mínimo protegible ha de ser fijado por la ley, considerando que, a partir de ese mínimo, existe un amplio campo que sólo los tribunales podrían valorar, atendiendo a los usos sociales y a la situación de las personas afectadas (6). No obstante, quizás debe



observarse a lo anterior que el mínimo de protección no ha de ser fijado por la ley, sino por la Constitución, y sobre todo mediante la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Constitucional, pudiendo en este sentido la investigación etimológica ofrecer un punto de partida seguro para el estudio y determinación del concepto objetivo del derecho a la intimidad.

Cabría un tercer concepto de intimidad, de predicamento en Estados Unidos en los últimos tiempos, conforme al cual ésta consiste en la inmunidad para ejecutar decisiones personales (7). Este concepto no nos parece enteramente satisfactorio. En efecto, si imaginamos el caso en que un adulto realiza prácticas sádicas sobre otra persona sin que conste el consentimiento de ésta, o corrompa menores, conforme a sus íntimas inclinaciones, parece que la alegación del derecho a la intimidad no puede justificar la ejecución de decisiones que trascienden al sujeto repercutiendo en otros. Aún en el supuesto de que esa realización de íntimos deseos se realice en el domicilio, parece que no es aceptable sostener que tales actos encuentren cobertura en un derecho a la intimidad.

En principio, teóricamente pueden darse supuestos en que ciertos aspectos no sean objetivamente íntimos, pero sólo lo sean subjetivamente y viceversa. Sea como fuera, lo cierto es que existe al menos una cierta intuición general acerca del contenido del derecho a la intimidad personal.

El TC ha señalado que este derecho a la intimidad personal aparece estrictamente vinculado a la propia personalidad, derivado sin duda de la "dignidad de la persona", reconocida en el art. 10.1 C.E. El TC, de un lado, ha definido en algunas ocasiones a la intimidad en una línea objetiva como el "ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren", reducto que "no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas" (8). Para el TC, este derecho

implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana" (9). Pero, de otro lado, ha matizado que ese ámbito de la vida privada personal y familiar debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado (10), con lo que de algún modo se introduce un concepto subjetivo de intimidad, al depender del sujeto la determinación de esa esfera.

Ahora bien, cabe plantearse: ¿en qué consiste ese ámbito? El TC en algunas resoluciones ha delimitado esa esfera. Así, en concreto ha advertido que uno de los componentes de ese ámbito es la intimidad corporal o pudor. De este modo, se garantiza la intimidad personal (art. 18.1) de la que forma parte la intimidad corporal, de principio inmune, en las relaciones jurídico-públicas frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona, cuyo sentimiento de pudor queda así protegido por el ordenamiento, en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad. Ahora bien, el T.C. matiza que "el ámbito de la intimidad corporal constitucionalmente protegido no es coextenso con el de la realidad física del cuerpo humano, porque no es una entidad física, sino cultural, y determinada, en consecuencia, por el criterio dominante en nuestra cultura, sobre el recato corporal, de tal modo que no pueden entenderse como intromisiones forzosas en la intimidad aquellas actuaciones que, por las partes del cuerpo humano sobre las que se operan o por los instrumentos mediante los que se realizan, no constituyen, según un sano criterio, violación del pudor o recato de la persona (11). Se trata de un ámbito brumoso, difícil o imposible de perfilar nítidamente. No sería de utilidad para definir este ámbito, recurrir a la noción de "datos sensibles" utilizada en relación a la protección de datos frente a la informática, pues algunos de ellos (origen racial) pueden ser

evidentes para los sentidos con lo que tendrían más difícil encuadre en dicho ámbito.

El TC ha manifestado que la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, si bien el Derecho protege a la intimidad misma, y no las acciones privadas e íntimas de los hombres. La intimidad es un ámbito dinámico que puede verse reducido debido a una pena de privación de libertad, quedando expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas o íntimas (12).

El auxilio al art. 8 en la jurisprudencia del T.E.D.H. también permite afirmar que la vida sexual formaría parte de ese contenido (13). Sería discutible, sin embargo, sostener que la integridad psíquica y moral forma parte de la esfera del derecho a la intimidad aunque así se considere en el sistema europeo de protección de los derechos humanos (14). Ciertamente, el art. 15 C.E. habla de integridad física y no psíquica pero parece que esta última sería englobable en la integridad moral, también protegida por el art. 15 C.E. Álvarez Conde, no obstante, considera que los derechos del art. 18.1 C.E. deben ser considerados como una manifestación concreta del derecho a la integridad moral del art. 15 C.E. (15).

a.2 Derecho a la Intimidad familiar.

El art. 18.1 habla también de "intimidad familiar". Ya se vió la definición que ofrece la Real Academia de intimidad como "zona espiritual íntima y reservada de una familia". Westin ha investigado acerca de la presencia de la intimidad como fenómeno ya desde las sociedades primitivas (16). En su opinión, un sistema democrático liberal mantiene un fuerte compromiso con la familia como unidad básica y autónoma responsable de importantes tareas educativas, religiosas y

morales. Por esta razón, se formulan exigencias de intimidad física y legal de la familia frente a la sociedad y al Estado (17).

La doctrina ha discutido acerca de la sustancia del derecho a la intimidad familiar. A este respecto se han formulado diversas teorías. La primera que podría llamarse "organicista" entiende el derecho a la intimidad familiar como el derecho a la intimidad de las personas en cuanto miembros de una familia y no en cuanto personas en sí o individuales.

Por ello, no existen actos que en sí mismos sean protegibles en virtud de la intimidad familiar, sino que dichos actos caerán bajo ese concepto en tanto en cuanto se produzcan en una familia. Podría pensarse que ésta es la posición sostenida en los convenios internacionales sobre derechos humanos al distinguir vida privada y familiar. Esta posición parece ser seguida por Vidal (18). Este autor cree asimismo que este tratamiento favorece, a la par que acepta, la configuración de la familia como institución. De hecho, este autor no va muy desencaminado pues los textos internacionales que parecen reflejar dicha teoría, también conciben a la familia como institución (19).

Según Vidal el derecho a la intimidad familiar así concebido abarcaría la salvaguarda de los vínculos familiares, el patrimonio moral o espíritu de familia (como fotografía de un familiar en el lecho de muerte), el asiento físico de la familia (sería la inviolabilidad del domicilio familiar) o los actos enmarcados en las relaciones familiares (vida familiar)

Una variante de estas teorías sería la teoría de la "privacidad" familiar que parece reflejarse en Lacruz (20). La intimidad familiar se identificaría no por el contexto en que se producen unas determinadas situaciones o relaciones sino por el carácter de esas mismas relaciones o situaciones en sí mismas. Es decir hay actos que por sí mismos entrarán en la esfera de protección del derecho a la intimidad familiar. Esta teoría facilitará la solución de aquellos supuestos en que existe la llamada

"familia de hecho". Esta teoría encajaría con la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre la "vida familiar" a que alude el art. 8.1 T.E.D.H. (21).

La segunda teoría sería la basada en la legitimación procesal. La intimidad familiar se resolvería, en definitiva, en la existencia de una legitimación, otorgada a su arbitrio por la ley para defender ese derecho, a los miembros de una familia. Esta teoría podría apoyarse en el art. 4 de la L.O. 1/82. que afirma que el ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento (art. 4.1), si bien no existiendo tal designación o falleciendo la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento (art. 4.2). A falta de todos ellos, incluso puede actuar el Fiscal (art. 4.2).

Aunque se trata de un derecho personalísimo, la ley reconoce legitimación a sus familiares pues, como afirma la exposición de motivos, si bien "la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de dicha personalidad, por lo que debe también ser tutelada". Se puede pensar que, además de esto, ese derecho tiene una repercusión "familiar" y de ahí la legitimación a los parientes.

No obstante, cabría objetar que también se reconoce legitimidad a personas distintas de los familiares en determinadas circunstancias (art. 4.1 y 4.3), por lo que podría deducirse que esta teoría es la más frágil de todas.

Lo que se puede decir es que lo más seguro es no excluir ninguno de los tres criterios expuestos para determinar el contenido de la intimidad familiar, tratando de combinarlos prudentemente.

Como sucede con el derecho a la intimidad personal, el que afecta a la intimidad familiar, según el TC, está estrictamente vinculado a la propia personalidad, se deriva de la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.) e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana. De hecho, el TC habla de un "derecho a la intimidad" único que concierne a la intimidad personal y familiar. Aquí se estudia separadamente por razones analíticas, pero en la jurisprudencia del Alto Tribunal sólo forma un derecho (22).

Según el TC, el derecho a la intimidad se extiende, no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que por la relación o vínculo existente con ellos, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 C.E. protegen. Ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión, incide directamente en la propia esfera de la personalidad. Por ello existe un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad constitucionalmente protegido, a la intimidad familiar (23).

En la determinación de la intimidad familiar conviene precaverse ante una transposición automática de la "vida familiar" del art. 8.1 T.E.D.H. (sobre todo en su interpretación por el T.E.D.H.) a la "intimidad familiar" del art. 18.1 C.E, que ha sido propuesta en alguna ocasión (24). Como se vió, la "vida familiar" ha sido interpretada por el T.E.D.H. de modo amplísimo (incluyendo los derechos sucesorios) de suerte que debe matizarse su valor interpretativo respecto a la "intimidad familiar".

a.3 Inviolabilidad de domicilio.

La defensa de la intimidad domiciliaria se encuentra ya, según Westin, en determinados pueblos primitivos que establecen reglas limitando el libre acceso de los no residentes en la casa propia, así como pautas que rigen la conducta del extraño una vez que entre en la misma. Se trata de restringir el flujo de información sobre uno mismo en el ámbito domiciliario, mediante mecanismos ya psicológicos, ya físicos, ya legales (25).

La inviolabilidad de domicilio se protege en el art. 18.2, en el mismo artículo en el que se garantiza el derecho a la intimidad, lo que parece indicar la conexión de la inviolabilidad de domicilio con este derecho. Sin embargo las cosas no siempre han estado claras. En la doctrina, en el Derecho Constitucional Histórico español, y en el Derecho Comparado pueden advertirse dos líneas básicas en orden a encuadrar la inviolabilidad de domicilio. De un lado, se considera que es una manifestación del derecho a la seguridad personal. De otro, que es una manifestación de la protección de la intimidad.

La tesis que conecta la inviolabilidad de domicilio con la seguridad personal tiene acogida por un buen número de autores españoles antiguos -Bernaldo de Quirós (26), Castillo Alonso (27), Baudín (28)- y recientes -Carro (29)-, o extranjeros (30). Lo mismo ocurre en ciertos textos constitucionales históricos españoles en los que la seguridad personal y la inviolabilidad de domicilio se recogen en el mismo precepto (31). En los textos anteriores al de 1.837 y en los posteriores (desde 1.869 en adelante), la inviolabilidad de domicilio y la seguridad personal aparecen asegurados en preceptos distintos, si bien suelen ser correlativos. Esto puede ayudar a entender la postura de ciertos autores como Santamaría de Paredes que considera los derechos a la inviolabilidad de domicilio y a la seguridad personal como dimanantes ambos de lo que él llama "derecho de la personalidad" mientras que la libertad de comunicaciones y la libertad de conciencia derivan de lo que

él llama el derecho de libertad (32). Idéntica postura se advierte en bastantes Constituciones extranjeras, sobre todo en las influenciadas por la estadounidense (33).

Frente a esta tesis, se opone la que defiende la vinculación de la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad, que defienden autores españoles -Santamaría de Paredes (34), Ruiz del Castillo (35), Sánchez Agesta (36), Alzaga (37), Torres del Moral (38) y Alvarez Conde (39) y extranjeros -De Cupis (40), Stein (41). Esta tesis recogida en la Constitución española, se admite también en otras Constituciones extranjeras (42).

Una postura intermedia es la que sostienen autores como Burdeau (43) en Francia y en España Lucas Verdú (44) y Serrano Alberca (45) para quienes la inviolabilidad de domicilio se fundamenta tanto en la seguridad personal como en la intimidad.

El Tribunal Constitucional español salvo alguna resolución divergente (46) mantiene una postura firme en la consideración de la inviolabilidad de domicilio como manifestación del derecho a la intimidad. Para el TC, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por eso, existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de intimidad (art. 18.1) (47). Según el máximo intérprete de la Constitución, la inviolabilidad de domicilio (como la de correspondencia) es una libertad tradicional que tiene como finalidad el respeto a un ámbito de la vida personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado (48). El art. 18.2 protege el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino

también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella (49).

Sólo en tres supuestos taxativos procede la entrada o registro del domicilio: existencia de consentimiento del titular, presencia de flagrante delito y resolución judicial. Esta última aparece como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no (como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución) a reparar su violación cuando se produce (50). Bien pudiera decirse que la inviolabilidad de domicilio supone una presunción formal juris et de iure de que la entrada en él viola la intimidad, de ahí que no sea criterio para evaluar la vulneración de esta garantía el examinar si hubo realmente lesión material de la intimidad. Es, por tanto, una garantía formal y preventiva de la intimidad.

a.4 Secreto de las comunicaciones.

El art. 18.3 consagra el secreto de las comunicaciones, en el mismo artículo en que se encuadran el derecho a la intimidad y el derecho a la inviolabilidad de domicilio. Ello parece dar a entender, a primera vista, una conexión del art. 18.3 con el 18.1. No obstante, la configuración del secreto de las comunicaciones como manifestación del derecho a la intimidad no ha sido la única posibilidad planteada por la doctrina de configurar este derecho, también contemplado bajo la forma de inviolabilidad de las comunicaciones.

Una primera tesis afirma la fundamentación de la inviolabilidad de las comunicaciones en la seguridad personal. Esta tesis aparece defendida por autores como André Hauriou (51) o Carro (52). Hasta cierto punto encuentra apoyo en las mismas constituciones que aproximan la inviolabilidad de domicilio a la seguridad personal. El paralelismo que se establece entre la inviolabilidad de correspondencia y la de domicilio entroncando ambas en el derecho de seguridad personal quizás se explique por ciertos antecedentes constitucionales españoles.

El artículo 8 de la Constitución de 1.869 dice que "Todo auto de prisión, de registro de morada o de detención de correspondencia ... será motivado ..."; si bien en esa misma Constitución se garantizan en tres preceptos distintos (art. 4: seguridad personal; art. 5: inviolabilidad de domicilio y art. 7: inviolabilidad de correspondencia) dichos derechos, cuestión sobre la que se trató más arriba. Ese artículo se reproduce íntegramente en el art. 10 del Proyecto de Constitución federal de la República Española de 1873, y aparece con un tenor parecido en el artículo 8 de la Constitución de 1.876. Esta comprensión en un mismo artículo del modo en que se debe dictar la resolución judicial que afecte a esos tres derechos es la que ha podido dar pie a esa interpretación, si bien puede considerarse también que ese precepto tiene una finalidad de economía constitucional evitando repeticiones de palabras.

La segunda tesis que se ha planteado, defendida por el belga Orban, considera que la inviolabilidad de la correspondencia es corolario de la libertad de opinión y de la de expresión (43). Sin embargo, como dice acertadamente Serrano Alberca, la inviolabilidad de las comunicaciones protege una comunicación de naturaleza privada entre personas sea cual sea el medio empleado para estas comunicaciones, mientras que el derecho de libre emisión del pensamiento tiene una finalidad y un carácter público y social (54).

Finalmente se ha enraizado este tipo de inviolabilidad en el derecho a la intimidad. Así lo hacen, Italia (55), De Cupis (56), Stein (57) en el extranjero, o Castillo (58), Alzaga (59), Serrano (60) y Sánchez Agesta (61), Torres del Moral (62) y Alvarez Conde (63) en España.

Una tesis intermedia, es la propuesta por Burdeau (64) y Lucas Verdú (65) que fundamentan la inviolabilidad de las comunicaciones tanto en la seguridad como en la intimidad.

La tesis que conecta esta institución con la intimidad, aparte de en la española, esta recogida en diversas Constituciones extranjeras (66) y en la Declaración internacional de derechos humanos.

Debe advertirse con Italia que la expresión "inviolabilidad" de las comunicaciones, alude a dos contenidos diversos: la libertad de las comunicaciones y el secreto de las comunicaciones, por más que la violación de esa inviolabilidad se refiera en la gran mayoría de los casos a la lesión del secreto (67). El secreto parece que tiene una conexión con la intimidad mucho mayor que el que presenta la libertad de las comunicaciones (68). Pudiera decirse que la Constitución, al recoger sólo el secreto de las comunicaciones omitiendo la libertad de las mismas en el art. 18.3, no hace sino subrayar la conexión de ese secreto con la intimidad, considerando, quizás, que esa libertad está ya amparada en el art. 17.1.

Para considerar la cuestión en nuestra Constitución, parece oportuno, previamente, acudir al art. 10.2. Como ya se vió los grandes documentos internacionales sobre derechos fundamentales conectan el secreto de las comunicaciones con la intimidad, por lo que aquella sería una manifestación de ésta (69). La jurisprudencia del T.E.D.H. es inequívoca a este respecto, afirmando la conexión indicada en numerosísimas resoluciones (70).

A la vista de lo anterior, no puede extrañar que la jurisprudencia constitucional haya declarado esa conexión. En este sentido, se afirma que la inviolabilidad de la correspondencia es una libertad tradicional cuya idea originaria es el respeto a la vida privada (71). Algún autor apoyándose en la S.T.C. 114/1984 (72) ha considerado que en el art. 18.3 no se protege la intimidad, sino la libertad de las comunicaciones (73). Según la S.T.C. 114/1984, a través de la imposición a todos del "secreto" se protege la libertad de las comunicaciones. Para el TC, el "secreto" del art. 18.3 tiene un carácter "formal" a diferencia del exigible ex art. 18.1 que

es de tipo "material". En efecto, según el art. 18.3, se presume formalmente iuris et de iure que todo lo comunicado es "secreto" (74) independientemente de cual sea el auténtico contenido material de lo comunicado. Ese deber de no violar el secreto pasa sobre todos los terceros. Sin embargo, ex art. 18.1, podría derivarse un posible "deber de reserva" para los comunicantes (no para los terceros) de contenido material, en razón de cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (75). De aquí deduce Jiménez Campo algo que no está claramente dicho en la sentencia citada, esto es, que el art. 18.3 no protege la intimidad, sino la "indispensable seguridad en el ámbito de libertad garantizado" que es "el proceso de comunicación" y no, por sí sólo, "el mensaje". El corolario es que la protección no se extiende hasta la hipótesis de divulgación, por su destinatario, del contenido de la comunicación (75) que es la conclusión a la que también llega la S.T.C. 114/1984.

Ahora bien, deben hacerse algunas precisiones. En primer lugar, por lo que hace a la conclusión de la sentencia citada, que no prohíbe a las interlocutores la divulgación de lo comunicado, es preciso señalar que no es una solución pacífica en las legislaciones que recogen el secreto de las comunicaciones. Concretamente, el Código penal suizo castiga la grabación de la comunicación sin el consentimiento de los demás interlocutores (77). En segundo lugar, el T.E.D.H. se pronunció sobre un caso parecido al tratado en la sentencia que ahora estudiamos, y, si bien dejó clara la conexión entre la intimidad y el secreto de las comunicaciones, rehuyó el problema planteado (78). En tercer lugar, debe señalarse que como afirma la sentencia (parece que siguiendo la tesis de Italia) el art. 18.3, que garantiza el secreto de las comunicaciones, es una presunción iuris et de iure de que todo lo comunicado es "secreto" o "íntimo" (79), de suerte que el secreto aparece como una manifestación especial de la protección de la intimidad que añade un plus a la que ordinariamente disfruta. Así, los terceros, incurren en ilicitud con su mera injerencia (80). En cuarto lugar, finalmente, debe

advertirse que los art. 18.1 y 18.3 protegen un objeto similar: el control por el sujeto de la información que emite (autodeterminación informativa). Se presupone que el comunicante informa a su interlocutor de aquello que él quiere informarle y en las condiciones que él quiere hacerlo. De ahí que, por ejemplo, si supiera que su interlocutor está grabando la conversación podría no haber dado esa información. El comunicante debe controlar su emisión. Frente al interlocutor "consentido" opera el art. 18.1: el emisor revela libremente lo que quiere, y si quiere guardar su intimidad lo hace. Frente a los terceros "no consentidos" opera el art. 18.3: se cierra el manto del secreto sobre toda información obtenida sin el consentimiento del informante o viciando ese consentimiento. En definitiva, el secreto de las comunicaciones constituye una defensa preventiva frente a todo posible ataque a la intimidad.

a.5 Derecho a la autodeterminación informativa.

Como ya se ha observado anteriormente, el derecho a la autodeterminación informativa tuvo su consagración en la famosa sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 15 de diciembre de 1.983 ya referida. Como tal categoría, se ha intentado por Lucas Murillo trasladarla a España con base en el art. 18.4 CE. Este autor considera que el derecho a la intimidad normalmente implica el poder jurídico de rechazar intromisiones ilegítimas en la esfera protegida y, correlativamente, determinar libremente y dentro de ella la propia conducta. Es un típico derecho de defensa. A su juicio, sin embargo, la técnica de la protección de datos es más complicada. De un lado, combina poderes del individuo frente a terceros (limitaciones, prohibiciones) con diversas garantías instrumentales. De otro lado, los datos que se protegen no tienen por qué ser íntimos, basta con que sean personales, aun cuando parezcan inocuos. De aquí que el ámbito de esta protección sea más amplio que el propio derecho a la intimidad (81).

Sobre estas premisas, Lucas Murillo afirma que en orden a proteger los datos personales frente a la informática, conviene abandonar la referencia de la intimidad y enunciar un nuevo derecho -el derecho a la autodeterminación informativa- que tendría como objeto preservar la información individual (íntima y no íntima) frente a su utilización incontrolada arrancando, precisamente, donde termina el entendimiento convencional del derecho a la vida privada (82). Estas diferencias explicarían que ciertos autores adjetiven la intimidad, distinguiendo la intimidad "física" o clásica (libertad frente a toda intromisión sobre uno mismo, su casa, familia o relaciones) de la intimidad "informativa" (derecho a determinar cómo y en qué medida se puede comunicar a otros información sobre uno mismo) (83).

Siendo lo apuntado cierto, debe recordarse que ciertas conceptualizaciones doctrinales de la intimidad -desde la inicial de Warren y Brandeis (84) hasta la más reciente de Westin (85)- definen ésta como autodeterminación informativa, aplicando esta categoría a las manifestaciones "clásicas" de la intimidad (inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones). Desde esta perspectiva el derecho a la autodeterminación informativa no sería tanto un nuevo derecho que comienza allí donde termina el derecho a la intimidad, cuanto el mismo derecho a la intimidad. Esta última solución, por otra parte, parece ser acogida, al menos parcialmente, por el T.E.D.H. que vincula el derecho a la protección de la vida privada con determinados aspectos del derecho a la autodeterminación informativa o a la protección frente al manejo de datos personales por la informática (86). Algún autor español como Alzaga (87) afirma que el art. 18.4 es "un simple corolario" del art. 18.1 que resulta "innecesario", pues, de lo contrario, el art. 18.4 resultaría incompleto pues habría que haber sumado las limitaciones imponibles a las publicaciones escritas, a quienes hacen fotografías o ruedan películas cinematográficas o quienes toman grabaciones sonoras. Por lo demás, el

propio Lucas Murillo reconoce la filiación del derecho a la autodeterminación informativa del derecho a la intimidad.

Aquí se va a considerar a este derecho como una manifestación del derecho a la intimidad que, como ocurre con las otras tiene sus propias peculiaridades. En todo caso, esta conexión facilita muchos problemas que plantea el ejercicio de la protección de datos frente al uso de la informática, como, por ejemplo, la posibilidad del recurso de amparo.

Sólo en una ocasión se ha pronunciado el TC sobre este asunto. En esa ocasión, manifestó que en nada atenta, en principio, a la intimidad personal, el que los datos que deben suministrarse a la Hacienda Pública se ofrezcan a través de medios informatizados, ya que sólo su uso más allá de lo legalmente autorizado podría constituir un grave atentado a los derechos fundamentales de las personas, lo que, caso de producirse, podría ser objeto de la correspondiente demanda de amparo (88). El pronunciamiento es escueto, pero no por ello exento de crítica. En efecto, parece excesivamente restrictivo hablar del uso "legalmente autorizado" como criterio de medida de las violaciones del art. 18.4, pues en tanto esa ley no se dicte la protección no existiría. Sería más correcto hablar de uso "constitucionalmente autorizado", lo que permitiría el adecuado amparo de este derecho. Por otra parte, pese a la parquedad de las palabras, parece que el TC no identifica el art. 18.4 con el art. 18.1, aunque tampoco lo considera un derecho fundamental autónomo, nuevo. En cualquier caso, se trata sólo de un auto, por lo que la cuestión sigue abierta.

a.6 Secreto profesional.

Dice Westin que la intimidad como garantía de una comunicación limitada y protegida exige el deber del secreto profesional. El individuo a

menudo busca un consejo profesionalmente objetivo de personas cuyo status en la sociedad asegura que no usarán en su perjuicio esos datos que él proporciona. Para proteger esta forma de comunicación limitada, los profesionales receptores de la información, gozan de privilegios legales frente a un desvelamiento forzado de dichos datos. La protección dada en las sociedades democráticas a la confesión religiosa es conocida, pero la necesidad de confesarse es tan general que incluso quienes no tienen un compromiso religioso han institucionalizado su sustitutivo en los servicios de asesorías o psiquiatrías (89). El secreto profesional afecta a los individuos particularmente destinados, por una razón de necesidad, a recibir secretos: su carácter profesional conlleva la necesidad de confiarles los secretos. Esa necesidad determina una exigencia de particular defensa, con el resultado de que los destinados necesariamente a recibir secretos tienen la obligación particular (especialmente sancionada) de conservarlo. Pero, de otro lado, advierte de Cupis, el sujeto que deposita su secreto en el profesional tiene un derecho subjetivo al secreto profesional, a que el profesional guarde secreto, pues de no hacerlo puede dirigir una acción civil de resarcimiento de daños contra él, además de una acción penal (90). Este derecho subjetivo sólo podría estar fundado en el derecho a la intimidad.

En España, Fernández-Miranda considera que el secreto profesional es un deber jurídico del profesional y no contempla la posibilidad planteada por De Cupis, de que también sea un derecho subjetivo del individuo que proporciona la información al profesional. Para Fernández-Miranda el secreto profesional (excluido el de los periodistas), se configura como un deber jurídico que opera como un límite a la libertad de expresión y de información, que se funda en la doble consideración de garantizar el derecho a la intimidad y de defender institucionalmente una profesión de interés social que descansa sobre el vínculo de confianza. Debe tratarse de un lado, de un secreto conocido por causa de las relaciones de confianza profesional, y, de otro, de un

secreto, esto es, de algo no conocido o de conocimiento limitado y concreto sobre cuya ocultación haya un interés serio (91). Sin embargo, Michavila sí considera el secreto profesional bajo la doble perspectiva de derecho (del particular) deber y derecho (del profesional), subrayando que es una manifestación más concreta del más amplio derecho a la intimidad personal y familiar (92).

En la Constitución Española -aparte del secreto profesional de los informadores recogido en el art. 20.1 d) CE de distinto cariz (93)- se reconoce el secreto profesional en el art. 24.2 párrafo segundo, donde se estipula que "la ley regulará los casos que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Este secreto profesional parece que sólo puede fundarse en el derecho a la intimidad, como se ha visto.

La jurisprudencia constitucional ha tratado en diversos lugares del secreto profesional. Sólo tardíamente el TC ha reconocido que el secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidos que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad, garantizado en el art. 18.1 en su doble dimensión personal y familiar. En tales casos, la observancia del secreto profesional puede ser garantía para la intimidad, y el respeto de ésta puede constituir una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que con éste proteja, no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional -que por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela-, sino que se preserve también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 CE garantiza. Esto adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico habida cuenta de la particularidad de la relación entre el médico y el paciente, basada firmemente en la confidencialidad y la discreción, y de los diversos datos

relativos a aspectos íntimos de la persona que con ocasión de esa relación suelen facilitarse (94). En un momento anterior, el TC parecía distinguir entre el secreto profesional reconocido en el art. 24.2 y el secreto bancario que no era considerado como secreto profesional, pero cuyo fundamento se situaba en el derecho a la intimidad (95). Ciertamente, resultaba absurda esa diferenciación, que parece superada en el ATC 600/1989.

No obstante lo anterior, no parece que la jurisprudencia reconozca ni al profesional ni al cliente un derecho subjetivo al secreto profesional. En este sentido, el TC considera que cuando un profesional, contratado por un centro determinado es obligado entregar documentos conteniendo datos íntimos a él revelados, a otro profesional o a una institución o centro, no se lesiona el deber de secreto profesional ni se viola el derecho a la intimidad del cliente. La violación del derecho sólo se producirá, según el TC, a raíz del uso que de la información recibida haga el receptor de esa documentación (96). Esta doctrina del TC, no nos parece compartible, en la medida en que la intimidad se lesiona por su mero y simple desvelamiento, independientemente del uso que después se haga de esos datos que se conocen por la revelación. En este sentido, debe decirse que el derecho a la intimidad en su manifestación como secreto profesional ha sido claramente desconocido, por el T.C.

Por lo demás, el art. 61 de la ley 14/1986 de 25 de abril reconoce el derecho del enfermo a su intimidad, y el deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Ello no ha obstado para que el Tribunal Supremo haya declarado válidas determinadas disposiciones que lesionan claramente el derecho a la intimidad y el deber del secreto profesional (97).

a.7 Secreto documental.

El secreto documental se aprecia en aquellos supuestos en que algo íntimo referente a la esfera jurídica de la persona se halla inherente a

algún documento (98). El secreto documental se puede solapar con el secreto de las comunicaciones o con la inviolabilidad de domicilio. En el primer caso, la tutela del secreto de la correspondencia absorbería la protección del secreto documental (99), pero el documento puede no ser un medio de correspondencia, en cuyo caso, es tutelable per se (100). En el segundo caso, parece que su protección queda absorbida por la inviolabilidad de domicilio. Pudiera plantearse el problema de qué ocurre cuando en un registro judicial domiciliario se obtiene, inesperadamente, conocimiento de un documento no relacionado con la indagación judicial autorizada por el auto. Parece que podrían ser aplicadas las reglas que rigen a ese respecto los registros judiciales de las comunicaciones y, por ende, no podrían ser considerados como pruebas lícitamente obtenidas (101).

El documento puede ser algo propiamente íntimo de la persona: diario personal, documentos que contienen recuerdos, meditaciones, reflexiones (propias o ajenas); o puede contener secretos dirigidos a otro para su conocimiento particular, inmediato o diferido sin constituir correspondencia (102). Se trata aquí de proteger el secreto de las relaciones jurídicas documentales de la persona. Tales relaciones, y los hechos a los que corresponden, pueden revestir tal importancia para la persona, que conlleven una particular exigencia de secreto, que se llama "documental" habida cuenta de la cosa que representa esos hechos y tales relaciones (103).

La jurisprudencia constitucional no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el secreto documental, pero parece que puede afirmarse que se fundamenta directamente en el derecho a la intimidad, reconocido en el art. 18.1 CE.

a. 8. Libertad de conciencia.

Como se ha podido ver en la primera parte de este trabajo, el nacimiento del derecho a la intimidad aparece próximo a la libertad de

conciencia. La conexión entre derecho a la intimidad y libertad de conciencia ha sido captada por numerosos autores, pero la confusión en torno a ese último concepto ha provocado cierto distanciamiento entre ambos institutos.

La libertad de conciencia también se halla cercana a la libertad religiosa llegándose a confundir con ella. No obstante, ya Montesquieu apreciaba la distinción entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa, y sostenía que en los casos en que las acciones ocultas turbaban la tranquilidad o la seguridad del Estado, la justicia humana era competente, pero cuando las acciones que ofenden a la divinidad no son públicas, no hay delito: son cosas que pasan entre el hombre y Dios. Si el magistrado confundiendo las cosas buscase también el sacrilegio oculto ejercería una inquisición sobre un tipo de acción sobre la que no es necesario inquirir, destruyendo así la libertad de los ciudadanos (104). En los tiempos en que no había libertad religiosa, pero sí se daba valor a la libertad de conciencia, las palabras de Montesquieu cobraban todo su sentido.

Tanto Santamaría de Paredes (105) como Castillo (106) conectan la libertad de conciencia y la inviolabilidad de domicilio lo que trasluce una idea común a ambos derechos. En la misma dirección se orientan Schmitt (107) y Sánchez Agesta (108), otros como Serrano Alberca no mencionan esta conexión.

La Constitución de 1.978 no menciona expresamente la libertad de conciencia, la cual se suele entender comprendida en la libertad ideológica, religiosa y de culto del artículo 16. Ahora bien, esta libertad de que habla el art. 16.1 no es exactamente la libertad de conciencia. Por una parte, hay algún sector como la libertad filosófica (no necesariamente de cátedra) que no es propiamente ni ideológica (al menos tal y como se entiende la ideología en la teoría del conocimiento desde Marx y Mannheim), ni religiosa, ni de culto, pero que debe entenderse protegida.

Por otra, la libertad de cultos tiene una dimensión social e incluso política que no es propia de la libertad de conciencia de carácter personal (109). Sánchez Agesta cree que la libertad de conciencia aparece declarada con la libertad religiosa en el art. 16, aunque matiza que la primera tiene un ámbito menor que la segunda y sólo corresponde a la "intimidad" la primera, que se encuadraría en el art. 16.2 CE que establece que "nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias". La libertad religiosa como tal supone ya una exteriorización de esa creencia libremente formada lo que supone salir de una esfera de la libertad de conciencia para pasar a otra esfera jurídica que implica ya una imbricación con otros derechos fundamentales como los derechos de reunión y asociación, de un carácter social que rebasa la pura libertad de conciencia. En su opinión, en cuanto derecho de la intimidad, no se le puede conceder un valor absoluto que prohíba cualquier pregunta sobre creencias religiosas o ideológicas (E); art. 27.3 y 30.2 CE). Por ello, debe entenderse como una norma general, que admite excepciones y cuyo sentido es la exclusión de presiones sobre la intimidad de la conciencia y de la discriminación para el ejercicio de cualquier actividad o cargo público (110).

La jurisprudencia constitucional ha reconocido parcialmente esta vinculación entre el derecho a la intimidad y la libertad de conciencia. El TC ha observado que los arts. 16.2 y 18.1 CE se encuentran estrechamente unidos como se comprueba en la objeción de conciencia. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia en sí mismo lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas - y, por tanto, exteriores a su conciencia- de su objeción, nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias (111).

No obstante lo anterior, la fuerte confusión que se da hoy entre la libertad de conciencia y la libertad religiosa (sobre todo entre los iuseclesiasticistas) hace que ésta atraiga a aquélla hacia sí alejándola del derecho a la intimidad.

a.9 Derecho a la propia imagen.

El derecho a la propia imagen ha sido objeto de una intensa discusión por la doctrina en cuanto a su fundamento. De una parte hay quienes lo consideran un derecho derivado de otros derechos. De otra, quienes estiman que es un derecho autónomo. Como observa Gitrama, entre quienes niegan sustantividad propia al derecho a la propia imagen hay quienes lo derivan del derecho de propiedad (112), del derecho de libertad (113), del derecho a la identidad personal (114), del derecho al propio cuerpo (115), del derecho al honor (116) o del derecho a la intimidad (117). Nos detendremos en estos dos últimos. Por lo que hace el derecho al honor, la doctrina más solvente considera que no es admisible derivar el derecho a la propia imagen de este último, puesto que cabe la posibilidad de vulnerar el derecho a la propia imagen (p. ej: reproduciendo o divulgando una imagen) sin menoscabo alguno del derecho al honor y a la buena fama (118).

En cuanto a la conexión con el derecho a la intimidad, cabría distinguir entre quienes admiten esa vinculación y los que consideran que la propia imagen es un derecho autónomo. El nexo intimidad propia-imagen se ha planteado desde un punto de vista antropológico. En este sentido, Westlin ha considerado como ejemplos reveladores de la necesidad de intimidad en cada sociedad el uso de velos para taparse los ojos y la boca entre los tuareg, o el uso del abanico por las mujeres con el mismo propósito (119).

Este autor señala que numerosos estudios antropológicos han constatado el temor de algunos miembros de tribus salvajes a ser fotografiados. El temor se funda en el miedo que tienen estas personas

fotografiadas a ser vulnerables. Y, en efecto, ya desde antiguo se sabe que cuanto más expuesto esté el hombre, mayor será su indefensión (120). Descubrirse, transparentarse, es como perder la defensa. El conocimiento es poder como ya dijo Bacon y el hecho de captar la imagen de una persona y poderla examinar después supone la posibilidad de ejercer una dominación.

En este sentido, Westin parece caracterizar al derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad entendido por él como autodeterminación informativa. Así, el derecho a la propia imagen sería el derecho de los individuos (o los grupos) de determinar cuando, para quien y en qué forma están "en público" (121), y en consecuencia pueden ser "observados" o "retratados". Debe diferenciarse entre la captación de la propia imagen en privado o en público. En privado, queda claramente absorbida por el derecho a la intimidad (122). En público, se considera que la propia imagen debe ser protegida también en la medida en que no debe ser acrecentado por terceros aquel contacto con la sociedad que cada uno tiene derecho de limitar (123). Así pues, la difusión de la imagen de una persona sin su consentimiento, supone poner a esta persona en un contacto no buscado ni reservado con la sociedad. Esto último es fácilmente conectable con el derecho a la intimidad entendida como autodeterminación informativa.

Otros autores han rechazado ese nexo entre la intimidad y la propia imagen. A este respecto, Lucas Murillo ha señalado que la propia imagen es una forma positiva de la personalidad (es aspecto externo), que se manifiesta normalmente en público, mientras la intimidad tiene una dimensión negativa: se respeta en cuanto que no se desvela (124).

A la vista de lo anterior, puede decirse que la propia imagen en privado es inequívocamente parte del derecho a la intimidad. Por lo que hace a la propia imagen en público, parece que no será parte del

derecho a la intimidad, si bien cabría defender la prohibición de "publicar" la imagen más allá de lo consentido por el titular.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado pocas veces al respecto. Si bien a veces habla el TC de "derecho a la propia imagen" a secas (125), lo cierto es que el TC ha declarado que "los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen ... forman parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada. Salvaguardan estos derechos un espacio de intimidad personal y familiar que queda sustraído a intromisiones extrañas" (126). El TC considera el derecho a la propia imagen como salvaguarda de la intimidad, lo que si de un lado aclara el problema, parece no dejar totalmente resuelto el problema que plantea el uso de la propia imagen en público, si bien en una resolución consideró que este caso (art. 7.6 de la L.O.1/1982) era una concreción del derecho a la intimidad (127).

Por lo que hace el derecho a la propia voz, su configuración es un tanto confusa. De un lado, se rechaza asimilarlo por algunos con el derecho a la propia imagen (128), pero de otro, también se conecta con ese derecho (129). En ese último sentido, se estima que la obtención sin conocimiento de los sujetos de registros permanentes de imágenes y sonidos realizada, bien por la persona con la que el sujeto se encuentra, bien por un tercero, da a la persona que dirige esa obtención, el poder de reproducir a su solo criterio las escenas o palabras del sujeto objeto de esa acción. Cuando el sujeto sabe que sus palabras o actos están siendo grabados, y que ese registro puede circular, se comporta de forma diferente, poniendo más cuidado en sus actos o palabras. En algún autor este derecho a la propia voz se asimila al secreto de las comunicaciones (130), si bien se reconoce una esfera propia del derecho a la voz en la protección de la genuinidad de la misma. Así, vulneraría ese derecho el recomponer o alterar la voz grabada para que tenga un sentido distinto del que tenía al grabarse originariamente (131).

La jurisprudencia constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto. El TC considera que la grabación de la voz en sí (al margen de su empleo ulterior), sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero. A juicio de este Tribunal, tal protección de la propia voz existe sólo en el Derecho Español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aún en este caso, cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad: publicidad (132). En esta única ocasión en que el TC se ha pronunciado, ha afirmado claramente el derecho a la propia voz como concreción del derecho a la intimidad.

a.10. Derecho al honor.

Se ha señalado que la protección de los bienes jurídicos inmateriales ha gravitado comúnmente sobre el honor, por lo que históricamente, la protección de la intimidad y de la imagen ha ido bastante ligada al honor (133). No puede extrañar entonces que a menudo se asocie la protección del honor y de la intimidad. En este sentido, la obra clásica de Warren y Brandeis muestra que estos autores teorizan la categoría del derecho a la intimidad en el Common Law debido a que en este sistema, a diferencia del Derecho Romano, no se otorga un remedio jurídico para reparar los sufrimientos mentales (morales) que resultan de un mero insulto, de una violación intencional e ilegítima del "honor" de otro (134). Por lo demás, incluso en su construcción del derecho a la intimidad, las analogías con la normativa sobre la difamación no escasean (135). Ello no obstante, estos autores distinguen ya en su obra entre el honor y la intimidad. En efecto, la lesión provocada mediante la violación de la intimidad mantiene, a su juicio, sólo un parecido superficial con las transgresiones contempladas en las

normas sobre injurias y sobre el libelo (136). Mientras que las normas sobre el honor previenen frente a una descripción inexacta de la vida privada, las normas sobre la intimidad prohíben cualquier descripción de la misma (137).

La confusión no es patrimonio exclusivo del Derecho español, sino que el problema se plantea en otras Constituciones. Mientras que algunas recogen conjuntamente el derecho al honor y a la intimidad (138), otras consagran ésta, pero no aquél (139).

La doctrina española está dividida. Mientras Pérez Luño considera que el art. 18.1 contiene un derecho único (140), otros autores consideran distintos el derecho al honor y el derecho a la intimidad (141). No obstante, parece imponerse esta segunda tesis.

El recurso al art. 10.2 C.E. para elucidar el problema puede ayudar algo. Mientras algunos documentos internacionales recogen conjuntamente la protección del honor y de la intimidad (142), en el art. 8 del C.E.D.H. se excluyó deliberadamente, como ya se vió, el honor del precepto que protege la intimidad. Por lo demás, el T.E.D.H. en las ocasiones en que ha tratado sobre el derecho al honor, no ha conectado éste con la protección de la vida privada (143).

La jurisprudencia constitucional, pese a definir tempranamente el derecho al honor como derecho a la propia estimación y al buen nombre y reputación (144), sólo tardíamente ha distinguido éste del derecho a la intimidad (y a nuestro juicio, aún no suficientemente). En efecto, en sus últimas sentencias, el TC otorga un tratamiento jurídico diverso al honor y a la intimidad en sus conflictos con las libertades de expresión e información (145).

Otra cosa es que muchas veces, una lesión del derecho al honor, pueda suponer también una lesión del derecho a la intimidad (146). Esto sucede cuando el hecho que redunde en perjuicio de la reputación del

sujeto, pertenece al ámbito de su intimidad (p. ej: una enfermedad que provoque impotencia). Sin embargo, es perfectamente posible encontrar supuestos en que la lesión del honor se lleva a cabo sin afectar a la intimidad del sujeto, bien con pie en hechos reales (p. ej: llamar "enano" a alguien con intención insultante), bien fundándose en una mentira (p.ej: acusar a alguien de cobarde o corrupto o ladrón). Por esto mismo el acusado de injurias no goza de la "exceptio veritatis". Ocurre que puede decirse que muchas lesiones al derecho a la intimidad afectan negativamente al derecho al honor, de ahí que a menudo se conecten por la doctrina y las leyes ambos derechos.

a.11. Otros posibles contenidos.

a') En primer lugar, se ha considerado en muchas ocasiones que la libertad de elección del domicilio (garantizada en el art. 19 CE) forma parte de la inviolabilidad de domicilio, y, por ende, del derecho a la intimidad. La tesis ha sido defendida en Francia por Burdeau (147), y en España por Sánchez Agesta (148).

La posición de Sánchez Agesta quizás pueda entenderse a la luz de ciertos antecedentes que parecen aproximar la inviolabilidad de domicilio a la libertad de domicilio. En este sentido, el art. 7 de la Constitución de 1.837 (reproducido en el art. 7 de la Constitución de 1.845) dice que "No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban" lo que parece aludir a la libertad de domicilio y de residencia con la expresión "ni separado de su domicilio". Se regulan conjuntamente la libertad de residencia y la inviolabilidad de domicilio. Aunque también puede aludir al derecho de libertad y seguridad personal.

La opinión que ve en esa expresión "ni separado de su domicilio" una alusión a la libertad de residencia resulta reforzada con la regulación que hace la Constitución nonnata de 1.856. Este texto, en su artículo 9

señala en su primer párrafo que "Si la seguridad del Estado exigiere en circunstancias extraordinarias la suspensión temporal en toda la Monarquía, o en parte de ella, de lo dispuesto en el artículo anterior (artículo que reproduce el artículo 7 de la constitución de 1.837), se determinará por una ley". Este primer párrafo no es novedoso respecto a la Constitución de 1.837; pero sí resulta original el segundo párrafo de dicho artículo 9 que señala que "promulgada ésta (la ley de suspensión de esos derechos), el territorio a ella sujeto se regirá durante la suspensión por la ley de orden público establecida de antemano. Pero ni en una ni en otra ley se podrá en ningún caso autorizar al gobierno para extrañar del Reino, ni deportar, ni desterrar, fuera de la Península a los españoles". Esto último es relevante para la cuestión, pues parece que no se refiere ni a la detención ni a la inviolabilidad de domicilio, sino a la libertad de residencia y de domicilio. Por lo demás, debe señalarse que el Acta adicional a la Constitución de la Monarquía española (de 1.845) aprobada por Real Decreto de 15 de Septiembre de 1.856 y derogada por otro Real Decreto de 14 de Octubre de 1.856 tiene un contenido muy similar al del párrafo 2º del artículo 9 del Proyecto de Constitución de 1.856 ya visto.

La Constitución de 1.869, configura ya autónomamente en su artículo 6 a la libertad de domicilio (el 5 se refiere a su inviolabilidad), y en su artículo 31, al incluir entre las garantías suspendibles la de la libertad de residencia, señala como límite a la suspensión de esta última que no se podrá desterrar a más de 250 kilómetros de su domicilio a una persona.

Estos antecedentes quizá expliquen la redacción del artículo 31 de la Constitución de 1.931. En dicho artículo se dice en su párrafo 1º que "todo español podrá circular libremente por el territorio nacional y elegir en él su residencia y su domicilio, sin que pueda ser compelido a mudarlos a no ser en virtud de sentencia ejecutoria...". En el párrafo

cuarto del mismo artículo se dice que : " El domicilio de todo español o extranjero residente en España es inviolable. Nadie podrá entrar en él sino en virtud de mandamiento de juez competente...". Parece lógico pensar que Sánchez Agesta, bajo el influjo de este precepto y sus antecedentes decimonónicos, considere que la libre circulación y la libertad de residencia y domicilio forman un derecho único con la inviolabilidad de domicilio. Y si se considera que la inviolabilidad de domicilio deriva del derecho a la intimidad se sigue lógicamente que la libertad de residencia y domicilio también provendrá de dicho derecho.

En el fondo, como ya advirtió Pérez Serrano respecto al precepto examinado de la Constitución de 1.931 (149) late, una defectuosa técnica. Esta defectuosa técnica y quizá una confusión de ideas en esos textos constitucionales puede haber llevado a Sánchez Agesta a esa opinión.

Es confusión no está ausente en el propio T.E.D.H. Ciertamente el texto del art. 8 C.E.D.H. es más amplio ("respeto del domicilio"). En cualquier caso, el T.E.D.H. ha interpretado esta cláusula alguna vez como equivalente a libertad de residencia (150).

Ambos derechos, sin embargo, son completamente diferentes. El profesor Lucas Verdú ya advirtió, siguiendo a Ruiz del Castillo, que es necesario distinguir la inviolabilidad de domicilio de la libertad de domicilio, pues es posible la primera sin la segunda . Mientras la inviolabilidad de domicilio garantiza la intimidad dentro del mismo, preservándolo de cualquier injerencia externa y se centra sólo en lo interno del domicilio cualquiera que sea, la libertad de domicilio y de residencia prescinde completamente de lo que suceda dentro del domicilio y lo contempla sólo externamente, centrándose este derecho más que en el domicilio mismo en facultad de elegir el mismo de la persona . Son derechos distintos y no deben confundirse (151).

El Tribunal Constitucional al tratar sobre la libertad de residencia ha señalado su total independencia respecto al derecho a la intimidad.

Para el TC, el derecho constitucionalizado a la residencia es expresión del derecho de libertad personal sobre el asentamiento en el espacio o lugar donde se more (152).

b') Aparte del anterior, se ha considerado si la protección de los secretos industriales podría pertenecer al ámbito de la intimidad. En principio, la doctrina ha contestado negativamente alegando que no se trata de un derecho a la intimidad (153), lo que no significa que no merezca protección. En todo caso, a fin de dotar de una gran fuerza a esa protección, la cuestión puede plantearse en la medida en que se acepte que las personas jurídicas tengan un derecho a la intimidad. En ese caso, la protección de los secretos industriales sería una derivación del derecho a la intimidad de las personas jurídicas. Esta cuestión se tratará en el epígrafe correspondiente.

c') Finalmente, Alzaga, partiendo de la distinción entre reunión privada y pública, considera que el derecho de reunión privada, en su más genuino sentido, o sea, cuando se efectúa en el domicilio particular, no es propiamente la libertad pública a que se refiere el art. 21 (derecho de reunión), sino más bien el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la inviolabilidad de domicilio, respectivamente garantizados en el art. 18, apartados 1 y 2 (154). Esta tesis, no parece ser compartida por Soriano que considera que estas reuniones siguen en el ámbito de la ley de reuniones (155). No nos consta que la jurisdicción constitucional haya tenido ocasión de pronunciarse sobre este punto.

b.) Los sujetos del derecho.

La posición de la doctrina clásica considera que sólo el hombre individual y libre puede ser sujeto de derechos fundamentales. En efecto, Schmitt considera que los derechos fundamentales auténticos (que, según él, son la libertad de conciencia, la libertad personal, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia), son, esencialmente, derechos individuales en sentido propio (156).

Esta tesis parece haber tenido acogida en cierto sector de la doctrina española que configura el derecho a la intimidad, en concreto, como un derecho individual, pues lo que la vida privada protege es precisamente la autonomía privada del individuo (157). Esto plantea el problema de la titularidad por las personas jurídicas de este derecho. Además, debe examinarse la cuestión de la titularidad de este derecho por extranjeros.

b.1. Extranjeros.

Los autores que se han ocupado de este asunto en ningún momento han puesto en duda que el derecho a la intimidad en todas sus manifestaciones corresponde a los extranjeros (158). Solución que no parece seguirse en Estados Unidos (159). El art. 13 CE señala que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza... (el título I de la CE) en los términos que establezcan los tratados y la ley". Similar pronunciamiento contiene el art. 4.1 de la L.O. 7/1985 de 1 de julio, de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

La jurisdicción constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este asunto. El TC observa que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros "siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal". Esta configuración puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad del titular o puede introducir la nacionalidad como elemento para la definición del supuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida. En el primer caso, en el que se produciría una completa igualdad entre españoles y extranjeros, se encuentran aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10. 1 CE constituyen el fundamento del orden político español. Tales son el

derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc, derechos que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional (160).

Así pues, hay tres tipos de derechos con respecto a los extranjeros: aquellos que corresponden por igual a españoles y extranjeros; aquellos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (art. 23 de la Constitución); y aquellos que pertenecen o no a los extranjeros según lo dispongan los Tratados y las leyes (161). El derecho a la intimidad pertenece al primer grupo.

b.2. Personas jurídicas.

Según la posición clásica, las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos fundamentales. Fiel exponente de esta tesis es Schmitt para quien dentro del Estado no pueden darse derechos fundamentales de una comunidad, natural u organizada (como la familiar), pues lo que hay en tales casos es una garantía institucional (162). No obstante, a la institución puede atribuírsele el carácter de sujeto de derecho, de forma que puedan garantizársele constitucionalmente derechos subjetivos, pero a ello opone Schmitt que esos derechos son sólo legal-constitucionales, pero no auténticos derechos fundamentales en el sentido básico del principio de distribución, es decir, una esfera de libertad ilimitada en principio, una posibilidad de intervención por el Estado limitada, medible y controlable (163). El derecho fundamental auténtico, según el pensador alemán, parte del dato del individuo con su esfera ilimitada en principio, y una institución, para él, no puede darse por supuesta de esa manera, pues el Estado moderno es una unidad política cerrada y es por su esencia el "Status", es decir, un "status" total que relativiza en su seno todos los otros "status" (164).

Como afirma Lasagabaster esta tesis se explica, de un lado, por el origen de los derechos fundamentales, y, por otra, por un lastre derivado de las concepciones iusnaturalistas de los derechos

fundamentales como derechos suprapositivos, predicables sólomente de las "personas humanas". No obstante, este autor recuerda que un autor clásico como Jellinek ya advirtió la posibilidad de que se reconociese a las personas jurídicas una esfera libre de la coacción estatal similar a la del individuo, que sólo puede limitarse con fundamento en el Derecho en la medida en que no haya en contra motivos basados en la naturaleza de las cosas o en expresas excepciones legislativas (165). Es decir, conforme a esta tesis, el principio de distribución sí sería predicable de las personas jurídicas y éstas serían titulares por sí mismas, y no por vía de sustitución de sus miembros, de derechos fundamentales. La cuestión reside, conforme establece el art. 19.3 GG, en que esos derechos "por su naturaleza" sean ejercitables por este tipo de personas. Así, en la RFA se considera que ciertos derechos nunca pueden ser propios de las personas jurídicas: la dignidad humana (art. 1.1 GG), la vida (art. 2.2 GG), la objeción de conciencia (art. 4.3 GG), los de carácter familiar, matrimonial y los de los niños (art. 6 GG) o los de asilo, de la nacionalidad y de no ser extraditado (art. 16 GG) (166).

La cuestión es si " por su naturaleza" el derecho a la intimidad, como tal, o alguna de sus manifestaciones son susceptibles de ser ostentados por las personas jurídicas. La propia definición de intimidad que ofrece el Diccionario de la Real Academia Española admite esa posibilidad (167). Westin, igualmente, considera en su estudio sobre la intimidad que ésta puede ser ostentada, sin ningún género de dudas por grupos, instituciones o asociaciones (168). En su opinión la intimidad asociativa ("organizational privacy") se requiere para que los grupos jueguen el papel de agentes responsables e independientes que se les asigna en las sociedades democráticas. Tienen el derecho de decidir cuando y en qué medida sus actos y decisiones deben hacerse públicos (169).

En la Constitución española, se admite, conforme al art. 161.2 b) CE que una persona jurídica tenga legitimación para recurrir en amparo. La titularidad por personas jurídicas del derecho a la intimidad es más debatida. Ningún autor parece admitir que el derecho a la intimidad como tal, pueda corresponder a las personas jurídicas (170), pese a que en Estados Unidos se reconoce (171). Lucas Murillo y Pérez Luño admiten la titularidad por personas jurídicas del derecho a la autodeterminación informativa (172). Por su parte, la inviolabilidad del domicilio es reconocida a las personas jurídicas por un amplio sector de la doctrina (173), si bien algún autor se muestra reticente, por considerar que no hay protección de la intimidad en esos casos, sino sólo de la propiedad (174). Del mismo modo, el secreto de las comunicaciones, para muchos autores puede ser atribuido plenamente a las personas jurídicas (175). Otras manifestaciones al derecho a la intimidad como el secreto documental parece que por su propia naturaleza son atribuibles a las personas jurídicas.

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre este problema en diversos momentos. Parece haber cierta contradicción entre los arts. 53.2 CE y 41.2 LOTC (que regulan el recurso de amparo por los ciudadanos), los arts. 161.2. b) CE y 46.1. b) LOTC (que abren la posibilidad de este recurso a las personas jurídicas). El TC ha señalado que la legitimación de las personas jurídicas para recurrir en amparo concurrirá en la medida en que tales personas sean titulares del derecho fundamental o libertad pública que presuntamente haya sido objeto de conculcación (176), luego desde el momento en que el art. 161.2. b) CE reconoce legitimación a las personas jurídicas para recurrir en amparo, admite que éstas puedan ser titulares de derechos fundamentales. Así lo ha entendido el T.C.

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación a todos y a cada uno

de ellos, afirma el TC en una línea próxima al art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn. En efecto, existen en primer lugar, derechos fundamentales cuya titularidad se reconoce expresamente a quienes no pueden calificarse como ciudadanos, como las "comunidades" (art.16), las personas jurídicas (art. 27.6) y los sindicatos (art. 28.2); en segundo lugar, hay otros derechos fundamentales que por su propio carácter no entran en aquéllos de los que eventualmente pueden ser titulares las personas jurídicas, como la libertad personal (art.17) o el derecho a la intimidad familiar (art.18); y, en tercer lugar, en algún supuesto la Constitución utiliza expresiones cuyo alcance hay que determinar (como "todas las personas" en el art. 24) (177).

A esta doctrina no se opone la STC 64/1988, al decir que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que forman el sustrato último del derecho fundamental (178).

A primera vista podría creerse que esto significaría que no hay derechos fundamentales de la persona jurídica como tal, sino sólo derechos del individuo en la persona jurídica. Sin embargo, dejando al margen que esto se opone a lo dispuesto en otras ocasiones por el TC (179), el propio Tribunal aclara esa supuesta imprecisión al decir más adelante en esa misma sentencia que ha reconocido la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas "con carácter general siempre que se trate, como es obvio, de derechos que por su naturaleza, puedan ser ejercitados por este tipo de personas " (180). Acepta así resueltamente el criterio formulado en la Ley Fundamental de Bonn, ya apuntado en su STC 19/1983, y que supone el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas jurídicas por sí mismas.

Esto significa que la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas debe examinarse caso por caso. El Tribunal ha excluido expresamente a las personas jurídicas de la titularidad del derecho fundamental a la intimidad familiar, que parece que sólo puede ser ostentada por la familia. Pero ¿qué sucede con el derecho a la intimidad personal y con sus manifestaciones?

Por lo que respecta al derecho a la intimidad personal, la jurisprudencia es vacilante. Por un lado, el TC ha rechazado la posibilidad, sin dar por zanjado el asunto, de atribuir este derecho a las personas jurídicas. Así, el ATC 257/1985 dice que el derecho a la Intimidad que reconoce el art. 18.1, por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, "sin que en principio las personas jurídicas, puedan ser titulares del mismo ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada" (181). Esto supone reconocer a las personas jurídicas un derecho legal a la intimidad, si bien de protección inferior a la que ofrece el derecho constitucional a la intimidad de las personas físicas y de las familias.

El Tribunal Constitucional, consciente de la brecha abierta por esta última consideración advierte en el susodicho auto que "en el caso de que hipotéticamente se estimare que el derecho a la intimidad acogiera a las personas jurídicas estaría como el resto de los derechos fundamentales limitado a su total dimensión, pues su ejercicio se sometería al respeto de otros bienes jurídicos igualmente dignos y necesitados de protección" (182).

Este último texto no hubiese sido introducido en el mencionado auto si estuviese tan claro que las personas jurídicas no gozan de un derecho a la intimidad.

De otro lado, el TC ha admitido implícitamente la titularidad por personas jurídicas del derecho a la intimidad personal. Así sucede en el ATC 982/1986, que entiende de un recurso interpuesto por una empresa frente a un requerimiento de la Intervención General del Estado, para proceder a su control financiero, a lo que aquélla se opuso por considerarfa una invasión de la intimidad personal violatoria del art. 18.1. La Sección inadmite el recurso por causas que no tienen ninguna relación con el hecho de que la recurrente sea una persona jurídica, y en ningún momento se alude a este hipotético obstáculo, que de haber sido tal hubiese sido el motivo primero para inadmitir el recurso haciendo ocioso cualquier razonamiento ulterior. Sin embargo, lejos de ello, el Tribunal da por supuesto en todo momento que la empresa es titular del derecho a la intimidad, y construye toda la argumentación sobre la tesis de que el requerimiento de la Intervención General del Estado a la empresa no constituye una intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental a la intimidad ya que el art. 18.1 C.E. interpretado con arreglo al art. 17.1 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos prohíbe las injerencias en la intimidad "arbitrarias e ilegales" mientras que a su vez el art. 8.1 de la ley orgánica 1/1982 dispone que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley". Para el Tribunal la ley que autoriza esa intromisión es la Ley General Presupuestaria (183). Todo ese razonamiento hubiese estado fuera de lugar de considerar el Tribunal que las personas jurídicas no son titulares de derecho fundamental a la intimidad.

Por otra parte, no puede dejar de considerarse el carácter tautológico del razonamiento del TC. Para él, la Constitución autoriza las intromisiones que se hagan de acuerdo con la ley; si la ley permite una intromisión, ésta es constitucional (porque es legal). Lo que no resuelve el TC (y sería la quiebra de la tautología) es en qué casos una intromisión

legal puede ser inconstitucional. Posteriormente, el T.C. volverá a tratar esta cuestión manteniendo su ambigüedad (184).

En lo que se refiere a la inviolabilidad de domicilio, que aquí se considera como una manifestación del derecho a la intimidad, la STC 137/1985 afirma que la inviolabilidad de domicilio es un derecho fundamental "que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas y otras colectividades ". Dado que esto puede suponer contradecirse con lo dicho en el ATC 257/1985 (que excluye, en principio, a las personas jurídicas de la titularidad del derecho a la intimidad), para guardar la coherencia con esa doctrina, el TC advierte que en tal auto "se trataba del derecho a la intimidad personal del art. 18.1, derecho sin estimable concomitancia alguna con el problema que aquí se afronta" (la inviolabilidad del domicilio) (185).

Sin embargo el mantener la coherencia con la doctrina del ATC 257/1985 se hace a costa de sostener un criterio divergente del postulado en las SSTC 22/1984 Y 110/1984 para las que la idea original del respeto a la vida privada aparece en la inviolabilidad de domicilio, siendo la protección constitucional del domicilio de carácter instrumental a fin de defender los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona.

Esta doctrina, pese a alguna ambigüedad (186), fue confirmada por la jurisprudencia (187). No obstante , y de manera irregular y sorpresiva, el TC ha abandonado esa tesis: sorpresiva porque se produjo cuando parecía consolidarse la doctrina tras dictarse dos sentencias concordantes, y cuando los autores, y aun el propio legislador admitían esa posibilidad (188); irregular, porque el abandono de esa tesis se realiza sin ajustarse a lo establecido en la LOTC.

El polémico ATC 121/1989, que ha causado este giro, distingue las oficinas o el almacén de una sociedad del domicilio, entendiéndolo por este "el espacio en el cual el individuo (subrayado nuestro) vive sin estar

sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de persona y de esfera privada de ella". Por ello, considera el TC que sólo este último puede considerarse "domicilio inviolable" a efectos del art. 18.2 CE (189). Este auto parece de un lado cohonestarse con la doctrina del ATC 257/1985 (que parecía negar a las personas jurídicas la titularidad del derecho a la intimidad), y, de otro con las sentencias que conectaban la inviolabilidad de domicilio con la intimidad.

Ocurre, sin embargo, que no está decidido aún en la jurisprudencia constitucional que las personas jurídicas no sean titulares del derecho a la intimidad. Por otra parte, el TC ha ignorado que el art. 13 LOTC declara que cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno. Pues bien, aunque la resolución está dictada por una Sección, debe observarse que la Sección pertenece a una Sala, y que lo predicable de la Sala (lo más) debe serlo de lo menos (la Sección). A esto debe añadirse que la doctrina abandonada constaba de forma concorde ya en dos sentencias (190). Por lo anterior, puede concluirse que este abandono por el TC de su doctrina anterior es completamente irregular, contradice el sentir mayoritario de los autores e incluso el propio tenor del art. 18.2 que establece la inviolabilidad de domicilio en los términos más amplios.

Finalmente, la cuestión de la titularidad por las personas jurídicas del derecho al secreto de la correspondencia, sólo ha sido tratada ~~obiter~~ dictum en una ocasión en la que el TC puso de manifiesto su ambigüedad ante el asunto (191). Pudiera decirse, no obstante, que la amplitud con que se contempla ese derecho en art. 18.3 CE, y su propia naturaleza, no parece que impidan su reconocimiento a las personas jurídicas.

c) Naturaleza.

Según el TC, la naturaleza jurídica de un derecho fundamental es el modo de concebir o de configurar cada derecho estableciendo una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces, y en general, los especialistas del derecho acerca de lo que sea ese derecho. Ahondando en la dicha idea dice que la naturaleza jurídica de un derecho es uno de los caminos que, según el TC, permite aproximarnos a la idea de "contenido esencial" del derecho, de enorme trascendencia en virtud del art. 53 de la Constitución (192).

El importante estudio de la naturaleza de los derechos fundamentales se ha abordado por los autores examinando las diversas perspectivas posibles de los derechos fundamentales. No hay acuerdo en la doctrina al examinarlas y existe aún cierta confusión.

c.1. Derecho de defensa.

El derecho a la intimidad, como los demás derechos fundamentales "clásicos", se configura originariamente de forma negativa, esto es, como un derecho de defensa, como un derecho subjetivo típico. Por lo demás, este derecho de defensa será considerado como "fundamental" en el sentido que el término tiene en Schmitt, esto es, como correspondiente al principio de distribución, conforme al cual la esfera de la libertad del individuo es ilimitada en principio, mientras que las facultades del Estado para intervenir en la misma son limitadas en principio, mesurables, controlables (193). Estos derechos fundamentales son, por ello, derechos de defensa (194) y derechos absolutos (195). En opinión de este autor, lo que hoy consideramos derecho a la intimidad o sus manifestaciones, constituyen auténticos derechos fundamentales, de defensa y absolutos que responden al principio de distribución (196).

Esta consideración del derecho a la intimidad como derecho fundamental en sentido schmittiano, derecho de defensa y absoluto, parece haber sido acogido por la Ley Fundamental de Bonn y la Constitución Española en sus respectivos artículos 19.2 y 53.1 al precisar que el "contenido esencial" del derecho fundamental en ningún caso podrá ser afectado o traspasado por la norma que desarrolle ese derecho (197).

Un discípulo de Schmitt, Ernst Forsthoff ha defendido la configuración de los derechos fundamentales del modo referido. Pérez Luño sintetiza las consecuencias de este punto de vista. En primer lugar, los derechos fundamentales se consideran garantías de la autonomía individual, derechos de defensa frente a las injerencias de los poderes públicos en la esfera privada. En segundo lugar, se estima que son garantías jurídicas esenciales del statu quo económico-social. En tercer lugar, son categorías jurídico-formales (no valores éticos, filosóficos o políticos) interpretables según las reglas del método jurídico tradicional. En cuarto lugar, son categorías independientes, por lo que cada derecho debe ser interpretado como un precepto autónomo que tiene su propia lógica (198).

El derecho a la intimidad, por su propia esencia, parece encajar en la categoría del derecho de defensa. Principalmente si se parte de una definición objetiva de la intimidad, se puede determinar que éste es un derecho clásico de defensa. Como se vió, el T.E.D.H. considera que el derecho al respeto de la vida privada es esencialmente (aunque no exclusivamente) un derecho de defensa. La jurisprudencia constitucional ha señalado cómo los derechos fundamentales son auténticos derechos subjetivos (199), por lo que ésto debe afirmarse también del derecho a la intimidad.

Ahora bien, como afirma Baño, es probable que en la CE no se identifiquen los derechos fundamentales con los derechos subjetivos (200) por lo que es menester examinar otras posibles dimensiones o naturalezas del derecho a la intimidad.

c.2. Configuración positivo-institucional.

Peter Häberle ha examinado los derechos fundamentales desde una doble perspectiva: de un lado, como garantías de la libertad individual (derechos de defensa); de otro, como instituciones que hacen operativos los contenidos de los derechos para la consecución de los fines sociales y colectivos constitucionalmente proclamados (201). Pérez Luño, siguiendo a este autor, afirma que la dimensión institucional u objetiva de los derechos fundamentales obliga a considerar a éstos también como derechos de participación, reconociendo a los ciudadanos un status activus processualis que les permite la tutela jurisdiccional efectiva de todos los derechos fundamentales (202).

Hubo ya ocasión de estudiar cómo el T.E.D.H. ha configurado al derecho al respeto de la vida privada como un derecho positivo, de prestación, además de como un derecho de defensa. Las consideraciones del T.E.D.H. son aplicables aquí. De igual modo, ese Tribunal ha llevado a cabo una configuración institucional de tal derecho, debiendo tal doctrina trasladarse a este lugar.

Baño León entiende esta naturaleza institucional del derecho fundamental como la garantía positiva de ámbitos de actuación del particular, aseguramiento de la pervivencia de determinadas organizaciones (203), o el reconocimiento de ciertos procedimientos para realizar en la práctica los derechos (204). Se trata de instituciones orientadas a tutelar la libertad (205).

Este planteamiento ha sido acogido por la jurisprudencia constitucional. El TC ha manifestado expresamente que el art. 18.1 y 4

CE no incluye solamente un derecho de defensa frente al Estado, sino que también supone deberes positivos por parte del Estado (206). En efecto, los derechos fundamentales (puede decirse por analogía del derecho a la vida) en cuanto derechos subjetivos dan a sus titulares la posibilidad de recabar el amparo judicial frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace el bien protegido en el derecho; pero también imponen a los poderes públicos, y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger ese bien frente a los ataques de terceros sin contar para ello con la voluntad de sus titulares.

Tienen, por tanto, un contenido de protección positiva (207). En esta línea ha tratado a la intimidad como columna sustentadora de la libertad. Así, ha declarado que los derechos fundamentales, por una parte aseguran que nadie pueda ser privado de libertad sino en los casos y en las formas previstas por la Ley (art. 17.1 de la Constitución), y, por otra parte, protegen tanto el ejercicio de libertades concretas (las de los arts. 19,20,21,22,27 y 28 de la Constitución) como aquellos ~~ámbitos~~ en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad (v.g. el art.18 de la Const.) (208). El derecho a la intimidad aparece así como garantía institucional de la libertad vital individual. Esta consideración es importante por cuanto se entiende que el criterio para precisar la titularidad de un derecho fundamental por una persona jurídica estriba en la existencia de ámbitos de libertad cuya defensa sea el objetivo de esas personas jurídicas (209). De este modo, el TC no encontraba (antes del ATC 129/1989) obstáculos al reconocimiento por personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad de domicilio. Por ello, cuando este Tribunal dice que el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, parece correcto inferir que lo que se está diciendo es que el artículo 18.2, como todo el art. 18, es una institución de libertad con un neto contenido material, de

forma que la "inviolabilidad", la impenetrabilidad del domicilio tiene un carácter instrumental respecto a la libertad esencialmente unida a la intimidad (210).

Por lo demás, como ha expuesto Baño, en el derecho a la inviolabilidad de domicilio no basta con el reconocimiento de un derecho subjetivo, pues ese derecho puede oponerse a la ejecución de actos administrativos para los que la Administración requiere la autorización de un juez. Por ello para hacer efectivo el derecho debe existir un procedimiento, por sumario que sea, en el que el juez pueda valorar si el acto administrativo justifica la entrada domiciliaria (211).

Por otra parte, en cuanto al secreto de las comunicaciones el derecho a la intimidad concretado en el art. 18.3 consagra expresamente el mencionado secreto, e implícitamente la libertad de comunicaciones. Así pues, "a través del secreto se protege a la libertad de comunicaciones" y la norma constitucional" se dirige a garantizar su impenetrabilidad por terceros ajenos a la comunicación misma" (212). Se configura también, por tanto, al secreto de las comunicaciones como garantía institucional de la libertad del individuo, del mismo modo a como ocurre con el art. 18.1 CE.

Sin embargo, el TC no ha considerado al secreto profesional (en cuanto manifestación del derecho a la intimidad) desde un aspecto positivo-institucional. El Tribunal ha considerado que el "solo hecho" de que los datos médicos e historiales clínicos que obren en un servicio público (en el caso de autos, un Centro Municipal de Planificación Familiar) deban continuar en el mismo, aunque el servicio se preste por profesionales distintos de aquellos a quienes acudieron los parientes, no supone violación del derecho a la intimidad. Según el TC esa lesión sólo se produciría por el uso que de la documentación médica recibida haga la Administración al asumir la gestión del centro sanitario, lo que no puede presumirse . El Tribunal estima que el recurso de amparo no es cautelar y

no cabe frente a lesiones futuras (213). Ahora bien, dejando al margen que la mera transmisión in consentida de esos datos clínicos (y aquí el consentimiento no se puede presumir) ya supone una violación del derecho a la intimidad (con independencia del uso que se haga de los datos), es lo cierto que si se considerara el derecho a la intimidad desde una perspectiva positivo-constitucional, entrañaría un deber positivo del Estado de protegerlo, de articular procedimientos e instituciones con los que se garantice el derecho dando participación al titular. Nada de eso ha sucedido aquí, por ello, en este aspecto el TC se separa de la jurisprudencia que otorga a los derechos fundamentales, y al derecho a la intimidad en concreto, un carácter positivo-institucional.

c.3. Configuración axiológica.

Otro sector considera a los derechos fundamentales como expresión de un orden objetivo de valores, el positivizado por la Constitución. El primero que concibió a los derechos fundamentales con este tenor fue Smend que indica que estos derechos pretenden regular una serie material autónoma, es decir, un sistema de valores, de bienes, un sistema cultural en definitiva (214). A este respecto, Smend observa que aparte de la significación que tienen estos derechos para el Derecho especial técnico (que los contempla meramente desde el principio de la legalidad), tienen otra significación, que es la fuente de la primera, y que se basa en que -con independencia de su validez jurídica- los derechos fundamentales son representantes de un sistema de valores concreto, de un sistema cultural que resume el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución (215). Ahora bien, esta dimensión cultural no supone el abandono del carácter positivo de estos derechos, como se preocupa de aclarar Smend para distinguir su posición de la de Radbruch (216). Esta concepción del sistema de derechos fundamentales como un orden de valores halló en la etapa subsiguiente al fin de la Segunda Guerra Mundial una amplia adhesión en la doctrina y en la jurisprudencia de la República

Federal de Alemania. Así, bajo el influjo de la teoría de Smend y de la ética material de los valores (basada en Max Scheler y Nicolai Hartmann) se construyó una teoría de los derechos fundamentales que los concebía como normas éticas objetivas, expresión inmediata del Derecho Natural. Entre los autores que se han adherido a esta posición podría citarse a Hermann Weinkauff, Willi Gaiger, Günter Dürig (217).

Entre los méritos de esta concepción de los derechos fundamentales, señala Pérez Luño en primer lugar, el haber afirmado la unidad del sistema de los derechos fundamentales propiciando la interpretación sistemática de los mismos; en segundo lugar el situar en el sistema de los derechos fundamentales el principio legitimador del orden jurídico-político religando la Constitución formal con la Constitución material. No obstante, el catedrático de la hispalense no oculta que el método científico-espiritual de interpretación de los derechos fundamentales ha desembocado, en múltiples ocasiones, en una pura intuición arbitraria y decisionista que encierra el peligro de degenerar en una auténtica tiranía de los valores (218). En esta línea puede situarse la crítica de Schmitt para quien en la medida en que los valores no son, sino que valen, no suponen una garantía segura (219). Es decir, considerados los derechos como valores, corren el riesgo de que su "cotización" baje en la medida en que el valor es algo puramente subjetivo determinado por el Mercado (económico o jurídico-político) con independencia de lo que esos derechos sean objetivamente.

Esta concepción ha tenido desigual acogida en la doctrina española. Aguiar la rechaza situándose en una posición clásica por cuanto estima que su aceptación supondría ampliar enormemente la discrecionalidad valorativa y desdoblar el principio de legalidad mediante una "legalidad de doble plano" a través de la que la legitimidad del Estado surgiría tanto del principio de legalidad como de los valores proclamados en la Constitución (220).

Otros como Aragón (221) la aceptan partiendo de un concepto sustancial o material de Constitución. También la acepta el más fiel seguidor de Smend en España, el profesor Lucas Verdú (222). Como ha señalado recientemente Lucas Verdú, la función del Derecho es realizar valores en la sociedad, en la medida en que el Derecho es un sector de las ciencias del espíritu. Ahora bien, la función del Derecho Constitucional desde esta perspectiva no es sólo realizar valores sino también defender la cultura de una sociedad, los principios éticos y las leyes que cifran esa cultura. Desde esta perspectiva se ha podido interpretar el fragmento nº 44 de Heráclito que dice: "Debe el pueblo luchar por sus leyes como por sus murallas". Las leyes, como las murallas, no son el interior de la ciudad, el corazón de la cultura, pero son la defensa de la ciudad, la protección de la cultura.

La jurisprudencia constitucional ha acogido esta concepción. En un principio, se afirmó minoritariamente que los derechos y libertades fundamentales son elementos del ordenamiento, están contenidos en normas jurídicas objetivas que forman parte de un sistema axiológico positivizado por la Constitución y que constituyen los fundamentos materiales del ordenamiento jurídico entero (vid. los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 53 de la Constitución) (223).

Más tarde, se perfiló esta doctrina cuando el TC declaró que los derechos fundamentales responden "a un sistema de valores y principios de alcance universal" que subyacen a la Declaración Universal y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, y que, "asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento jurídico" (224). Esta tesis, que parecía pacífica se reiteró posteriormente al sostener el TC que los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un

sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política" (225). No obstante, un sector sostuvo que el modo de razonar hablando de valores, no era el propio de un órgano jurisdiccional porque es ajeno, pese al empleo de la fraseología jurídica, a todos los métodos conocidos de interpretación. Por ello señalaba que el intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, consideradas ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto pues los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (incluso del poder legislativo representante del pueblo) que el precepto en modo alguno impone (226). Sin embargo, esta tesis puede chocar con el art. 10.2 C.E. en la medida en que como ya se vió, el TEDH considera que de los derechos fundamentales garantizados en el Convenio de Roma -y, en consecuencia, de los correspondientes derechos de la Constitución de 1978- se derivan obligaciones positivas de los poderes del Estado (incluido, por supuesto, el legislativo) pese a que en los preceptos del CEDH (y, en concreto, en su art. 8) no se recogen expresamente esas obligaciones (al igual que sucede en la C.E.).

Aun admitiendo este último criterio restrictivo, sustentado por Rubio, es decir, que los valores que inspiran un precepto pueden servir para interpretarlo sin deducir obligaciones del poder legislativo que no impone el precepto, la consideración de los derechos fundamentales, y del derecho a la intimidad en concreto, como expresión del orden objetivo de valores positivizado en la Constitución tiene importantes consecuencias. Siguiendo, incluso el criterio restrictivo de Rubio los valores que inspiran el art. 18 pueden servir para interpretar este precepto en la vida constitucional.

En el derecho a la intimidad que consagra el art. 18 de la Constitución hay un contenido ético de gran densidad. Puede decirse que contiene los siguientes valores: En primer lugar, libertad (art. 1.1) que como ya se ha visto se encuentra en aquellos ámbitos en los que la libertad vital del individuo implica una exigencia de privacidad, por ejemplo, los del art. 18 de la Constitución (227); en segundo lugar, la dignidad de la persona (art. 10.1) que para el pleno desarrollo de sí misma requiere determinados grados de intimidad, pudiendo decir Sánchez Agesta que, en su esencia, los derechos que protegen la intimidad "se pueden considerar como emanaciones del principio general que protege la dignidad personal (art. 10), al que están indisolublemente vinculados, aún antes que a la libertad" (228), posición esta mantenida por el T.C., al decir que "los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 del a C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona" que reconoce el art. 10 de la C.E. (229); y en tercer lugar, el respeto a los derechos de los demás (art. 10), respeto que exige la consideración hacia la intimidad de los demás, sin la cual no se dá esa "convivencia democrática" (Preámbulo CE, 2º párrafo) que conviene a la Constitución. El derecho a la intimidad, aparece así como quintaesencia del respeto hacia los demás (art. 10.1), y adopta el carácter de derecho fundamental ético por excelencia.

c.4. Elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

Podríase decir que el primer autor que sustenta esta teoría es Rudolf Smend que en su obra fundamental Constitución y Derecho Constitucional distingue en los derechos fundamentales una doble naturaleza: por una parte son expresión de un sistema de valores (lo que ya se ha visto), y por otra, en tanto que constituyen un sistema que

afirma el carácter nacional de los valores más generales, confiere a los miembros del Estado que proclama esos derechos un status material único, gracias al cual se convierten en un Pueblo, tanto con respecto a sí mismos, como frente a otros pueblos. Son, por tanto, un elemento integrador (230).

Como se ve, Smend distingue esta concepción de los derechos fundamentales como elementos de un sistema nacional, de la que los identifica como un puro sistema de valores. Las dos concepciones aparecen confundidas a menudo (231). Schmitt, que experimenta el influjo de Smend observa que en los Estados Federales la Federación descansa sobre un supuesto esencial, cual es la homogeneidad de todos sus miembros, homogeneidad sustancial. Por ello casi todas las Constituciones federales contienen lo que él llama "garantías expresas de homogeneidad", (entre las que cita la forma republicana en el artículo 4, sección 4 de la Constitución de E.E.U.U. de 1787 o, en el parágrafo 130 de la "Constitución de Frankfort" de 1848-9, la cláusula que proclama que los derechos fundamentales son norma para todas las Constituciones de los diversos Estados) (232). Parece que Rubio Llorente es también deudor de esta idea cuando considera que uno de los problemas que tiene que resolver una constitución federal es el establecimiento de un repertorio de derechos fundamentales que, "normalmente", habrán de ser iguales para todos los ciudadanos del Estado (233).

Si bien hay común acuerdo doctrinal en que España no es un Estado federal, si es un Estado compuesto, y por tanto con algunos elementos próximos al federal, por lo que las anteriores consideraciones son también válidas para el estudio del Derecho español.

Esta tesis ha sido acogida por la Jurisprudencia constitucional en varias resoluciones.

Según el TC la Constitución reserva a las Cortes Generales todo cuanto se refiere al desarrollo de los derechos fundamentales y de las

libertades públicas, que constituyen el fundamento mismo del orden político-jurídico del Estado en su conjunto y ello resulta del doble carácter que tienen los derechos fundamentales que son en primer lugar derechos subjetivos, pero al propio tiempo son "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional", en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho. Según el TC esta doble naturaleza dimana del art. 10 de la Constitución, encontrándose afirmaciones parecidas en el Derecho Comparado y, en la DUDH (234) y en el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de Roma (235). Por lo que hace al aspecto de los derechos fundamentales como elementos fundamentales de un ordenamiento objetivo, el Tribunal afirma que los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Por ello, puede decirse que los derechos fundamentales por cuanto fundamentan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del Estado Central y las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales "establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna" (236).

Esta doctrina, que tiene su apoyo en el art. 149.1.1º CE que concede al Estado competencia exclusiva para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, ha sido matizada por la jurisprudencia constitucional. Para el TC, ese

principio no puede ser entendido como una rigurosa uniformidad del ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional se tienen los mismos, derechos y obligaciones (237).

El derecho a la intimidad así concebido puede tener una grave virtualidad. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la Comisión Europea tiene el derecho a acceder a los locales de una empresa, sin necesidad de autorización judicial, para investigar todo lo relacionado con las normas sobre la libre competencia (238). El TJCE ha desestimado el recurso presentado por tres empresas españolas que argumentaban que el derecho a la inviolabilidad de domicilio reconocido en la Constitución y en la interpretación que del mismo hace el Tribunal Constitucional así como el respeto a la vida privada, estaba por encima del derecho comunitario a investigar supuestas prácticas contra la competencia (239). La resolución del Tribunal europeo, no parece muy feliz, pues la protección constitucional de la intimidad en sus diversas facetas en cuanto elemento esencial del ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional modula y conforma el Derecho español sobre la competencia y confiere a los miembros del Estado que proclama este derecho fundamental a la intimidad (España) un status material único, merced al cual se convierten en un Pueblo, tanto con respecto a sí mismos, como frente al exterior (comunidades europeas). Por ello, antes de profundizar el proceso de unión europeo serían convenientes algunas revisiones de lo hasta ahora conseguido que puede poner en peligro ciertas conquistas en la lucha por la libertad.

Finalmente, debe decirse que en cuanto los derechos fundamentales, como la intimidad, son un componente esencial del orden público, obligan a tener por nulas las estipulaciones que se pacten en un contrato que sean incompatibles con este respecto (240).

d. Ambito de eficacia.

La determinación del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales (y, por tanto, del derecho a la intimidad), está condicionada por la naturaleza jurídica del derecho. De este modo, una consideración de éste como derecho público subjetivo de defensa frente al Estado, llevará a restringir su eficacia a las relaciones del individuo con los poderes públicos; mientras que una configuración positivo-institucional traerá una ampliación del ámbito de vigencia o eficacia del derecho a las relaciones del individuo con otros individuos. No obstante el esquema no es tan simple. Ciertos derechos como la vida, propiedad o libertad tradicionalmente han sido asegurados no sólo frente al Estado, sino también frente a los particulares (delitos de homicidio, robo, detención ilegal, p. ej.). Ello no obstante, es menester un estudio separado de ambos ámbitos.

d.1. Relaciones con los poderes públicos.

El derecho a la intimidad, en cuanto incardinado en el capítulo 2º del Título I de la Constitución tiene una eficacia plena y directa frente a los poderes públicos sin necesidad de mediación legislativa (arts. 9.1 y 53.1 CE). Incluso en el supuesto de los atentados a la intimidad a través de la informática, y pese a que no está dictada la Ley que prevé el art. 18.4 para regular el caso de la informática de modo que no puede resultar lesivo para la intimidad, incluso en este supuesto, ante cualquier ataque, el derecho constitucional ejerce su protección.

Esta vigencia del derecho a la intimidad también se despliega frente a normas anteriores a la Constitución conformando al derecho constitucional cualesquiera regulaciones legales preconstitucionales que afecten de un modo u otro al derecho a la intimidad. En este sentido hay diversas normas en las leyes de Enjuiciamiento Civil y Criminal, y en el Código Penal, de modo principal, que afectan al derecho a la intimidad del individuo frente a los poderes públicos. Sin embargo, esas normas se

han adaptado perfectamente al art. 18 de la Constitución, pues no en vano, como hubo ocasión de ver al examinar los antecedentes históricos constitucionales españoles, se promulgaron al amparo de Constituciones que reconocían el derecho a la intimidad en algunas de sus manifestaciones. A este respecto, el ethos jurídico que presidió el art. 18 de la Constitución no ha experimentado transformaciones sustanciales.

Tras la entrada en vigor de la Constitución se han dictado diversas leyes que afectan sin duda al derecho a la intimidad del sujeto frente a los poderes públicos.

a') En este sentido se han promulgado diversas normas que protegen el derecho a la intimidad del sujeto frente a la acción de los poderes públicos en diversas esferas. Respecto a la Administración sanitaria, la Ley General de Sanidad (241) establece que el usuario de las administraciones públicas sanitarias tiene derecho al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad (art. 10.1) y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público (art. 10.3) (242). En dicha ley se produce una cierta quiebra del derecho a la intimidad al establecer ésta que en cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que al principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Dicho historial estará a disposición de los enfermos y los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica (art. 61). Esta normativa, pone en entredicho la relación personalísima (intima) médico-paciente, transformándola en la más

impersonal centro sanitario (o médico que en cada momento designe el Centro)-paciente. Por otra parte, sustrae al paciente el control de su historial clínico, pudiendo ser utilizado éste al margen y aún en contra de su consentimiento. A ello se añade que la pretensión de integrar la información en un historial clínico único, sin contar con el paciente, evoca los temores que suscita la integración de información perseguida en el número de identificación personal único. Esta normativa ha contado con la aprobación del TC (243) que ha perdido la ocasión de afinar la protección de la intimidad en la relación del sujeto con las administraciones públicas.

b') También se ha consagrado el derecho a la intimidad frente a la actividad controladora de la competencia que ejercen los poderes públicos. Así, en la Ley de defensa de la competencia (244) se declara que el acceso a los locales de las empresas investigadas por el servicio de defensa de la competencia sólo podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial. En este último caso deberá extenderse un acta en la que se adjunte la relación de documentos retenidos temporalmente (art. 34.4). Finalmente, se establece que los datos e informaciones obtenidos sólo podrán ser utilizados para las finalidades que prevé la ley de defensa de la competencia (art.34.6).

En lugar aparte se regulan las facultades de investigación de los funcionarios del Servicio de Defensa de la Competencia. Se les reconoce la facultad de examinar, obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso de carácter contable, y, si procediera, retenerlos por un plazo máximo de diez días (art. 33.2). La obstrucción de esa labor inspectora se sanciona duramente (art. 33.4). Parece que debe entenderse que cuando dichos documentos obren en un local de la empresa, debe preceder la garantía de la inviolabilidad de domicilio (art. 34 de la ley), pues de lo contrario nos encontraríamos en una norma

absurda. Por lo demás, el deber de colaboración con el servicio, en virtud del cual toda persona natural o jurídica está obligada a proporcionar (a requerimiento del servicio) toda clase de datos e informaciones necesarias para la aplicación de la ley de defensa de la competencia (art. 32.1) debe entenderse, por supuesto con la salvedad de que la negativa se haga en el ejercicio de un derecho, como el derecho a la intimidad.

c') Otro ámbito de las relaciones con los poderes públicos en el que se ha recogido el derecho a la intimidad es el de la actividad estadística de las administraciones (245). Así se prevé en la ley de la función estadística pública (246). Esta ley preceptúa que los servicios estadísticos podrán solicitar datos a todas las personas físicas y jurídicas, nacionales y extranjeras, residentes en España (art.10.1). Ahora bien, los datos susceptibles de revelar el origen étnico, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o ideológicas y, en general, cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar serán de aportación estrictamente voluntaria y sólo podrán recogerse previo consentimiento expreso de los interesados (art.11.2). La cláusula "cuantas circunstancias puedan afectar a la intimidad personal o familiar" debe considerarse afortunada pues resulta una garantía suficiente para la protección del sujeto. Otra cuestión es que pueda tener una mayor o menor amplitud según se interprete el concepto de intimidad en sentido subjetivo (autodeterminación informativa) u objetivo (ámbito de reserva). Por lo demás, cuando los servicios estadísticos soliciten datos deberán proporcionar a los afectados información sobre cuatro aspectos (art. 11.1): primero, sobre la naturaleza, características y finalidad de la estadística, pues en virtud del principio de especialidad los datos recogidos sólo se pueden destinar a los fines que justificaron la obtención de los mismos (arts. 4.4 y 14.2) y por el principio de transparencia el sujeto que proporciona información tiene derecho a saber la finalidad con que se recaban (art.4.3); segundo, si es obligatoria o no la colaboración y el dar la información, conforme al principio de intimidad, no expresa, pero

sí implícitamente recogida en la ley (art.11.2), lo cual puede plantear el conflicto entre el afectado y la Administración cuando cuando diverjan en la calificación de íntimos o no de los datos pretendidos; tercero, sobre la protección que dispensa a los afectados el secreto estadístico, por mor del principio de secreto que entraña una garantía institucional pues los servicios estadísticos estarán obligados a adoptar las medidas organizativas y técnicas necesarias para proteger la información (art. 4.2), y del principio de transparencia, que otorga a los sujetos que suministren datos el derecho a obtener plena información sobre la protección que se dispensa a los datos (art. 4.3); y cuarto, las sanciones en que el sujeto pueda incurrir por no colaborar o por facilitar datos falsos, inexactos, incompletos o fuera de plazo.

La ley regula el secreto estadístico cuyo objeto son los datos personales (art. 13.1). Se entiende por datos personales los referentes a personas físicas o jurídicas que o bien permiten la identificación inmediata de los interesados, o bien conduzcan, por su estructura, contenido o grado de desagregación, a la identificación indirecta de los mismos (art. 13.2). El secreto estadístico obliga a los servicios estadísticos a no difundir en ningún caso los datos personales cualquiera que sea su origen (art.13.3). El personal dependiente de los servicios estadísticos tiene igualmente la obligación de preservar el secreto estadístico (art.17.1), así como cuantas personas físicas o jurídicas tengan conocimiento de datos amparados por el secreto con ocasión de su participación eventual en cualquier fase del proceso estadístico, ya sea por contrato, acuerdo o convenio de cualquier género (art. 17.3).

La información amparada por el secreto estadístico sólo podrá ser consultada por terceros mediando consentimiento expreso del afectado o veinticinco años después de su muerte si se conoce la fecha de ésta, o cincuenta años después de su obtención si no se conoce esa fecha (art. 19.2). Excepcionalmente, pueden ser proporcionados los

datos veinticinco años después de su obtención (haya muerto o no el afectado) a quien demuestre un legítimo interés (art. 19.3). Estos preceptos suscitan honda preocupación porque, pese a guardarse los datos bajo claves (art.18.2), presuponen que las informaciones suministradas permiten la identificación inmediata del sujeto o por su estructura conducen a la identificación indirecta del mismo. Hay pie para pensar que esto es un grave riesgo (siempre cabe la posibilidad de una "filtración" de los datos) por lo que quizá debiera añadirse otro principio a los ya referidos, el principio de anonimato, que puede derivarse directamente del derecho a la intimidad.

Los directorios que no contengan más datos que las simples relaciones de establecimientos, empresas, explotaciones u organismos de cualquier clase en cuanto aludan a su denominación, emplazamiento, actividad y el intervalo de tamaño al que pertenece no quedan amparados por el secreto estadístico (art. 16.1).

Algunas Comunidades Autónomas han dictado leyes de estadística. Cataluña y el País vasco antes que se dictase la ley nacional , y Canarias después (247).

d') Finalmente, y en relación con la Administración Tributaria, existe la Orden del 30 de julio de 1.982 sobre limitación de acceso a la información contenida en las bases de datos fiscales. Esta orden dispone en su apartado primero que la información contenida en las bases de datos del Ministerio de Hacienda será de uso exclusivamente reservado para el cumplimiento de los fines que el ordenamiento jurídico encomienda al Ministerio de Hacienda. Se recoge, por tanto, el principio de especialidad de la información ya visto en relación con las actividades estadísticas de la Administración. La infracción de este mandato se sanciona como violación del secreto profesional y como falta muy grave al régimen disciplinario (apdo. 4º de la Orden).

d.2. Relaciones entre particulares. (Drittwirkung)



A.) La cuestión doctrinal.

El problema de la ampliación del ámbito de eficacia de los derechos fundamentales de las relaciones verticales o de subordinación (individuo-poderes públicos) a las relaciones horizontales o de coordinación (relaciones entre particulares) ha planteado un interesante debate en Alemania que se ha trasladado a España. Como observa Forsthoff la Drittwirkung nace bajo la pretensión de hermanar Estado de Derecho y Estado social sobre la base común de los derechos fundamentales. Para ello se precisaba transmutar los derechos fundamentales de derechos de defensa en derechos positivos, lo que se logró concibiendo los derechos fundamentales como positivación de valores y la totalidad de los derechos fundamentales como un sistema de valores inherente a la Constitución. La anterior afirmación permite deducir que si los derechos fundamentales son un orden de valores y expresan principios jurídicos generales, su validez no puede quedar reducida a la esfera estatal, no pudiendo excusarse que las relaciones sociales interindividuales no estén sometidas a estos principios (248).

Así planteada la cuestión ha habido autores a favor y en contra de la admisión de la Drittwirkung o eficacia ~~inter privados~~. A favor de la misma se han pronunciado diversos autores. El pionero fue Nipperdey para quien la Drittwirkung garantiza a cada ciudadano un ~~status socialis~~ en sus relaciones jurídicas con los demás y, en especial, con los grandes poderes sociales, abstracción hecha de su poder e influencia (249). En este sentido abunda Müller cuando observa que la autonomía privada y la libertad contractual presuponen una situación más o menos equitativa de los contratantes, tanto desde el punto de vista jurídico como real, en la medida en que sin tales autonomía y libertad toda autodeterminación del sujeto estaría excluida ~~a priori~~. Esta autodeterminación justamente en tanto que condición previa de la libertad contractual puede encontrarse ausente cuando un individuo se encuentra enfrentado a la superioridad

social de otras personas. Por esta razón se justifica el introducir la eficacia inter privados de determinados derechos particularmente amenazados (250). Pérez Luño, igualmente, apunta que la *Drittwirkung* es un imperativo para hacer frente a la amenaza a las libertades por parte de poderes económico-sociales fácticos que muchas veces son más implacables que el propio Estado en la violación de los derechos fundamentales. Pero, aparte de esto, arguye que no admitir la eficacia inter privados supondría admitir una doble ética en el seno de la sociedad: una aplicable a las relaciones del particular con el Estado, y la otra a las relaciones de los ciudadanos entre sí, que serían divergentes en su propia esencia y en los valores que consagran (251).

En contra de la admisión de la *Drittwirkung* se han pronunciado diversos autores. En Alemania, Forsthoff ha indicado que esta técnica resulta contradictoria pues el atribuir un derecho a un ciudadano frente a otro, implica imponer a este último una obligación para con aquél, lo que supone mutar un derecho de libertad en una norma obligatoria. Por otra parte, esa "socialización" de los derechos fundamentales que implica la eficacia inter privados supone abandonar la situación de enfrentamiento del individuo con el Estado, para incluirle en la ordenación social global (total) compuesta por el Estado y la sociedad, lo que supone exponer la libertad de los derechos fundamentales a intervenciones que se declaran necesarias para la prosperidad (real o retórica) del Estado y sociedad. Con esto se incluye a los derechos fundamentales en la ordenación del todo social y se los subordina a apetencias reales o supuestas. En definitiva se trata de elegir entre libertad (derechos de defensa) o vinculación social (*Drittwirkung*) (252). En este sentido, conviene recordar con Freund que el totalitarismo es una aspiración a la totalidad, no una totalidad prometida en el más allá, sino en el más acá. El sistema, al pretenderse total no reconoce en su interior fronteras entre las diversas actividades humanas. Como ya se mencionó, para este autor, sólo hay libertad política allí donde se respeta la distinción entre lo público y lo

privado, siendo una forma de totalitarismo la identificación de lo social y del Estado (253).

En la línea de Forsthoff, García Torres y Jiménez-Blanco, han considerado que el presupuesto de la *Drittwirkung*, la teoría de los valores, no es neutra. Toda realización de valores resulta "valoricida", el impulso del valor a valer de hecho provoca una irresistible e inevitable lucha entre valores valorizadores, desvalorizadores, revalorizadores y transvalorizadores dicen con Schmitt. Los dichos autores se preguntan si una sociedad troquelada hasta el extremo por los derechos fundamentales sería una "sociedad libre" o una sociedad en la que imperaría un nuevo y acaso definitivo totalitarismo, el de los derechos fundamentales (254). Pérez de los Cobos, siguiendo en parte la estela de estos autores, advierte que la admisión de esa teoría lleva consigo una doble limitación de la libertad que es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico (art.1.1). Por una parte esta tesis supone una limitación de la libertad individual por cuanto al hacer de los artículos 14 al 30 un código moral judicializable se sitúa al ciudadano ante la permanente incertidumbre de lo que es conforme o disconforme con la Constitución. La imposición de unos valores se hace siempre a costa de otros que no es claro que el constituyente en su día, ni el legislador en éste, quieran precluir (255). Por otra parte esa tesis lleva también consigo una limitación de la libertad colectiva, pues, en la medida en que el ámbito constitucional se dilata, la libertad del legislador se reduce, probablemente sin ningún fundamento democrático (256).

La *Drittwirkung* puede ser inmediata o mediata. La inmediata sostiene que los derechos fundamentales imperan de forma directa y necesaria en las relaciones entre particulares. La mediata postula que sólo imperan previa actuación de los poderes públicos (ejecutivo, legislativo o judicial) cumpliendo el mandato constitucional de configurar la situación jurídica de los particulares de acuerdo con los derechos

fundamentales. Entre esas actuaciones se encuentra la necesidad de los tribunales de interpretar todas las normas de acuerdo con la Constitución y los derechos fundamentales, y de aplicar éstos (257). No obstante, García Torres y Jiménez-Blanco han relativizado esta distinción al sostener que no hay supuestos de Drittwirkung inmediata porque la relación en que se produce la violación del derecho no es la de un particular, sino la de un particular con un juez llamado a dirimir el conflicto, pues no cabe hoy la autotutela privada de los derechos y siempre será necesaria la interpositio iudicis. (258).

García Torres y Jiménez-Blanco consideran necesario operar una distinción entre el plano material y el plano procesal de la Drittwirkung. En efecto una cosa es el problema de la Drittwirkung stricto sensu, es decir, la cuestión de la estructura y función de los derechos fundamentales (plano material), y otra el problema de la protección, la tutela del derecho, el acceso del derecho al amparo judicial ordinario o al amparo constitucional (plano procesal). Es posible el reconocimiento material de la Drittwirkung otorgándole amparo judicial ordinario pero no amparo constitucional (259). No obstante, tanto en Alemania como en España se confunden esos planos usualmente (260).

B.) El problema en la Constitución.

Desde un punto de vista procesal algunos autores fundándose en que el art. 53.2 CE dice "los ciudadanos podrán recabar la tutela de derechos fundamentales mediante el amparo judicial" y, en su caso, "a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional", y en que el art. 161.1.b CE afirma que el TC tiene jurisdicción para conocer del recurso de amparo "en los casos y formas que la ley establezca", sostienen que ex constitutione no todos los derechos fundamentales son per se accionables en amparo constitucional. En este sentido, el art. 41.1 LOTC opta por otorgar amparo constitucional a todos los derechos fundamentales de los arts. 14 a 29 y art. 30.2 CE, y el art. 41.2 LOTC, se

pronuncia a favor de conceder el amparo constitucional sólo frente a violaciones de esos derechos "originados" por los poderes públicos. Lo anterior supone que las violaciones de derechos fundamentales "originados" por particulares no tendrían amparo constitucional, independientemente de que puedan gozar de amparo judicial (261).

No ha sido ésta la opinión del TC. El TC, principalmente desde su STC 78/1982, considera que es accionable en amparo una violación de derechos fundamentales inter privados desde el momento en que el juez, en su sentencia, al no reconocer la violación, se hace él mismo transgresor del derecho encausado (262). Curiosamente, esta doctrina aplicada al principio de igualdad mayormente, ha sido tenazmente negada respecto al derecho al honor (263), distinto, pero próximo a la intimidad.

Desde un punto de vista material, se ha sugerido que no todos los derechos fundamentales son susceptibles de eficacia inter privados, y que deben examinarse caso por caso para comprobar esta circunstancia (264). La jurisprudencia constitucional parece haberse inclinado por esta tesis en la medida en que ha elegido interpretar los enunciados de los arts. 14 a 29 y 30.2 CE en el sentido de que no todos reconocen derechos subjetivos fundamentales accionables en amparo frente a particulares (265). El TC admite, por vía de principio, la eficacia inter privados con base en la proclamación del Estado social de Derecho (266).

C.) Eficacia inter privados del derecho a la intimidad.

La *Drittwirkung* del derecho a la intimidad como tal o de sus manifestaciones se ha reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar gozan de eficacia inter privados y de acceso al amparo constitucional (267). Por su parte, la inviolabilidad de domicilio, también resulta oponible

frente a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública (268). En cuanto al secreto de las comunicaciones, el TC ha declarado su eficacia erga omnes (269).

La doctrina que sienta el T.C. proviene de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de EE.UU. respecto de la "evidence wrongfully obtained" y la "exclusionary rule" que rechaza la prueba obtenida ilegalmente, con violación de la 4ª enmienda de la Constitución, si bien ese rechazo sólo se produce por el Tribunal de los EE.UU. cuando la actuación irregular y contraria a un derecho constitucional se realiza por un agente público (270). El T.C. partiendo de que, según el art. 10. 1, los derechos fundamentales son inviolables, reconoce la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando uno de esos derechos. Se trata, dice el Tribunal, de una garantía objetiva del orden de libertad articulado en los derechos fundamentales, y no de un principio del ordenamiento que pueda concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la cualidad de derecho fundamental. La garantía deriva de la nulidad radical de todo acto público o, en su caso, privado violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución. No sólo no se admite un acto violatorio cometido por un agente público como en la jurisprudencia norteamericana, sino tampoco el que es obra de un sujeto privado.

García Torres y Jiménez-Blanco, a través de un penetrante análisis fenomenológico del problema han criticado, con bastante fundamento, esta extensión absoluta del derecho a la intimidad y de sus manifestaciones a las relaciones entre particulares (271). No obstante, los casos que plantean pueden admitir ciertas soluciones. El problema de si constituye una lesión de la inviolabilidad de domicilio o de la intimidad la inspección por el padre del armario de su hijo queda superado bien en atención al respeto a la intimidad familiar (art. 18.1 CE) que vedaría que

los poderes públicos o los jueces se entrometieran en ese ámbito, bien en atención a la garantía institucional de la familia (art. 39.1 CE) que preservaría a esa institución de la acción estatal. En cuanto al problema de si viola el secreto de las comunicaciones una regla monástica que prescribe la apertura de la correspondencia por el superior, pudiera afegarse el derecho de libertad del individuo (art. 16.1 CE), para entrar o salir de esa orden, por lo que, cuanto suceda mientras él libremente permanezca dentro, es ajeno a los poderes públicos y afecta sólo a su libertad. No obstante, estas soluciones quizás choquen con un entendimiento obtuso de la Drittwirkung.

Por esto, cuando el T.C. considera que el respeto a los derechos fundamentales y a las libertades públicas garantizado por la Constitución es un componente esencial del orden público y, por ende, han de tenerse por nulas las estipulaciones contractuales incompatibles con ese respeto (272), debe tenerse muy en cuenta que uno de esos derechos es el derecho a la libertad, que no puede ser ignorado. Por ello, el problema de fondo es el conflicto entre la libertad y los demás derechos (273) (sobre todo, la igualdad), más que la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales inter privatos en general.

D.) Concreciones de la eficacia inter privatos en algunas áreas del ordenamiento.

a') En el derecho Civil.

La extensión del ámbito de eficacia del derecho a la intimidad a las relaciones entre particulares se ha operado de forma clara mediante la ley de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (274). En dicha ley se prescribe que el derecho fundamental a la intimidad, garantizado en el art. 18 CE, se protegerá civilmente "frente a todo género de intromisiones ilegítimas" de acuerdo con lo establecido en la L.O. (art. 1.1). Antes del claro reconocimiento de la Drittwirkung en el Derecho Civil realizado por la

L.O. 1/1982, se consideró por algunos autores que un reconocimiento explícito del efecto de los derechos fundamentales erga omnes no era necesario. Para esta opinión las cláusulas de las "buenas costumbres", la buena fe, o el orden público (art. 1255 CCV) previstos en el Derecho Privado para organizar las relaciones contractuales bastan para asegurar ciertos derechos fundamentales (275) entre los que pueden incluirse el derecho a la intimidad.

En cuanto al aspecto procesal de la Drittwirkung, la tutela del derecho podrá recabarse bien mediante los procedimientos ordinarios bien mediante el amparo judicial o el amparo constitucional ex. art. 53.2 CE (art. 9.1 y d.t. 2ª). Como se ha advertido por la doctrina, el TC no ha dado muestras de juzgar inconstitucional la Drittwirkung legislativa del derecho a la intimidad (276) pese a que ha tenido sobradas ocasiones de hacerlo.

b') En el Derecho del Trabajo.

Por lo que hace al aspecto material de la eficacia inter privatos, el derecho fundamental consagrado en el art. 18.1 de la Constitución ha sido también extendido al ámbito laboral. Así, el art. 4.2. e) del Estatuto de los Trabajadores (277), declara que, en la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho "al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad". Una manifestación más concreta de este derecho se plasma en el art. 18 LET sobre la inviolabilidad de la persona del trabajador, el cual afirma que "sólo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo". Dicho precepto agrega que en la realización de esos registros "se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un

representante legal de los trabajadores, o en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible".

La regulación del derecho a la intimidad prevista en los arts. 4.2.e) y art. 18 LET resulta de especial significación al considerar ambas disposiciones a la intimidad y a la dignidad de modo unido, resaltando de este modo la gran conexión existente entre el derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E. y la dignidad de la persona consagrada en el art. 10.1 C.E., lo cual confirma todo lo dicho en su momento acerca de la naturaleza del derecho a la intimidad y del rango primerísimo de que goza el derecho a la intimidad en comparación con otros derechos fundamentales.

Este derecho a la intimidad en las relaciones entre particulares en el seno de la empresa se ha reiterado con ocasión de la ley sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación (278), al disponer que la copia del contrato del trabajador que deba entregar el empresario a los representantes sindicales contendrá todos los datos del contrato a excepción del número del Documento Nacional de Identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal (art. 1.1.2).

A pesar de este reconocimiento, hay autores como Del Valle que han mostrado su preocupación por lo que entienden como insuficiente reconocimiento del derecho a la intimidad en la esfera laboral (279).

La vertiente procesal de la *Drittwirkung* del derecho a la intimidad en las relaciones laborales, ha sido estudiada por Goñi quien ha puesto de manifiesto la confusión reinante en este terreno. Es clara la posibilidad de accionar este derecho ante la jurisdicción ordinaria, aunque es más oscura la posibilidad y forma de utilización del amparo judicial y del amparo constitucional, que Goñi admite al aplicar las disposiciones de la L.O. 1/1982 a lo laboral (280).

c') En el Derecho Mercantil

También en el ámbito mercantil se ha producido un reconocimiento, bien que segmentario, del derecho a la intimidad en las relaciones entre particulares. La Ley que regula los actos de competencia desleal (281) es pionera en este terreno. Su ámbito objetivo está determinado por los actos de competencia desleal que se realicen en el mercado y con fines "concurrentiales" (art. 2). El ámbito subjetivo incluye a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3). Tanto por el ámbito objetivo como por el subjetivo, queda fuera duda que nos encontremos ante una auténtica relación entre particulares.

Esta ley incluye entre los actos de competencia desleal los actos de denigración. En este sentido, la ley considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes (art. 9.1). Ahora bien, no se estiman pertinentes las manifestaciones que tengan por objeto la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado (art. 9.2). Aparece, por tanto, la protección del derecho a la vida privada del empresario en sus relaciones mercantiles.

La ley recoge otros aspectos que tienen alguna relación con la intimidad. Así, se considera desleal la divulgación o explotación sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de actividades de espionaje o de inducción a la infracción contractual (art. 13.1). Aquí se presentaría el problema de la intimidad de las personas jurídicas. Por otra parte, también se reputa desleal la venta,

a pérdida cuando tenga por objeto desacreditar la imagen de un producto o de un establecimiento ajeno (art. 17.2. b). En este supuesto habría algo parecido a un derecho a la propia imagen del empresario o la empresa en sus relaciones mercantiles. No obstante, en este supuesto parece desprenderse una escasa o nula conexión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad.

El reconocimiento de un derecho a la intimidad en las relaciones de mercado (art. 9), plantea la interrogante de si se trata de una concreción del derecho fundamental (art. 18.1 CE) o si nos encontramos ante un derecho autónomo no constitucional. La solución depende en buena medida de que se admita o no que el derecho fundamental puede ser ostentado por una persona jurídica. La jurisprudencia constitucional es vacilante, como ya hubo ocasión de ver; la doctrina está dividida, como también se comprobó. La solución, por tanto, queda abierta.

Un terreno en el que no se ha reconocido el derecho a la intimidad es el Derecho de Seguros. Se ha observado que las compañías de seguros (como las entidades de crédito, los empleadores y otros) compilan una enorme cantidad de datos privados, con el argumento coactivo de que los beneficios ofrecidos por la compañía sólo se puedan conceder si se proporciona toda la información que exigen (282). La situación es realmente preocupante. No en vano se ha afirmado que el mayor y más terrorífico fantasma contra la intimidad son las compañías de seguros. Uno puede protegerse frente a cualquier contingencia, pero para ello debe sacrificar su intimidad. Hay peligros que no pueden ser apartados con la sola responsabilidad del individuo (enfermedades, vejez...) en ese caso el Gobierno o la compañía de seguros asumen la carga reemplazando al individuo, a cambio de obtener su intimidad (283).

De contestarse afirmativamente a la existencia de Drittwirkung de un derecho fundamental en este campo, se plantearía la cuestión de la

vertiente procesal de la misma. Aquí no cabe sino remitir a lo ya dicho supra al tratar de la Drittwirkung en Derecho Español en general.

e) Límites.

Algún sector de la doctrina ha distinguido entre límites internos y limitación externa de los derechos fundamentales. Así, Piqueras considera que la limitación externa de un derecho se produce por su colisión con otros derechos (o bienes, añadiríamos); los límites internos, por su parte, pueden venir dados, bien por la naturaleza del derecho en sí, bien por la necesidad de su ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe, bien por la prohibición del abuso de derecho (es decir, por la finalidad con que el ordenamiento los creó) (284).

Por su parte, De Otto distingue entre límite y limitación. Para este autor puede hablarse, de un lado, de limitación externa de los derechos y libertades, es decir, incidencia externa sobre un derecho imponiéndole limitaciones que, de otro modo, no tendría (285) y, de otro, de límites o delimitación de los derechos fundamentales. En el caso de la delimitación del derecho, se trata de averiguar el contenido del mismo para dictaminar si el ejercicio del derecho en el caso concreto pertenece o no al ámbito del derecho. Se trata de determinar el contenido del derecho, y fijar sus fronteras para determinar si la conducta es o no ejercicio del derecho. Si la conducta no forma parte del contenido del derecho no cabrá hablar de limitación del derecho, (286). Así pues, en el segundo caso, no cabría hablar propiamente de limitación de los derechos. A decir verdad, a juicio de De Otto, propiamente hablando no pueden darse limitaciones externas de un derecho fundamental, sino que siempre habrá un problema de delimitación de los auténticos contenidos de ese derecho, que se resolverá por medio de una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución (287).

Aquí, no obstante, no se considera un planteamiento tan radical como el de De Otto y se examinarán, los límites internos y las limitaciones externas.

Como ha advertido el TC, la intimidad personal puede llegar a ceder en ciertos casos y "en cualquiera de sus diversas expresiones", ante exigencias políticas, pues no es éste un derecho de carácter absoluto, pese a que la Constitución, al enunciarlo, no haya establecido de modo expreso, la reserva de intervención judicial que figura en las normas declarativas de la inviolabilidad de domicilio y del secreto de las comunicaciones (arts. 18.2 y 3 CE). Tal afectación del ámbito de la intimidad es sólo posible por decisión judicial (288).

e.1. Límites internos.

Como se ha advertido, los límites internos pueden venir dados por tres vías: la naturaleza propia del derecho, la buena fe o el abuso de derecho. Por lo que hace a la naturaleza propia del derecho, es menester remitirse a lo dicho anteriormente tanto respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad, como a lo escrito sobre el contenido de este derecho. Muy especialmente, afectará a los límites el que se adopte una postura objetivista o subjetivista sobre el concepto de intimidad. Si se considera la intimidad como una cierta esfera objetivamente determinable quizá pueda llegarse a una conclusión distinta sobre el límite de ese derecho que si se la considera como autodeterminación informativa.

El ejercicio de los derechos debe enmarcarse, según el TC en una pauta de comportamiento que el art. 7 del CCV expresa con carácter general al precisar que "los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe". La buena fe ha sido considerada como un límite al ejercicio del derecho a la libertad de expresión (289), si bien, parece que pudiera ser considerada como un límite aplicable a los demás derechos fundamentales y, entre ellos, a la intimidad. No obstante, el TC,

ha matizado su postura al advertir que si bien la buena fe contractual puede ser límite (en concreto de la libertad de información en materia sindical) en el ámbito de la organización de la empresa privada, no despliega sus efectos con idéntica virtualidad cuando se trata de la función pública. Esta solución, sin embargo, no es compartida por García Torres y Jiménez-Blanco, quienes opinan que los derechos fundamentales son un quid distinto a los demás derechos subjetivos y que sólo pueden limitarse con arreglo a los preceptos constitucionales, y no por los del Código Civil. Por ello sostienen que el contenido esencial del derecho peligraría ante una regla como ésta (290).

En tercer lugar, debe mencionarse el abuso de derecho. La categoría del abuso de derechos fundamentales se encuentra constitucionalizada en el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, con un carácter bastante restrictivo (291) (si bien la figura alemana también se aproxima a la categoría de la suspensión individual de los derechos fundamentales). El abuso de derecho también está recogido en dos importantes documentos informacionales: de un lado en la DUDH (292), y de otro en el CEDH (293). En España el principio no está consagrado en la CE, sino en el CCV (art. 7.2) en los siguientes términos:

"La ley no ampara el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por la circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso".

Dejando a un margen la alusión a las posibles medidas "administrativas", es lo cierto que, en principio, la categoría podría ser aplicable a los derechos fundamentales como lo ha sido la buena fe. Un sector de la doctrina (Rovira Viñas) ha negado que la categoría del abuso de derecho pueda tener cabida en el Derecho Constitucional

español, el cual distingue dos conceptos de abuso: uno genérico, del que brotarían los límites de los derechos (incluidos los fundamentales); y otro específico, la teoría del abuso de derecho del ordenamiento civil, ligada al derecho de propiedad, que es considerado como un medio de actuación típico del "Estado Social de Derecho", y que fortalece al Poder Judicial otorgándole amplias facultades de actuación (294). Se ha alegado también que el principio de seguridad jurídica no aconseja reconocer un límite a los derechos fundamentales que no esté expresamente previsto en la Constitución, máxime cuando la propia Constitución reconoce ya un amplio elenco de límites (295).

En favor de la admisión del abuso de derecho se ha alegado que es un principio general del Derecho (296), y que ya se ha introducido en nuestro ordenamiento por vía indirecta a través del art. 11.2 LOPJ, (297) según el cual:

"Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal".

Este último argumento, sin embargo, parece rechazable porque la norma se refiere a abuso de un derecho procesal, pero no material.

Sea como fuere, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional reconoce la categoría del abuso de derecho, si bien, a diferencia de lo que sucede con la buena fe, no la ha referido al art. 7.2 CCV, sino que parece configurarla como un principio constitucional autónomo (298) delimitador de los derechos. Tendería a identificar la situación en que hay una extralimitación en el ejercicio del derecho. Nada parece indicar que la categoría no sea aplicable al derecho a la intimidad.

e.2. Limitaciones externas.

A.) Doctrina general del T.C.

El T.C. ha considerado en varios lugares lo que aquí se llaman limitaciones externas de los derechos fundamentales. Para el Alto Tribunal, la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones y en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos (299).

Ahora bien, si para el T.C. los derechos y libertades no son absolutos, tampoco lo son los límites a que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades. En efecto, tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras, y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones, en cuanto éstas derivan del "respeto a la ley y a los derechos de los demás", son igualmente considerados por el art. 10.1 CE como "fundamento del orden político y de la paz social". Lo cual, conecta con la tesis expuesta por el Tribunal (en su STC 25/1981), de que los derechos fundamentales resultan ser "elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional", reiterando el interés público que se halla en la base de la tutela de los derechos fundamentales. Se produce, por tanto, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, en el que las normas que regulan la libertad como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente (300). Parece que estas últimas consideraciones se aproximarían a la tesis defendida por De Otto, en cuanto parecen postular una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución merced a la cual es la propia Constitución la que delimita

con una norma la extensión de la protección jurídica dispensada por el derecho (301).

Tanto la Constitución como el propio T.C. han establecido determinadas cautelas al tratar de los límites de los derechos fundamentales:

1º . La limitación si no se halla establecida constitucionalmente sólo podría operarse por la ley (ley orgánica, en el caso del derecho a la intimidad, art. 81,1 CE).

2º . Toda limitación debe poder ser controlable jurisdiccionalmente, bien mediante el recurso de inconstitucionalidad (arts. 53.1 y 161.1 a) CE), bien mediante el amparo judicial o, en su caso, el recurso de amparo constitucional (arts. 53.2 y 161.1 b) CE, y d.t. 2º LOTC), aparte de los procedimientos ordinarios.

3º . Toda limitación de un derecho fundamental debe ser interpretada restrictivamente y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tal derecho (302).

4º . La norma limitadora ha de asegurar que tal restricción sea "necesaria para conseguir el fin perseguido" (303). Es claramente perceptible aquí el influjo del TEDH en la interpretación del art. 8.2 CEDH y preceptos similares (art. 10.2 CEDH, p. ej.). Por ello, el concepto de "necesidad" deberá ser entendido a partir de la conceptualización del mismo hecho por el TEDH, pudiendo hacerse una interpretación más estricta del mismo, pero no más lábil (art. 60 CEDH)

5º . El acto limitador ha de atender a la "proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y a la situación en que se halla aquel a quien se le impone" tal sacrificio (304). El respeto de esta regla supone la motivación de la regla judicial que excepcione o restrinja el derecho, pues sólo tal fundamentación permitirá controlar la razón que justificó, a juicio del

órgano judicial, el sacrificio del derecho fundamental (305). Aquí igualmente se advierte el influjo de la jurisprudencia del TEDH.

6º . En todo caso, si tras lo anterior, tal derecho aún puede ejercerse, la limitación deberá respetar su contenido esencial (306). Esto puede interpretarse, en el sentido de considerar que todos los pasos anteriores contribuyen a delimitar el derecho y revelan si la acción concreta forma o no parte del mismo.

B.) Reconocimiento de la objeción de conciencia.

Es posible la existencia de un conflicto entre el derecho a la intimidad y el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar. Aquí pueden darse dos situaciones distintas. La primera es la que contempla el art. 3 de la Ley de objeción de conciencia (307), acerca de la posibilidad de que el Consejo Nacional de Objeción de Conciencia solicite al objetor la ampliación de los razonamientos de su solicitud, ante el caso de que se presente una solicitud escueta, imprecisa, no razonada o contradictoria. El Defensor del Pueblo recurrió ante el T.C. este precepto, y otros de la misma ley, y el Tribunal resolvió el asunto en su STC 160/1987. El T.C. señala que "la posible colisión (de esta petición al objetor) con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 C.E. desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas a la violencia y/o a la prestación del servicio militar, bien entendido que sin esa voluntad del objetor dirigida a extraer consecuencias jurídicas -y por tanto exteriores a su conciencia- de su objeción nadie podrá entrar en su intimidad ni obligarle a declarar sobre su ideología, religión o creencias" (308). Esta solución fue aceptada por todos los miembros del Tribunal.

La segunda situación posible y que originó mayor divergencia fue la referida al inciso 2º de ese mismo art. 3.2 de dicha ley que autoriza al Consejo para "requerir de los solicitantes o de otras personas u

organismos la aportación de la documentación complementaria o testimonios que se entiendan pertinentes"

En un estudio realizado antes de la Constitución sobre el Derecho Comparado referente a este asunto, se refirió Muñoz Vega a esta situación enjuiciándola muy críticamente. Señala este autor que "un procedimiento de tal índole, donde su finalidad exija el sondeo de maduraciones volitivas, fenómenos psicológicos y móviles internos personales del hombre, aparte de las insuperables dificultades con la prueba, entraña una entrada insólita en el santuario de la intimidad personal, cuya licitud ética, por el atentado a la dignidad humana que encierra, no será excesivamente fácil de justificar" (309). A lo dicho, el autor añade que constituye un contrasentido que, en virtud de la defensa de la primacía de la conciencia, se invada el recinto de la misma conciencia, tratando de inquirir y aprehender las motivaciones psíquicas, los procesos anímicos de las diversas personalidades de quienes no pretenden más que ejercer un derecho, por lo que no se acaba de explicar cómo los que invocan la defensa de la libertad humana se atreven a brindar una solución que establece semejante asalto a las zonas más reservadas e inviolables del hombre (310). En una línea parecida se sitúan los magistrados de la Vega y García-Mon en sendos votos particulares a la decisión de la mayoría del Pleno sobre esta cuestión. De la Vega sostiene que se viola la intimidad personal porque esa aportación externa de datos procedentes de terceras personas u organismos, constituye un complemento informativo que escapa a la disponibilidad y autonomía del titular del derecho, supone un "juicio" ajeno acerca del mismo y sus convicciones íntimas personales y una entrada indebida en su conciencia autónoma, pues el art. 18.1 "prohíbe esa entrada ajena, o por lo menos, el peligro de que así suceda" (311). García-Mon, por su parte, manifiesta que si es presupuesto necesario para el reconocimiento de la exención que la ideología, religión o creencias del objetor se exterioricen por éste para el reconocimiento del

derecho, inquirir la realidad de esas convicciones a través de terceros supone una auténtica invasión de la intimidad personal innecesaria para el reconocimiento del derecho" pues es al objetor a quien corresponde aportar los datos y pruebas que él estima ha de exteriorizar y si el Consejo los estima suficientes otorgará la exención y, en caso contrario, la denegará, pero inquirir de terceros otros datos y pruebas sobre las que el solicitante no ha querido romper la intimidad que le garantizan los arts. 16.1 y 18.1 de la Constitución, supone una clara infracción de estos conceptos (312).

El T.C., sin embargo, consideró que la posibilidad prevista en el art. 3.2.2º de la ley de objeción de conciencia sí que era constitucional. El Tribunal admite que es cierto que esa aportación externa de documentos y testimonios podría afectar a la intimidad o personalidad del objetor, en cuanto juicio ajeno a su conciencia o motivación para el ejercicio del derecho, pero también es cierto que aparte del interés general en la comprobación de la seriedad de los motivos, siempre cabrá al interesado la posibilidad de impugnar aquellos datos o la forma de obtenerlos, e incluso ejercitar los pertinentes recursos, ante el propio Consejo o en vía jurisdiccional. Por lo que concluye diciendo que tal como se configuran las facultades del Consejo, el cual no puede "entrar a valorar las doctrinas alegadas por el solicitante" (art. 4.3 de la ley), hay que entender que esa prueba que autoriza el inciso cuestionado ha de referirse, como es lógico, a hechos susceptibles de comprobación, a hechos externos constatables, no a la intimidad sin que ello autorice a realizar pesquisas o investigaciones sobre la vida y conducta privadas del objetor" (313). A esto cabe reconvenir que no hay ningún interés general en comprobar la seriedad de los motivos alegados por el objetor de ese modo, pues, como dice García-Mon o se le solicita al propio objetor esa comprobación y él la da o no, o si no hay convencimiento sobre la seriedad de los motivos, y el objetor no los aclara, se le denega la solicitud. Por lo que hace al segundo fundamento ofrecido por el Tribunal, no cabe duda que

esos "hechos externos constatables" puede que no le interese al objetor que figuren en expedientes de la Administración, con lo que será él quien tenga que recurrir su posible obtención en una situación en la que el principio general es la licitud de su obtención, muy distinta de la situación contraria en la que el principio general sería la ilicitud de obtención de esos datos, y en la que sería la Administración la que para obtener lícitamente un dato tendría que dar justificación de ella. Parece que con esta regulación, las defensas de la intimidad han retrocedido algo. En este sentido también se ha pronunciado Soriano para quien el art. 3.2 de la ley vulnera la libertad ideológica y el derecho a la intimidad (314). En su opinión, incluso el art. 3.2 inciso 1º de la ley (aceptado unánimamente por el T.C.) lesiona los arts. 16.1 y 18.1 pues no es posible una libre y voluntaria elección cuando se contraponen el reconocimiento de un derecho y sus beneficios (objeción de conciencia) a la violación de otro (intimidad) (315). Sin embargo, no debe ocultarse que una solución como la propuesta por Soriano es contradictoria con la propia esencia de la objeción de conciencia que exige una declaración o exteriorización, por lo que, como bien dice el T.C., ese ejercicio del derecho lleva en sí la renuncia del objetor a mantener en el ámbito íntimo de su conciencia sus convicciones.

c.) Relaciones de sujeción especial.

Otro campo de posibles limitaciones del derecho a la intimidad, es la existencia de relaciones de sujeción especial. Con carácter general, el T.C. ha manifestado que el derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula (316). Esta afirmación parece aplicable tanto a las relaciones de sujeción general, como a las de sujeción especial. No obstante, debe indicarse que todas las cautelas expuestas al hablar de

las limitaciones de los derechos fundamentales son de aplicación aquí y en máximo grado.

a') Relación funcional. Especial consideración de la relación militar.

Por lo que hace a una específica forma de relación de sujeción especial, la funcional, el T.C. ha advertido que muchos derechos (como las libertades de expresión y de sindicación) se encuentran sometidos a límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales. Esto último puede ocurrir, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional; ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios; o ya sea en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos y si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio. Para averiguar si hay transgresión de los límites, según el TC debe efectuarse una ponderación del ejercicio que el funcionario haya hecho de sus derechos constitucionales y de los límites que a dicho ejercicio derivan de los deberes que ha de cumplir en su condición de funcionario (317). Parece que puede afirmarse que el derecho a la intimidad, ni en sí mismo ni en sus manifestaciones puede quedar limitado en virtud de una relación de sujeción especial ordinaria funcional.

Distinto es el supuesto de las personas que ostentan la cualidad militar. La relación de sujeción especial a la que están sometidos los militares, es más constrictiva de los derechos fundamentales que la relación funcional "normal". Ello se debe en una importante medida al

peculiar origen e inserción en el ordenamiento estatal del ordenamiento militar. Como refiere Giannini, el ordenamiento militar empieza siendo un ordenamiento fuera del Estado, que se alimenta de unas particulares pautas de comportamiento y de unas especiales normas éticas y deontológicas. Cuando ese cuerpo de hombres, dice López Benítez, a través de la leva obligatoria se incrusta en la organización del Estado, las normas estatales inician una progresiva, pero inexorable, invasión del ordenamiento militar, que no determina, sin embargo, una entera desaparición de aquel corpus preceptivo, pero sí su postergación al ámbito interno y su aplicación a los que en él se encuentran en una relación especial de sujeción. Este componente histórico imprime unas muy cualificadas características al ordenamiento militar que le hacen marcar claras diferencias con los demás ordenamientos internos del Estado. Por este proceso se han decantado en la Institución Militar unos factores de agregación muy sólidos. Pero esa cohesión interna no se ha contraído a las reglas del oficio o del arte, sino que se ha extendido a la vida misma del soldado o del guerrero constituyendo una suerte de regla moral de vida. Así las reglamentaciones disciplinarias de los países europeos son similares. La progresiva constitucionalización del Ordenamiento Militar no ha podido acabar del todo con esta situación (318).

Las Reales Ordenanzas (319) señalan al amor a la Patria, el honor, el valor y la disciplina como principios inspiradores de la actividad militar. La disciplina, (que no es otra cosa que la relación especial de sujeción de los militares) plantea un conflicto con el derecho a la intimidad. Según las RR.OO. el militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución "sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas" (art. 169). El precepto, en principio, es materialmente constitucional, pues no se niega el límite del contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE).

En el mismo texto se reconoce el derecho a la intimidad (art. 174) en los siguientes términos:

"La intimidad personal y familiar de los militares, así como su domicilio y correspondencia, son inviolables. No se pueden intervenir, ni interferir sus papeles, comunicaciones o documentos particulares. Cualquier tipo de registro, investigación o intervención deberá ser ordenado por la autoridad judicial o militar con atribuciones para ello" (subrayado nuestro).

El precepto plantea varias cuestiones acerca de su constitucionalidad. En primer lugar, la RR.OO. son una ley ordinaria, y parece que aquí nos encontramos con un desarrollo del art. 18.1 que debería exigir ley orgánica (art. 81.1 CE). En segundo lugar, y desde el punto de vista material, cabe plantearse la constitucionalidad del inciso final. En principio, parece que los arts. 18.2 y 3 CE son tajantes: las intervenciones sólo pueden realizarse por mandamiento judicial. El que aquí se faculte a una autoridad militar plantea problemas. Quizás deba entenderse que al aludir a una "autoridad militar con atribuciones para ello" se está refiriendo a un militar investido de poderes jurisdiccionales. Por las peculiaridades propias del ordenamiento militar, podría salvarse in extremis la constitucionalidad material del precepto diciendo que determinados oficiales tienen una jurisdicción limitada, si bien no deben ocultarse las dificultades que esto plantea con respecto a los arts. 117.1 y 3 CE. Pudiera entenderse también que la garantía institucional de las Fuerzas Armadas (art. 8 CE) protege esas peculiaridades.

La reciente Ley del Servicio Militar (320) reitera la cuestión de los derechos fundamentales de los militares de reemplazo. La única novedad es que lo hace con rango de ley orgánica (mientras que las RR.OO. eran una ley ordinaria). Sin embargo, el contenido es en buena medida redundante, pues las RR.OO. se aplican a todos los militares: profesionales o de reemplazo. La nueva ley afirma que los militares de

reemplazo son titulares de los derechos y libertades establecidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los determinados en la propia Constitución, en las disposiciones de desarrollo de la misma, en las RR.OO., en las leyes penales y disciplinarias militares y en la ley del Servicio Militar (art.39). En este sentido el art.46 de esta última ley reconoce el derecho a la intimidad en los siguientes términos:

1. "El militar de reemplazo tiene derecho a la intimidad personal. Cuando existan indicios de la comisión de un hecho delictivo, de una falta disciplinaria militar y lo exija la protección de la salud pública o de la seguridad nacional, ~~el jefe de la unidad autorizará expresamente el registro~~ correspondiente, que se realizará ante testigos que refrenden el resultado y, si ello fuese posible, en presencia del interesado.

2. Las revistas e inspecciones, salvo lo previsto en el párrafo anterior, deberán respetar la intimidad de las pertenencias del afectado y del mobiliario asignado para uso personal.

3. El militar de reemplazo tendrá derecho al secreto de sus comunicaciones".

Ciertamente, este art. 39 de la Ley del Servicio Militar, a diferencia del concordante art. 174 de la RR.OO. limita los registros no judiciales al derecho a la intimidad como tal, pareciendo excluir de los mismos el domicilio y las comunicaciones (arts. 18.2 y 3 CE) cuyas limitaciones se establecen de forma taxativa en la Constitución. Ahora bien, si formalmente (con el rango de la ley orgánica) se superan los problemas de las RR.OO., y si materialmente se evita una colisión directa con los arts. 18.2 y 3 CE, la regulación limita el art. 18.1. No obstante, quizá la relación especial de sujeción militar, por su propia naturaleza, por la estricta exigencia de orden y disciplina que le caracteriza, justifique estas limitaciones, al poder ser considerada como parte del contenido esencial de la institución militar garantizada en el art. 8 CE.

Otros problemas de conflicto con la intimidad han sido planteados por determinados tipos recogidos en la Ley de Régimen Disciplinario (321). López Benítez ha estudiado con detalle los problemas que plantean, por lo que la remisión a su trabajo resulta obligada (322).

La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado en algunas ocasiones sobre los derechos fundamentales en la relación especial de sujeción militar, pero no específicamente sobre el derecho a la intimidad. El TC ha advertido que el art. 24.2 CE, al estar orientado hacia el proceso judicial penal, no es de aplicación inmediata al régimen disciplinario, y que tampoco son de aplicación los arts. 8 (derecho a la libertad) y 6 (derecho a la tutela judicial) del CEDH, a esta materia, pues España conforme al art. 64 CEDH, al ratificar este Convenio, se ha reservado la aplicación de esos dos arts. (5 y 6) en la medida en que fueran incompatibles con el régimen disciplinario de los FF.AA. (323).

De igual modo, y respecto a determinadas libertades públicas ejercitables colectivamente (libertades de expresión y sindicación), el TC ha observado que dada la importante misión que el art. 8.1 CE asigna a los FF.AA. representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que los mismos se hallen configurados de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines. A tal efecto, exigen en su organización un indispensable sistema jerárquico manifestado en una especial situación de sujeción a disciplina. Esta disciplina condiciona indudablemente el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos, como así lo demuestra que la Constitución expresamente limite los derechos de sindicación (art. 28.1 CE) y de petición colectiva (art. 29.2 CE) (324).

De lo anterior puede deducirse que la relación de sujeción especial militar puede, en algunos casos, limitar el derecho a la intimidad, pues, aunque no sea de ejercicio colectivo, sino individual, puede

ciertamente, en algunos casos, afectar al funcionamiento interno de la Institución, si bien, deben aplicarse aquí las cautelas ya señaladas al tratar de los límites de los derechos fundamentales.

b') Relación jurídico-penitenciaria.

Otro supuesto de relación de sujeción especial es la relación jurídico-penitenciaria (325). Como ha señalado el TC, con ocasión del internamiento de una persona en un centro penitenciario, se establecen entre la Administración penitenciaria y las personas recluidas en el mismo, unas relaciones jurídicas de naturaleza singular. Aunque el concepto de relación especial de sujeción es de por sí impreciso (326), no puede ponerse en duda que la reclusión en un centro penitenciario origina una relación jurídica de esa naturaleza como el Tribunal Constitucional ha afirmado (327). Esta conclusión se desprende directamente de la propia Constitución, cuyo art. 25.2 en atención al estado de reclusión en que se encuentran las personas que cumplen pena privativa de libertad, admite que los derechos constitucionales de estas personas puedan ser objeto de limitaciones que no son de aplicación a los ciudadanos comunes y, entre ellas, los que se establezcan en la ley penitenciaria, que regula el estatuto especial de los reclusos en centros penitenciarios. Esta relación especial de sujeción, debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, cuya titularidad corresponde también a la población reclusa en los términos del art. 25.2 CE, y origina un entramado de derechos y deberes recíprocos entre la Administración y el recluso (328).

La relación jurídico-penitenciaria afecta sin duda al derecho a la intimidad. Como ha observado el TC, en la noción de intimidad personal se integra la "integridad corporal" identificada como "inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona" (329). Este derecho se encuentra

limitado para el recluso, pues como observa la Ley General Penitenciaria (330), los registros y cacheos en las personas de los internos, sus pertenencias y locales que ocupen, los recuentos, así como las requisas de las instalaciones del establecimiento, se efectuarán en los casos, con las garantías y periodicidad que reglamentariamente se determinen y dentro del respeto a la dignidad de la persona (art. 23). Uno de los criterios para verificar ese respeto a la dignidad y a la intimidad corporal es que la indagación no tenga una finalidad de adquirir conocimientos sobre el cuerpo del recluso (331).

La sexualidad pertenece también al ámbito de la intimidad, y es uno de sus reductos más sagrados (332) y , sin duda, queda afectada por la relación jurídico-penitenciaria. González Navarro considera que el desarrollo de una vida sexual es un verdadero derecho del interno fundado en que el recluso tiene derecho al desarrollo integral de su personalidad como dice el art. 25.2 CE (333). Sin embargo, el TC ha rechazado esta tesis. Para dictaminar si la restricción de las relaciones sexuales de los presos por su reclusión en la cárcel es contraria o no al derecho a la intimidad, el Tribunal sostiene la tesis de que el mantenimiento de relaciones íntimas no forma parte de ningún derecho fundamental "por ser, precisamente, una manifestación de la libertad a secas", de lo que se sigue que quienes son privados de ella (la libertad) se ven también impedidos de su práctica (de relaciones íntimas) sin que ello suponga restricción o limitación de derecho fundamental alguno. El Tribunal continúa diciendo que si bien la sexualidad pertenece al ámbito de la intimidad, lo que el Derecho puede proteger es "la intimidad, no las acciones privadas e íntimas de los hombres". Así mismo agrega que " una de las consecuencias más dolorosas de la pérdida de la libertad es la reducción de lo íntimo casi al ámbito de la vida interior, quedando, por el contrario, expuestas al público e incluso necesitadas de autorización muchas actuaciones que normalmente se consideran privadas e íntimas". Esto trae como consecuencia que se pueden, tal vez, considerar

ilegítimas, como violatorias de la intimidad y por eso degradantes, aquellas medidas, que la reduzcan más allá de lo que la ordenada vida de la prisión requiere, pero esto no se produce en la privación temporal de las relaciones íntimas con personas en libertad, relaciones que, precisamente por exigencias de lo dispuesto en el art. 18.1. C.E., han de desarrollarse, cuando son autorizadas, en condiciones que salvaguarden la dignidad de las personas implicadas. Por tanto, debe quedar claro que esta restauración para el recluso de un ámbito provisional de intimidad con la autorización para la comunicación íntima resulta de una concesión del legislador, no de un imperativo del derecho fundamental a la intimidad, pues ya se ha dicho que la legítima privación de libertad lleva aparejada la consiguiente reducción de lo íntimo, si bien siempre que se restaure en el régimen penitenciario ese ámbito de intimidad, éste debe tener las garantías precisas para la dignidad de los implicados (334). Y, en efecto, cuando se autorizan las relaciones sexuales de un interno el lugar donde se realicen debe ser digno y gozar de la máxima intimidad (335).

Por lo que hace a la inviolabilidad de domicilio, el interno conserva ese derecho respecto a su domicilio voluntario, pero no respecto a su domicilio legal y forzoso que es el establecimiento o, más concretamente, su celda o dormitorio, donde pueden hacerse registros (art. 23 de la Ley).

Por cuanto se refiere al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), también se encuentran limitaciones. Salvo los presos que se encuentren sometidos a un régimen de incomunicación judicial (arts. 506 ss. LECr.) parece que todo interno tiene derecho a comunicar con familiares, amigos, abogados o representantes de organismos de cooperación penitenciaria (art. 51.1.1). Las comunicaciones se celebrarán de manera que se respete al máximo la intimidad y sólo podrán restringirse por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del

buen orden del establecimiento (art. 51.1.2). De un régimen especial disfrutaban las comunicaciones con el abogado o procurador relacionadas con un asunto personal del interno, que tienen el secreto garantizado, salvo orden judicial o supuestos de terrorismo en cuyos casos podrán intervenir (art. 51.2). Otro límite es la posibilidad de registrar y controlar a las personas autorizadas a comunicar con los internos (336). Las comunicaciones orales o escritas podrán ser suspendidas o intervenidas motivadamente por el Director del establecimiento, dando cuenta a la autoridad judicial competente (art. 81.5). Esto último debe entenderse, por supuesto, a salvo de lo dispuesto en el art. 51.2 en relación a las comunicaciones con el abogado o procurador del caso por el que el interno se halle recluso, pues en este último supuesto no es sólo el derecho a la intimidad el afectado, sino también el derecho de defensa. El Reglamento Penitenciario regula con detalle todos los aspectos referidos al régimen de las comunicaciones en la relación jurídico-penitenciaria (337).

D.) Artículos 31.1 y 2 CE: intimidad financiera y fiscal.

El artículo 31 en sus párrafos 1º y 2º plantea diversas cuestiones referibles a lo que el propio TC ha llamado "intimidad financiera y fiscal" (338). Es conveniente examinar separadamente ambas situaciones.

a) Artículo 31.2.

En primer lugar, debe tratarse del conflicto entre el derecho a la intimidad y el art. 31.2 CE que dispone que "el gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía". El asunto ha sido objeto de una resolución del TC.

El problema se planteó a raíz del requerimiento hecho por la Intervención General del Estado a la empresa AFANDEL para que aportase extractos de sus cuentas en bancos e instituciones de crédito,

con el fin de proceder al control financiero previsto, de un lado en el art. 18 de la Ley General Presupuestaria, "en cuanto a las sociedades mercantiles, empresas, entidades y particulares por razón de las subvenciones corrientes, créditos, avales y demás ayudas otorgadas por el Estado o sus organismos autónomos o de otro modo concedidas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado"; y, de otro, en el art. 41.2 del Real Decreto 1124/1978 de 12 de Mayo que dispone que el control tendrá por objeto determinar la situación económico-financiera del Ente al que vaya destinada la subvención, crédito, aval o ayuda del Estado o de sus organismos autónomos. Dejando al margen, como hace el Tribunal, que la empresa no fue requerida para detallar los movimientos de sus cuentas sino sólo a presentar determinados extractos (339), resulta que en este asunto en el art. 31.2, referido al gasto público, encontraría su fundamentación la actividad de control financiero frente a una Entidad perceptora de ayudas o subvenciones públicas (340).

No obstante lo agudo del razonamiento del TC, parece que hubiese sido posible una solución del problema más sencilla. Habida cuenta del tenor del art. 18 de la Ley General Presupuestaria y del art. 41.2 del Real Decreto 1124/1978 de 12 de Mayo, en los que se expresa nítidamente la obligación de sujetarse a unos determinados controles cuando se solicite por alguna empresa alguna ayuda del Estado, cabe pensar que desde el momento en que la empresa en cuestión solicita libremente alguna ayuda al Estado, consiente y autoriza las posibles intromisiones del Estado en su intimidad financiera.

Otra cuestión, ciertamente más delicada, es la siguiente. Habida cuenta de que esas empresas pagan impuestos, parece que podría considerarse injusto que para recibir fondos hayan de desvelar sus interioridades. El problema radicaría en el propio mecanismo de la subvención que, aparte de sus posibles efectos negativos en la iniciativa privada, discriminaría o, al menos, situaría en desventaja a las empresas

que no se "desnudan" ante el Estado respecto a las que sí lo hacen. No obstante, siempre es cierto que es libre solicitar subvenciones (y, por ende, someterse a inquisiciones económicas).

b') Artículo 31.1. Clases de impuestos y derecho a la intimidad.

Muchísimo más complejos y más interesantes son los problemas que se derivan del conflicto entre el derecho a la intimidad y el deber de contribuir ex. art. 31.1 CE. Este precepto dispone:

"Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio".

Cabe en principio distinguir dos grandes tipos de impuestos. En primer lugar, los impuestos indiciarios, reales y analíticos. En segundo lugar, los impuestos resultados de una declaración (o declarativos), personales y sintéticos. Los primeros, según Martínez, propios de la técnica fiscal del s. XIX, no dejaban margen al fraude fiscal. Los segundos, característicos de la técnica fiscal del s. XX, para ese mismo autor, crearán dos condiciones favorables al fraude. El paso de una clase de impuestos a la otra es decisivo. El impuesto establecido de manera indiciaria se vuelve bruscamente el resultado de una declaración y un control; el impuesto deja de ser real para volverse personal, tomándose en cuenta el conjunto de la situación de contribuyente; el impuesto analítico, se vuelve sintético, con lo que la administración fiscal debe inmiscuirse en la intimidad de los contribuyentes (341).

Ahora bien, la distinción entre impuesto personal y real no era desconocida en el pasado. A principios del s. XVIII, Montesquieu escribe esclarecedoras páginas sobre el particular. Montesquieu, al referirse al impuesto personal manifestaba que "para que el ciudadano pague es preciso hacer continuas pesquisas en su casa, lo cual es en extremo

contrario a la libertad" (342), por lo que afirmaba que "el impuesto por cabeza es más propio de la servidumbre" (343). Muy distinto era para él el impuesto real ya que, en su opinión, "el impuesto sobre las mercancías es más propio de la libertad porque se refiere a la persona de manera menos directa" (344).

Sin embargo, esta doctrina suya de la libertad, desgraciadamente, no ha sido tenida en cuenta, a diferencia de su teoría sobre la separación de poderes.

El art. 31.1 CE habla de "capacidad económica" con lo que parece que se está constitucionalizando el impuesto personal. Otro problema es que un impuesto personal indirecto puede ser menos lesivo para la intimidad y para la libertad que uno directo.

En España, como en otras naciones de nuestro entorno, los impuestos personales existen. El art. 1.1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (345) dispone que tal impuesto "es un tributo de carácter directo y de naturaleza personal, que grava la renta de las personas físicas". La cuota líquida que debe satisfacerse se obtendrá practicando en la cuota íntegra las deducciones que procedan (art. 77). Ahora bien estas deducciones se realizan por causa de circunstancias personales o familiares (art. 78) cuya declaración permite realizar un retrato muy perfecto de la persona y de circunstancias íntimas.

Esta regulación supone una auténtica intromisión en la intimidad personal y familiar. La eficacia de este sistema tributario depende de la transgresión del derecho a la intimidad. Se transgrede este derecho para determinar la cuantía de la renta del sujeto, en la medida en que esta determinación exige la investigación de las actividades realizadas por el sujeto, de sus movimientos. Se transgrede este derecho cuando se quieren obtener deducciones de la cuota, y para ello se deben ofrecer datos sobre la vida privada de las personas (por ejemplo, facturas de médicos por tratamiento de alguna enfermedad determinada) (346). En el

caso último, la persona se encuentra ante una verdadera coacción: o preserva su intimidad lo cual le puede costar muy caro, en la medida en que no puede deducir dinero de la cuota que le corresponde pagar, lo que puede ser incluso confiscatorio, o desvela su intimidad al Estado en cuyo caso éste " premia" la docilidad del ciudadano rebajándole el montante del impuesto. No puede olvidarse que la lógica política (y la legislación y la Constitución responden en última instancia a una lógica política) es una lógica de las consecuencias. Esto significa que la ley más perfecta y buena en teoría puede ser perversa en su aplicación. La política, en definitiva es filosofía práctica, no teórica. No resulta lícito un tratamiento jurídico del problema atendiendo exclusivamente a criterios técnicos. Debe reivindicarse, un tratamiento jurídico que atienda también a la evaluación de los fines, es decir un tratamiento que utilice la racionalidad crítica. Desde esta perspectiva, no puede por menos que señalarse que uno de los mayores atentados a la intimidad proclamada en el art. 18.1 proviene de una legislación derivada del art. 31.1 C.E.. En esta situación antinómica sólo cabe una interpretación del art. 31.1 CE que sea acorde con el derecho fundamental del art. 18.1 C.E. que goza de rango primerísimo. Otra opción, a la postre, redundaría en el menoscabo del derecho a la intimidad por el Estado que es quien mayor amenaza supone para ese derecho, pues su poder es inmenso.

El Tribunal Constitucional ha estudiado en diversas resoluciones lo que él mismo ha llamado "intimidad económica" en la STC 201/1988. Sin embargo, la postura del alto órgano dista de ser unívoca. Se aprecian avances y retrocesos, titubeos que, en definitiva, dejan abierta la discusión (347).

En un primer momento, el T.C. no se decidía acerca de si la investigación de las operaciones activas y pasivas de las cuentas bancarias lesionaba el derecho a la intimidad (348). En la siguiente ocasión en que tuvo ocasión de pronunciarse aclaró un poco más su

postura, aun sin definirla claramente. El Tribunal reconoce que el sentido de la plasmación en el art. 18.1 C.E. del derecho a la intimidad como tal supone "el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida" (349). En su opinión, el conocimiento de las cuentas corrientes de una persona puede ser necesario para amparar el bien constitucionalmente protegido que es la distribución equitativa de la obligación de sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1). Por ello, cuando las certificaciones son extractos en que figuran las causas genéricas de cada partida, pero no su causa concreta "no tienen relevancia para la intimidad personal y familiar como no la tiene la declaración sobre la renta o sobre el patrimonio". Poco antes, la sentencia afirma que "ante el Fisco opera una limitación del derecho a la intimidad" extendiéndose acerca de la teoría de los límites de los derechos, aseveraciones éstas que parten del supuesto de que esos datos económicos pertenecen al ámbito de la intimidad, pues de no ser así resultaría ocioso hablar de limitaciones a lo que no existe (F.J.5). El Tribunal, se decide ya afirmando que los datos económicos de una persona son parte de su intimidad, si bien cuando son "extractos" en los que figura la "causa genérica" de la partida, pero no su "causa concreta" no se vulneraría el derecho, mientras que sí se haría cuando se expresan las causas concretas.

El Tribunal, se plantea la posibilidad de que a través de la investigación de las cuentas se penetre en la zona más estricta de la vida privada, y la opinión que expresa ante la misma quizás pueda calificarse de ingenua cuando sostiene que "los servidores del Estado merecen en principio... una confianza en que cumplirán honestamente con el deber que su cargo les impone" (350), si bien aclara que, no obstante, si hay arbitrariedades existen mecanismos de defensa cual son la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional o la exigencia de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios (351). El T.C. distingue el

secreto profesional (que está recogido en el art. 24.2 de la Constitución) del secreto bancario, e incluso reconoce que éste encuentra su fundamento en el art. 18.1, en el derecho a la intimidad, pero alega que los límites del derecho a la intimidad entran en juego al hablar del secreto bancario por lo que si se ha reconocido que el derecho a la intimidad no impide el conocimiento de esos datos económicos, tampoco el secreto bancario podrá impedirlos, según el Tribunal (352).

Tras el anterior, en un nuevo pronunciamiento parece acoger una doctrina más abierta sobre el asunto. Si bien, ahora el T.C. reiterará la doctrina de la STC 110/1984, en algún punto la corregirá al afirmar que "no hay ninguna duda de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, y entre ellos los que tienen su reflejo en las distintas operaciones bancarias en las que figuran como titulares, entran dentro de la intimidad constitucional protegida". Sin embargo en el mismo auto se reitera, siguiendo a la STC 110/1984 la "irrelevancia" para la intimidad personal y familiar del contribuyente de la aportación de ciertos datos al igual que tampoco es relevante "la misma declaración sobre la renta o sobre el patrimonio". Del "no hay ninguna duda" a la "irrelevancia" hay una gran diferencia que si algo deja claro es que el asunto no está demasiado claro para el T.C.

A continuación reitera la doctrina de la STC 110/1984 sobre la habilitación de la Administración desde el plano constitucional (art. 31.1 C.E.) para exigir determinados datos relativos a la situación económica de los contribuyentes (353), lo cual es aplicable tanto a los ciudadanos como a las entidades crediticias en cuanto que como intermediarias pueden prestar gran ayuda en la tarea de alcanzar la equidad fiscal. En cualquier caso, la afirmación del T.C. es importante pues la referencia al art. 31.1 CE se hace después de declarar que los datos económicos de una persona entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida. Esto confirma que el impuesto personal supone una intromisión en el

Derecho a la intimidad. El auto reconoce que cabe conectar, en cuanto a su fundamento, el secreto bancario con el derecho a la intimidad como hizo la STC 110/1984, pero hace (como la sentencia a la que sigue) jugar los límites al derecho a la intimidad para enervar la eficacia del secreto bancario. Para el Tribunal no se acierta a comprender "cuál podría ser la justificación suficiente para que unas rentas efectivamente percibidas queden excluidas del conocimiento de la Hacienda Pública a diferencia de otras y ello por una concepción del secreto bancario que de esa forma se convertiría en refugio privilegiado para unos rendimientos integrantes de la renta de las personas, cuyo conocimiento quedaría reservado a la voluntariedad de las declaraciones que efectúen en su momento los sujetos pasivos del impuesto". En definitiva, el derecho a la intimidad garantizado en relación con un área espacial o funcional de la persona precisamente en favor de la salvaguardia de su privacidad, que debe quedar inmune a las agresiones exteriores de otras personas o de la Administración Pública, no puede extenderse de tal modo que constituya un instrumento que imposibilite o dificulte el deber constitucionalmente declarado en el art. 31 de la Norma fundamental de todo ciudadano de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos a través del sistema tributario, de acuerdo con su capacidad económica (354).

Como la propia jurisprudencia constitucional reconoce no hay ninguna duda de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de una persona, entran dentro de la intimidad constitucionalmente garantizada. Por ello, y sin olvidar que nos hallamos ante un derecho fundamental, y que tiene una importancia excepcional, debe articularse el deber del sostenimiento a las cargas públicas del art. 31.1 en la forma más respetuosa posible con el derecho a la intimidad. El escollo fundamental es el criterio del art. 31.1 de que esa contribución debe hacerse de acuerdo con la capacidad económica de la persona, lo que sugiere la constitucionalización del impuesto personal. Sin embargo, habida cuenta de que el impuesto personal lleva consigo la

"transparencia" de la persona en un aspecto tan importante como el económico y de reconocida incidencia en la intimidad, quizás lo más procedente, desde la perspectiva del derecho a la intimidad, sea avanzar paulatinamente hacia los impuestos reales o hacia impuestos personales indirectos en los que se pueden crear fórmulas de progresividad fiscal. Lo que parece claro es que, de entre todas las fórmulas de tributación, los impuestos personales son los más lesivos para el derecho a la intimidad y que éste no puede ser ignorado sin riesgo de caer en prácticas estatales de, al menos, un cierto sabor totalitario.

En efecto, desde el momento en que se admiten los impuestos personales, declarativos, sintéticos, directos, se abren las posibilidades del fraude. En particular la técnica de la declaración es una auténtica invitación/tentación al fraude fiscal (355). De ahí que conforme al Reglamento de la Inspección de Tributos (356) las actuaciones de inspección puedan desarrollarse no sólo en el domicilio fiscal del sujeto pasivo, sino en general, "donde exista alguna prueba, al menos parcial, del hecho imponible" (art. 20.1 a), pudiéndose iniciar las actuaciones de obtención de información "inmediatamente o incluso sin previo requerimiento escrito, cuando lo justifique la índole de los datos a obtener" (art. 37.4). El T.C. ha afirmado a este respecto que la relación tributaria ex. art. 31.1 CE implica para los ciudadanos una situación de sujeción y de colaboración con la Administración tributaria en orden al sostenimiento de los gastos públicos cuyo indiscutible y esencial interés público justifica la imposición de limitaciones legales al ejercicio de los derechos individuales. Para el efectivo cumplimiento de ese deber, según el T.C., es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal pues lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros "con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar", de ahí la necesidad de una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, "aunque pueda

resultar a veces incómoda y molesta" (357). Por ello, a juicio, del T.C., la ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias "no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración", sino que, por el contrario, es una "exigencia" inherente a un "sistema tributario justo" como el que la Constitución propugna (358).

De forma congruente con la propia esencia del impuesto personal, el T.C. sostiene que no existe un derecho absoluto e incondicionado a la reserva de datos del contribuyente "con relevancia fiscal" y esgrimible frente a la Administración tributaria. Tal "pretendido derecho" haría virtualmente imposible la labor de comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda pública y, en consecuencia, dejaría desprovisto de toda garantía y eficacia el deber tributario que el art. 31 CE consagra, lo que impediría una distribución equitativa del deber sostenimiento de los gastos públicos en cuanto bien constitucionalmente protegido (359).

Esta es la tesis que, en principio, sostiene el TC sobre el conflicto entre el derecho fundamental a la intimidad y el deber ex. art. 31.3 CE. Sin embargo la tesis defendida por el Alto Tribunal merece ciertas matizaciones.

En primer lugar, no es cierta la suposición (siempre presente obsesivamente presente) de que todo sistema fiscal viole la intimidad, y mucho menos que todos los sistemas lo hagan en igual grado. De un lado los impuestos reales no violan la intimidad, y de otro, los impuestos personales indirectos la afectan menos que los directos. Por lo demás es posible un sistema progresivo con impuestos indirectos.

En segundo lugar, se ha advertido que el TC no ha poderado adecuadamente los intereses en conflicto, pues no cabe desconocer que la protección que la Constitución otorga a la intimidad es cualitativamente mayor que la otorgada a las potestades administrativas (y entre, ellas,

claro, a la potestad tributaria) (360). En efecto, parece que en la resolución del conflicto el TC ha olvidado las cautelas que él mismo ha expuesto para proceder a la limitación de un derecho fundamental (y de los más fundamentales), cual el derecho a la intimidad. No hay ninguna interpretación restrictiva de los límites del derecho, sino antes bien, interpretación generosísima con el Fisco, en la jurisprudencia constitucional.

En tercer lugar, un sistema tributario no puede ser "justo" si viola la intimidad. La doctrina ha notado que el legislador no ha precisado los límites sustanciales a las potestades tributarias de la Administración. Serían aquellos límites en virtud de los cuales es posible "eliminar ciertos datos, extremos e informaciones del ámbito de lo que puede ser legítimamente investigado y, consecuentemente, conocido por la Administración tributaria (361). Sin embargo, esa misma doctrina no percibe que el establecimiento de un impuesto personal directo exige la total aprehensión o conocimiento total de la situación de la persona, pues los hechos imposables y las deducciones afectan a prácticamente todas las actividades de la persona. Desde el punto de vista del TC para conseguir la total "justicia" del impuesto, el Estado debería controlar todas las actividades del hombre, pues todas prácticamente tienen "relevancia fiscal". De ahí que, si con este tipo de impuesto todas las actividades personales tienen "relevancia fiscal", la afirmación del TC de que "no existe un derecho absoluto e incondicional a la reserva de datos" que tengan esa relevancia (362) constituye un ataque de enormes proporciones contra el derecho a la intimidad.

En cuarto lugar, sorprende que el TC mantenga una disparidad de criterios sobre la veracidad, siempre lesiva al derecho a la intimidad. De un lado, no exige que las informaciones emitidas al amparo del art. 20.1. d) CE, que lesionen la intimidad o el honor sean totalmente veraces, sino que sólo imponen un deber de diligencia en la comprobación

razonada de la verdad (363). De otro lado, el derecho a la intimidad no puede ser obstáculo para la labor de "comprobación de la veracidad de las declaraciones de los contribuyentes a la Hacienda Pública" (364), para la que (aquí sí) se requiere que las declaraciones sean totalmente veraces, no bastando para eludir el castigo que se alegue haber actuado con diligencia. Ante Hacienda no se exige diligencia, sino total exactitud. Ante el honor y la intimidad no se exige exactitud, sino diligencia.

Finalmente, puede alegarse frente a esta doctrina del TC, la muy loable (en cuanto al fondo y dejando de lado sus elucubraciones sobre la "nulidad constitucional") STC 45/1989, que no trata directamente de un conflicto entre el art. 18.1 y 31.1 CE, sino sobre la compatibilidad con el derecho a la intimidad de ciertas normas que desarrollan el art. 31.1 CE. La solución ofrecida por el TC podría adivinarse ya en una decisión anterior del mismo (365). El TC declara que la obligatoriedad de que los cónyuges, sea cual fuere su régimen económico matrimonial, declaren conjuntamente (366) es inconstitucional por ser claramente incompatible con el derecho a la intimidad personal y familiar. Esta incompatibilidad es manifiesta en grado sumo cuando en las capitulaciones matrimoniales pactadas se autoricen los cónyuges a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente en sus propias actividades económicas, viniendo dado el régimen de tal reserva por las normas del régimen económico-matrimonial pactado, no por la ley fiscal. Por ello, la ley fiscal no puede imponer la necesidad de romper tal reserva frente al otro cónyuge, ni arrojar a un cónyuge la carga de declarar, cuantificándolos, los ingresos percibidos por el otro, en contra de la voluntad expresa de éste.

De esta suerte, esa declaración única y conjunta de los esposos imponía a cada uno de ellos el deber de denunciar ante la Hacienda Pública las incorrecciones (no se olvide que Hacienda exige escrupulosa exactitud y no mera diligencia) en que, a su juicio, incurra su cónyuge en

la estimación de sus propias rentas. La obligación de manifestar una discordia en el seno de la familia no es compatible, según el TC, con la intimidad familiar. De igual modo, es incompatible con ese derecho la obligación impuesta a los cónyuges de actuar conjuntamente ante Hacienda, cuando éstos se hallen separados de hecho, pues se obligaría a restablecer una relación que violenta su intimidad (367). El Tribunal, considera que la introducción de la unidad familiar como sujeto contribuyente no puede justificarse aplicando analógicamente esa noción a las uniones de hecho, pues la razón está "sobre todo, después de la Constitución, en la imposibilidad que de su art. 18 se deriva para llevar a cabo indagaciones que afectan directamente al ámbito de Intimidad" (368).

Esto supone varias cosas de gran transcendencia. En primer lugar que, efectivamente, los datos económicos de una persona que figuran en la Declaración de la Renta afectan al derecho a la intimidad, pese a las afirmaciones hechas anteriormente por el propio Tribunal (369). Y en segundo lugar, que se produce una gran paradoja: mientras el conocimiento de los datos económicos de un cónyuge que figuran en la declaración pueden resultar vedados al otro en nombre del derecho a la intimidad, el conocimiento de esos mismos datos por el Estado no puede resultar vedado por tal derecho a la intimidad, pues el T.C. no planteó la inconstitucionalidad del art. 1.1 de aquella ley (prácticamente igual al de la vigente) ni de la ley en general, que admiten la posibilidad de conocimiento por el Estado de esos datos. Así resulta que el Estado puede llegar a conocer más datos de una persona que su propio cónyuge, perspectiva ésta que podría calificarse de esperpéntica al sostener el TC que ello (cuando el Estado es el implicado) no afecta a la intimidad, si no fuera porque nos parece terrorífica.

E.) Otros posibles límites.

a') En primer lugar, se ha planteado el conflicto entre el derecho a la intimidad y apreciación judicial del dolo o del elemento subjetivo del injusto penal. El TC ha precisado que el derecho a la intimidad no padece "cuando los Tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva -elemento subjetivo del injusto penal- o para integrar algunas de las formas de culpabilidad de la conducta exteriorizada por el autor, pues los órganos judiciales se limitan a interpretar los hechos en base a las circunstancias que los rodean sin "intrusiones intolerables en la esfera personal y sin violar el domicilio o las comunicaciones" (370).

b') En segundo lugar, se ha planteado el conflicto entre una manifestación del derecho a la intimidad, cual es el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.2) y la publicidad de ciertas resoluciones. A juicio del Tribunal "la publicación de una resolución de suspensión de una urbanización ilegal comporta aspectos de evidente interés general, de necesitada defensa, que descartan toda posibilidad de reconocimiento de relevancia jurídica al eventual interés del sujeto, en que el acuerdo se mantenga con carácter reservado, alegando conocerlo previamente a dicha publicación" (371). No se han vuelto a plantear casos similares ante el TC.

e.3. Especial consideración de las relaciones entre el derecho a la intimidad y las libertades de expresión e información.

A) Consideraciones histórico-doctrinales.

Como se ha advertido por Basile, el conflicto que ahora se estudia se plantea entre unas libertades "públicas" y una libertad "privada" (372). Por ello, su alcance es muy profundo ya que la distinción público/privado es uno de los presupuestos de lo político (373) y lo político es un fenómeno típicamente humano, una esencia en el doble sentido de que , por un lado, es una de las categorías fundamentales, constantes e inarrancables de la naturaleza y la existencia humanas, y

por otro, es una realidad que permanece idéntica a sí misma a pesar de las variaciones del poder y de los regímenes y del cambio de las fronteras sobre la tierra (374). De ahí que este conflicto sea como la punta del iceberg (fenoménico y doctrinal) de la permanentemente presente distinción-oposición entre lo público y lo privado. Esta distinción entre lo público y lo privado traducida jurídicamente en el conflicto entre el derecho a la libre expresión y el derecho a la intimidad (o al honor, englobando éste a aquella) no es en absoluto nuevo.

En el Derecho Romano ya se contemplaba este conflicto y se dictaron normas para reprimir los actos susceptibles de causar infamia a alguien (375). Así pues, ab origine el derecho al honor ha limitado a la libertad de expresión y no viceversa. En nuestro Derecho histórico se encuentran bastantes normas que confirman la presencia del conflicto, así como el sentido de la solución del mismo. Así se puede comprobar en las Partidas (s.XIII) (376) o en la Novísima Recopilación promulgada en 1805 (377).

Una de las formas en las que ha cristalizado la libertad de expresión ha sido la prensa, y puede decirse que en casi todos los conflictos entre el derecho al honor o el derecho a la intimidad y la libertad de expresión, ésta última aparece como libertad de prensa, si bien recientemente la televisión también empieza a ocupar un papel cada día más destacado.

Tocqueville analizó el espíritu del periodista norteamericano sólo preocupado de "atacar groseramente, sin ambages ni arte, las pasiones de aquéllos a quienes se dirige", de "dejar a un lado los principios y hacer presa en el hombre" y, en fin, de seguir al hombre "en su vida privada y poner al desnudo sus flaquezas y sus vicios" (378). En el mismo sentido, ya que la ley de Prensa francesa de 11 de Mayo de 1868 señalaba en su art. 11 que " toda publicación en un escrito periódico relativa a un hecho

de la vida privada constituye una contravención castigada con una multa de quinientos francos" (379).

La libertad de prensa se ha convertido en los dos últimos siglos en la espina dorsal de la opinión pública. Su importancia no pasó inadvertida para el gran observador que fue Tocqueville, quien escribió que la libertad de prensa no sólo deja sentir su poder sobre las opiniones políticas, sino también sobre las opiniones de los hombres, pues "no modifica únicamente las leyes sino a la vez las costumbres" (380).

En la estimación del gran poder de la prensa coincide con Tocqueville, Mirkin-Guetzevitch quien subraya que en la hora actual "la Prensa representa un factor poderoso de la opinión pública" pues "no solamente refleja las variaciones de la opinión general, sino que constituye uno de los factores principales para su creación" (381).

La doctrina de la opinión pública como fuerza gobernante constituye una forma singular de la relativización del Estado al pueblo y de la identificación del poder del Estado con la voluntad del pueblo, según Heller. La importancia política de la opinión pública aparece, para este autor, con la sociedad civil, con la difusión del saber leer y escribir y el desarrollo de la imprenta y especialmente de la prensa. Desde el momento en que las fundamentaciones religiosas de la autoridad no son ya suficientes, la sociedad civil reclama una legitimación racional de su obediencia política, con lo cual cobra su opinión, públicamente exteriorizada, importancia suma para la permanencia de la unidad estatal (382).

La importancia de la opinion publique debe a la escuela fisiocrática su primera formulación siendo Mercier de la Rivière (383) el primero que hizo uso de ella para defender al absolutismo, al decir que también en esta forma de gobierno quien manda no es en realidad el rey, sino el pueblo por medio de la opinión pública (384).

Para Heller, la opinión pública es opinión de cualquier modo publicada, que influye en la vida política, es opinión de voluntad política en forma racional. La importancia de la opinión pública para la unidad estatal es tanto mayor cuanto más precisa y comprensivamente se haya condensado en juicios políticos firmes y a menudo indiscutidos. Esta opinión pública relativamente firme y permanente ha de diferenciarse de la opinión política de cada día. Sólo la opinión pública firme posee cierto carácter unitario y constante. Sin embargo las fronteras entre ambos estados de agregación son imprecisas (385). La opinión pública arraigada en principios y doctrinas constituye uno de los más sustanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente en los Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un status político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común en forma de una comunidad de voluntad y valores. Como acontece con todas las normas que intervienen para formar la sociedad, lo que respecto a los principios de la opinión pública aparece, no consiste en que sean reconocidos íntimamente como verdad por "todos" y ni siquiera por quienes ejercen influjo político decisivo sino en que sean efectivos, es decir, en que cada cual con su obrar socialmente eficaz los reconozca externamente (386).

Entre los pocos componentes de carácter político, absolutamente firmes, que integran la opinión pública actual figuran sus principios democráticos. Puede decirse que hoy en día no existe para la opinión pública otro modo de legitimación de la autoridad política que la legitimación democrática. Se entiende por legitimidad democrática la justificación inmanente del poder del Estado por el "pueblo", diferenciándose las diversas direcciones en su modo de entender el concepto de pueblo (387). Hasta tal extremo esto es así que Heller afirma que ni la dictadura bolchevique ni la fascista pueden ser legitimadas de modo trascendente y autocrático, sino que ambas han de legitimarse

ante la opinión pública en forma inmanente al estimarse como medios para el establecimiento de una "verdadera" democracia (388).

La opinión pública puede ser caracterizada genéricamente de dos formas: espontánea u organizada. Observa Heller que el anarquismo como el demoliberalismo la caracterizan por su falta de organización. Esa opinión unitaria nacería espontáneamente, lo cual serviría para sostener la ficción de la formación no autoritaria de la sociedad en una unidad política. Se relativiza así la autoridad del Estado a la autoridad impersonal de la opinión pública (389). Heller, sin embargo, considera que la opinión pública no surge espontánea o libremente, sino organizadamente. Para él los medios más importantes para formar y realizar de manera unitaria el "espíritu" de un grupo son la educación, la persuasión y la fuerza de la opinión pública, pero ellos nunca pueden lograr su objetivo sin una coacción económica y política. Los conductores que regulan activamente la opinión pública constituyen siempre una minoría; sus opiniones son propagadas por un gran número de intermediarios, para ser luego aceptadas por la masa de quienes sólo intervienen pasivamente en la vida política. El contenido de la opinión pública lo crea aquella minoría política o económica más fuerte que, gracias a sus medios de poder, está en condiciones de encauzar o apoyar las diversas opiniones (390). El problema estriba en si la opinión pública es organizada por el Estado o por potencias privadas constituidas por las irresponsables y anónimas fuerzas económicas más poderosas de la sociedad civil (391).

La conexión de la libertad de expresión y de imprenta con la opinión pública, y de ésta con la democracia es conocida en España desde antiguo. En las Cortes de Cádiz el tema estaba ya bastante claro. El Preámbulo del Decreto por el que se reconocería la libertad de imprenta, considera a ésta como "un freno de arbitrariedad del gobierno", un medio "de ilustrar a la nación en general" y el único camino para que se manifieste "una verdadera opinión pública" (392). Este Decreto

plasmaba las ideas de muchos de los protagonistas de aquellas Cortes (Argüelles, Muñoz Torrero, Inguanzo) (393). El reconocimiento del papel de la opinión pública es constante durante el s. XIX (394). Alberto Lista, consideraba que la opinión pública, que es lo contrario de la opinión popular, es el cimiento social del régimen representativo, y su función, a cargo de una minoría de sabios, consiste en transmitir al poder las necesidades de abajo y forjar el consentimiento tácito del pueblo (395).

A la opinión pública dedicó incluso un ensayo en 1870 a Roda Rivas (396). Ya a finales del siglo observa Isern que el sistema de gobierno del constitucionalismo contemporáneo tiende por su naturaleza a impedir los excesos del poder real. Para la determinación de los medios por los que se impiden esos excesos, Isern acude a Guizot, para quien las principales garantías constitucionales son la división de poderes, la elección y la publicidad (opinión pública) (397). Para Isern, la división de poderes y la elección serían unas garantías incompletas y deficientes en su acción, si no las acompañase la publicidad, elemento necesario para que el cuerpo electoral pueda conocer los actos de sus representantes, los problemas de gobierno que están planteados y emitir sus votos con alguna posibilidad de acierto (398). No obstante, este autor considera que el peso específico de lo que él llama "publicidad" (que nosotros diríamos opinión pública) es cada vez menos importante que en los siglos pasados. Las razones que da para emitir ese juicio son, en primer lugar, que la calma de los tiempos anteriores, debida al menor número de publicaciones, daba en general mayor solidez a las obras, sobre todo filosóficas y jurídicas, y así los efectos de su estudio eran más consistentes y profundos, sin embargo, la precipitación y ligereza con que se escribe en los tiempos presentes, hace que los productos de los hombres doctos de esta época apenas vivan un día. En segundo lugar, manifiesta que en los periódicos la parte de información triunfa cada vez más sobre la parte doctrinal, lo que quita influencia a la prensa, según él. En tercer lugar, se lamenta de que, a pesar de aumentar el número de los

que saben leer, disminuye el número de los que leen cosas de sustancia. En cuarto lugar, sostiene que las producciones doctrinales de ahora son, en general, de menos potencia que antes. Y, en quinto lugar, piensa que a medida que desciende el entusiasmo y se incrementa el indiferentismo sólo cuestiones de intereses pueden producir grandes movimientos de opinión y trastornos sociales (399).

Pero a pesar de este cuadro tan pesimista, Isern declara que aun reducida a estas condiciones, es la publicidad garantía considerable del orden constitucional pues, por ella, la Nación "conoce la conducta de sus representantes y puede juzgarla, y otorgarles o negarles su confianza en lo porvenir; conoce también los proyectos del gobierno, singularmente a los que de algún modo le afectan, y los problemas planteados en la vida interior y exterior del Estado; conoce la opinión de los doctos escritores de su escuela o partido, y de las agrupaciones; y se pone en comunicación con el exterior y adquiere idea, siquiera imperfecta, de la marcha general del mundo" (400). Y concluye sosteniendo que "la prensa es garantía, si bien relativa, contra las demasías de los poderes públicos, que necesariamente han de ver en la publicidad de sus actos el medio de que el cuerpo electoral les conozca para aplaudirlos o censurarlos con el sufragio de los comicios" (401).

Mirkine llegaría a decir que "en las condiciones actuales los miembros de los parlamentos, si se toma en consideración el papel que goza la Prensa, obran prácticamente en público" y por ello "el trabajo parlamentario moderno, en las condiciones de crítica diaria y la apreciación por la Prensa periódica, crea una responsabilidad individual para cada miembro del Parlamento" (402).

Pero este reconocimiento generalizado del papel de las libertades de expresión e información para la formación de la opinión pública, y de la conexión de ésta con el principio representativo o con el democrático no ha sido óbice para reconocer que estas libertades tienen sus límites

allí donde empiezan los derechos al honor o a la intimidad de los demás. Ya en 1814 Constant, uno de los más importantes teóricos modernos de la intimidad advertía que, si bien era claro defensor de la libertad de imprenta sin ningún tipo de censura previa, esa postura no excluía en absoluto la admisión de la posibilidad de represión de los delitos cometidos por medio de la prensa. Por ello, las leyes, según él, deben dictar penas contra la calumnia, la incitación a la revuelta y "contra todos los abusos que puedan resultar de la manifestación de las opiniones". A juicio de Constant, estas leyes no perjudican en absoluto a la libertad, por el contrario, la garantizan. Sin ellas no podría existir libertad alguna (403). Constant participa de la tesis según la cual la única garantía de los ciudadanos contra la arbitrariedad es la publicidad; y la publicidad más fácil y más regular es la que procuran los periódicos (404). Ahora bien, Constant advierte claramente que esa publicidad no puede penetrar en la intimidad. Las acciones de los particulares no pertenecen al público, por lo que la persona a la que no perjudican las acciones de otra, no tiene derecho a publicarlas. La vida privada de un hombre, de una mujer, de una joven les pertenece a ellos. No se obliga, dice Constant, a un hombre de negocios a poner sus libros a su disposición de los extraños nada más que cuando está en quiebra. De igual forma, no se debe exponer al público la vida privada de un individuo nada más que cuando ha cometido alguna falta que hace necesario el examen de esa vida privada. A menos que una persona sea citada ante un tribunal, sus secretos son suyos, y cuando esté ante un tribunal, todas las circunstancias de su vida que sean extrañas a la causa por la cual se le enjuicia, siguen siendo suyas y no deben ser divulgadas. Esta regla es extensiva a los cargos públicos, en todo lo relativo a su existencia privada (405). Constant es claro: cuando se produzca un ataque en la vida privada, se debe castigar la sola mención de esa vida, sin entrar a examinar si los hechos son falsos o injuriosos. No habrá ningún examen sobre la veracidad del hecho. No se entrará en absoluto en la intimidad de las familias (406).

Esta opinión de Constant será compartida por otros autores que se ocuparon de la opinión pública. Así, Roda sostuvo que si bien todo lo que sea de carácter público pertenece al dominio absoluto de los periódicos, todo lo que tenga carácter privado "debe considerarse como si estuviese defendido por un asilo inviolable, que la simple vista lo ofende si lo mira". El ciudadano privado como el personaje público tienen derecho a que se respete su hogar doméstico "que es un santuario tan respetable como su misma conciencia" (407). Por ello, el hombre que penetra en el interior de la familia para apoderarse de sus intimidades y secretos y arrojarlos como pasto sabroso a la bacanal del mundo comete "la más impía iniquidad que un malvado puede ofrecer en su repertorio" (408).

Con términos próximos a Constant, Isern denuncia las prácticas que degradan la opinión pública. Este autor advierte que tiene, al lado de sus ventajas, sus inconvenientes, como los tuvo en el pasado, por ejemplo, la guerra de papeles y sátiras contra los reyes desde finales del siglo XVI (409), por lo que "debe dedicarse el legislador a corregir los defectos, dejando subsistentes las ventajas" (410). Por eso afirma que las faltas y delitos que por medio de la publicidad se cometen, "verdaderos delitos políticos", son de más trascendencia que los que se cometen sin ella: éstos afectan sólo al orden individual de la sociedad y aquéllos al orden general y no pocas veces a la vida del Estado (411). En definitiva, para Isern todo es preferible al actual sistema, que ha convertido a la prensa periódica en irresponsable en la práctica, a pesar de lo escrito en las leyes (412). Para él, "el amor a la prensa, a su buen nombre y prestigio, obliga a hablar así, y la misma conclusión imponen la recta razón... y la conveniencia bien entendida al asegurarnos de que los frenos legislativos no sólo son convenientes en estos casos para la sociedad, sino también para los mismos individuos (periodistas) que los sufren" (413).

Precisamente para alzarlo frente a la libertad de expresión e información, Warren y Branders formularon su doctrina del derecho a la intimidad (414). Estos autores señalaron los límites del derecho a la intimidad extrayéndolos mayormente de las normas del Common Law sobre la difamación y el libelo (415). En primer lugar, el derecho a la vida privada no prohíbe la publicación de cualquier materia de interés público o general; en segundo lugar, el derecho a la intimidad no prohíbe la comunicación de cualquier asunto, aunque sea privado, cuando tal comunicación se realice bajo circunstancias en que pueda considerarse lícita según las normas sobre difamación y libelo (p. ej. en un tribunal de justicia); en tercer lugar, es dudoso para estos autores que el derecho otorgue un remedio en el caso en que se produzca una invasión de la intimidad a través de publicación meramente verbal de aspectos de la misma, en ausencia de daños (este criterio nos parece inaceptable desde la aparición de la radio y de los medios audio-visuales); en cuarto lugar, el derecho a la intimidad cesa ante la publicación de los hechos referidos a su vida privada, bien por el propio individuo, o bien con su consentimiento; en quinto lugar, la verdad de los hechos publicados no es causa de justificación de la intromisión pues, a diferencia del derecho a la protección de la reputación que previene frente a una descripción inexacta de la vida privada, el derecho a la intimidad previene frente a cualquier descripción de la misma (416); y en sexto lugar, la ausencia de dolo no es causa de justificación para quien lesiona el derecho a la intimidad (417). Salvo el tercer criterio, consideramos los demás perfectamente válidos para enjuiciar los problemas de límites entre el derecho a la intimidad y las libertades de expresión e información.

El art. 20.4 CE define la posición de la Constitución ante este conflicto en los siguientes términos:

"Estas libertades (las de expresión e información básicamente) tienen su límite en el respeto de los derechos recogidos en este Título (el

l), en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente (subrayado nuestro), en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Este precepto tiene dos tipos de influjos principalmente, creemos: de un lado los arts. 10.2 CEDH y 17.3 PIDCP que ponen como límite de la libertad de expresión los derechos o la reputación de los demás; y, de otro lado, el art. 2 de la ley de Prensa e Imprenta de 18 de Marzo de 1966 que, entre otros muchos, señalaba como límite de la libertad de expresión y del derecho a la difusión de información "la salvaguardia de la intimidad y del honor personal y familiar" (418).

La bibliografía española en torno a los problemas que suscita el art. 20.4 CE es inmensa (419). Aquí se intentará hacer un estudio directo de la jurisprudencia constitucional y enjuiciar la misma.

B.) Análisis de la jurisprudencia constitucional.

a') Primera fase: hasta la STC 104/1986.

En esta primera fase el Tribunal perfila las libertades de expresión e información y, a la vez, elabora una doctrina sobre el conflicto que aquí se estudia, que se verá truncada con la STC 104/1986.

Por lo que hace a la configuración por el TC de las libertades de información y expresión, el Tribunal parte de distinguir los derechos del art. 20.1 a) CE (libertad de expresión) y del art. 20.1 d) (libertad de comunicar y recibir información). Respecto al primero, sostiene que es un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos y que les protege frente a cualquier injerencia de los poderes públicos que no esté apoyada en la ley, "e incluso frente a la propia ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (art. 20.4 y 53.1) admite". Respecto del segundo, se dice que "otro tanto cabe afirmar respecto del derecho de comunicar y recibir información veraz (art. 20.1.d)", fórmula que, como es obvio, incluye dos derechos distintos pero

íntimamente conectados que son, por una parte, el derecho a comunicar (que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada sólo se encuentra en textos constitucionales recientes, derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica); y, por otra el derecho a recibirla que es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social. Estos derechos, a juicio del Tribunal, son "derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos" si bien quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos", aunque de este ejercicio más frecuente no derive "ningún privilegio" y desde luego no el de transformar en su favor lo que para el común de los ciudadanos es derecho de libertad en un derecho de prestación que les legitime para exigir de los poderes públicos la creación o mantenimiento de medios de comunicación (420).

Ahora bien, el TC no consideró a estas libertades sólo como derechos de defensa sino que también los atribuyó una dimensión institucional. Para el Tribunal, el art. 20 de la Constitución, "en sus distintos apartados (incluido el 4º, precisamos), garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas, y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1.2 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política". Para el Tribunal, la preservación de esta

comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía nacional, exige la "garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos" y la "interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (verbi gratia las prohibidas en los apartados 2 y 5 del mismo art. 20)", pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social (421).

En una ulterior sentencia, el TC ahondará en la consideración del art. 20 como garantía institucional, al decir que "significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, ... la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático". En efecto, "el art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública libre, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre" (422). Esta sentencia ya habla de "opinión pública libre", expresión que será utilizada en adelante.

El TC perfilará aún más su doctrina anterior acerca de la dimensión institucional del art. 20 CE integrando la jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión.

Para el Tribunal español hay que tener en cuenta, como ha señalado la STEDH Handyside, que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática que, sin perjuicio de las medidas a que se refiere el art. 10.2 del Convenio de Roma comprende no sólo las informaciones consideradas como inofensivas o indiferentes, o que se acojan favorablemente, sino también aquellas que puedan inquietar al Estado o a una parte de la población, pues así resulta del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe una sociedad democrática. Igualmente, el TC acogerá el criterio de la proporcionalidad de la restricción al fin legítimo perseguido, elaborado por el TEDH, añadiendo que quien ejerce su

libertad de expresión "asume deberes y responsabilidades" cuyo alcance depende de su situación y del procedimiento técnico utilizado (423).

Considerando esta doble naturaleza (derechos de defensa y garantía institucional) de las libertades de expresión e información ¿qué criterios mantiene el TC en el conflicto de ambas con el derecho a la intimidad?

Antes que nada, debe apreciarse que en esta fase, la jurisprudencia constitucional no distingue entre el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, hablando en los términos del art. 18.1 CE de un "derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Además, como resulta patente del art. 7.3 de la L.O. 1/1982, y como ya hubo ocasión de mostrar anteriormente, el honor es un derecho "menos profundo" que el derecho a la intimidad, su lesión afecta menos a la dignidad de la persona que la lesión de su intimidad. De ahí que lo válido para lo "menos" lo sea también para lo "más", y sea trasladable al derecho a la intimidad la jurisprudencia dictada limitando las libertades de expresión e información en aras de la intimidad.

Como se ha advertido, ya desde el principio (STC 6/1981) el TC consideraba que éstas libertades tenían una doble naturaleza (derechos de defensa y garantía de la opinión pública). Esa tesis de la doble naturaleza no es nueva, era conocida en la doctrina desde comienzos del s. XIX. Sería insultante considerar que quienes redactaron y aprobaron la Constitución la desconocían. Por ello, el art. 20.4 es un límite a esas libertades entendidas en su doble naturaleza. La jurisprudencia constitucional de este primer período es unánime en su consideración del art. 20.4 CE.

En las sentencias en las que se reconoce la doble naturaleza de las libertades del art. 20. 1. a) y d) se señala que ambas libertades protegen a los ciudadanos "incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y

53.1) admite". La remisión pura y simple al art. 20.4, pone de manifiesto claramente que los derechos del art. 20.1 están limitados por los derechos del art. 18.1, es decir, que éstos prevalecen (424).

El T.C., ha elaborado incluso una teoría de los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión (y que entendemos aplicable a la libertad de información). Para este órgano, ese derecho no es absoluto ilimitado, pues se encuentra sometido, de un lado a límites específicos (a los señalados en el art. 20.4 C.E), y otro, a límites genéricos. Estos pueden ser, a su vez, explícitos (arts. 1.1, 9.1 y 10.1 C.E.) o implícitos (como puedan serlo las exigencias de la disciplina según las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, arts. 169, 177, 178 y 203) (425).

En cuanto a los límites genéricos, la jurisprudencia ha considerado como tales la disciplina, la subordinación y la jerarquía, que se estimarán necesarias para garantizar el cumplimiento de los bienes constitucionales del art. 8.1 (426) ó 104.1 CE (427), y ello a pesar de que en esos casos se ejercía la libertad de expresión emitiendo comunicados dirigidos expresamente a la opinión pública. La dimensión de la libertad de expresión como garantía de esa institución no fue óbice para que el derecho fuera limitado en aras de bienes que no eran derechos fundamentales. Por lo que hace a los límites genéricos explícitos no nos consta resolución alguna del Tribunal que haga uso de esa categoría para limitar estas libertades.

Respecto a los que llama el T.C. límites "específicos", en una ocasión se acudió a "la protección de la juventud y de la infancia" (art. 20.4 in fine). En esta resolución, el art. 20.4 operó limitando la libertad de expresión pese a que se reconocía la dimensión institucional de esa libertad como "uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática" siguiendo al T.E.D.H. (428), lo cual, del mismo modo que en la jurisprudencia del T.E.D.H. sobre el art. 10.2 C.E.D.H., no era óbice para limitar ese derecho (429).

El tratamiento de la jurisprudencia de este período a los límites específicos constituídos por los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (que recordemos, se tratan como un solo derecho) no es dispar del ofrecido respecto a los otros tipos de límites: los derechos de los arts. 20.1 a) y d) ceden ante el art. 18.1 C.E.. En algunas ocasiones, el T.C. trata de situaciones en las que es la libertad de información la que resulta limitada. El T.C. observa que pueden existir sucesos cuyo conocimiento resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según establece el art. 20.4 C.E. (430).

En concreto, el respeto del ámbito de intimidad de las personas puede ser un límite a ese derecho (431). Por lo demás el T.C. asocia el régimen de la libertad de información al de la libertad de expresión en los supuestos de colisión (432).

La gran mayoría de los casos de esta primera etapa afectan a la libertad de expresión (que, podemos adelantarlo, será configurada después de la S.T.C. 104/1986 con unos límites más laxos que los propios de la libertad de información). Ya desde un temprano momento se recordó que el art. 20.4 limitaba a la libertad de expresión (433). El Tribunal, al enjuiciar estos problemas de límites, reproducía el texto literal, del art. 20.4, que señala que los derechos del art. 20.1 a) y d) tienen sus límites, entre otros, "especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen" (434), (debe notarse que después de la S.T.C. 104/1986 el T.C. no reproduce nunca el tenor literal del art. 20.4, sobre todo el inciso reproducido), aplicando siempre el art. 20.4. Es más, en una ocasión el propio Tribunal subrayó esta circunstancia al decir que al referirse el art. 20.4 a los límites a la libertad de expresión, se hace una "especial mención del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen" (435).

El reconocimiento del derecho al honor como límite de la libertad de expresión se realiza incluso ante casos de evidente trascendencia

para la opinión pública: en uno por criticar con términos insultantes una medida administrativa de expropiación que afectaba a la comarca (436), y en otro, más claro aún, por escribir sobre la vida de un presidente de un parlamento autonómico basándose en un escrito anónimo que llevaba el expresivo título de Biografía de un truhán (437), caso este verdaderamente relevante para la opinión pública.

El Tribunal considera no sólo que la libertad de expresión no es un derecho ilimitado, "~~pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece~~" (subrayado nuestro)", y, en concreto a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1", sino que su ejercicio debe enmarcarse en unas determinadas pautas de comportamiento, como son las determinadas por la buena fe tal y como expresa el art. 7.1 C.C.V. (438). Para el supremo intérprete de la Constitución, lo que prohíbe el art. 20.4 C.E. es una "utilización abusiva de la libertad de expresión (439).

Para esta jurisprudencia, la emisión o difusión de opiniones en forma desajustada a lo que constituye una regla de general observancia en el tráfico jurídico, convierte en ilícito y abusivo el ejercicio de la libertad de expresión y viceversa, la libertad de expresión ejercida sin tacha atrae hacia sí los mecanismos de protección jurídica que garantizan el legítimo ejercicio de los derechos fundamentales (440). De ahí que las libertades de expresión e información tengan entre sus límites el de que en su ejercicio no se cometan delitos que afecten al honor de las personas (441). Por ello, la obligación de tutelar los derechos reconocidos en el art. 20 C.E. no impide a los Tribunales penales deducir de su ejercicio las consecuencias pertinentes cuando, en virtud del mismo, se hayan infringido los límites que impone el respeto al honor, a la intimidad o a la propia imagen de terceros y ello sea constitutivo de delito. En definitiva "no puede constituir violación de la libertad de expresión la resolución,

fundada en Derecho, de un Tribunal penal que, apreciando la existencia de un delito de injurias, protege el derecho al honor frente a la extralimitación del condenado en el uso de aquella libertad" (442). No constituye, por tanto, causa de justificación penal, el ejercicio de las libertades de expresión o información, cuando se trata de un ejercicio atentatorio del art. 20.4 C.E. (443), pese a que tras la S.T.C. 104/1986 este ejercicio lesivo de ese precepto recibirá la consideración de causa de justificación penal.

Un último aspecto debe destacarse en la jurisprudencia de esta primera fase. El discutible criterio de la "ponderación de bienes" para enjuiciar las cuestiones de límites en el supuesto del que tratamos no es enteramente desconocido en este período, pero se concebirá de forma distinta a como se hará a partir de la S.T.C. 104/1986. Para el Tribunal, "todo valor o bien constitucionalmente reconocido puede representar, en supuesto de conflicto, un límite para otros bienes o valores". El T.C. realiza esta consideración, no al hilo de los límites específicos de la libertad de expresión (art. 20.4 C.E), sino a propósito de los límites genéricos (ya explícitos, ya implícitos). En su opinión, "en principio, la Ley efectúa la ponderación (subrayado nuestro) necesaria para armonizar los diferentes derechos" y al T.C. "compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al ejecutarla" (444). Esto quiere decir, en primer lugar, que tratándose de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 20.4) la propia Constitución ha efectuado la ponderación necesaria para armonizar los derechos del art. 18.1 y del art. 20.1 a) y d); y, en segundo lugar, que en los demás supuestos (límites genéricos), corresponde efectuar la ponderación al legislador y no al juez ordinario, lo que se contradice con las exigencias de ponderación que a partir de la S.T.C. 104/1986, se atribuirán al juez ordinario.

En conclusión, en este período se encuentra una doctrina clara y uniforme que, reconociendo el doble aspecto de las libertades de expresión o información como derecho y como garantía institucional, aplica el art. 20.4 en los conflictos en los que están involucrados los derechos de los art. 18.1 y 20.1 a) y d), considerando que el ejercicio de los últimos trasgrediendo el art. 20.4 no puede ser, de ningún modo, causa de justificación.

b') Segunda fase: desde la S.T.C. 104/1986 hasta el presente.

Apenas mes y medio después de que el T.C. ratificara en todos sus términos la jurisprudencia que unánimemente caracterizó esa primera fase (445), el T.C. da un giro de 180° grados en su tratamiento del problema con su trascendental S.T.C. 104/1986, de 17 de julio. Esta sentencia produce una auténtica mutación constitucional. Esta resolución se articula a través de diferentes pasos. En primer lugar, afirma que cuando haya colisión del derecho al honor (que sólo en 1.990 se distinguirá a estos efectos del derecho a la intimidad), con estas libertades del art. 20.1 a) y d) "no necesariamente y en todo caso" debe prevalecer el derecho al honor frente a esas libertades.

Esto significa que el carácter prevalente o limitador que tenía reconocido el derecho al honor ex. art. 20.4 y conforme a toda la jurisprudencia anterior a esta sentencia queda abolido. En segundo lugar, el T.C. se atreve a decir que esto no significa que "siempre hayan de ser consideradas éstas (libertades) como prevalentes", con lo cual los derechos objeto de limitación ~~ex. Constitución~~ y por virtud de la jurisprudencia constitucional, se ven de repente elevados al grado de derechos limitadores en el conflicto, aunque sólo lo sean eventualmente, rango que no tenían antes ni en la Constitución (art. 20.4), ni en la jurisprudencia constitucional. Una vez cumplidos estos pasos que suponen elevar el derecho de los arts. 20.1 a) y d) por encima de su puesto constitucional, en tercer lugar, el T.C. considera que, cuando se

produzcan conflictos entre ellos "se impone una necesaria y casuística ponderación" entre uno (art. 18.1) y otros (art. 20.1 a) y d)). Así, aparentemente, ninguno de ellos prevalece y sólo caso por caso se puede dictaminar el conflicto, sin que pueda decirse que uno de ellos prevalece con carácter general (precisamente por eso se precisa una "casuística" ponderación. Ahora bien, la presencia en las libertades el art. 20 de la garantía de la institución política fundamental que es la opinión pública, la cual se da en las libertades del art. 20.1 pero no en el derecho del art. 18.1, otorga a aquéllos "una valoración que trasciende a la que es común a todos los derechos fundamentales" (446). Al final aparece la verdadera trascendencia de la sentencia que supone una auténtica supresión del art. 20.4 C.E.

Es este el lugar oportuno para hacer algunas breves consideraciones formales sobre la sentencia. Como ha dicho el propio T.C. "éste normalmente se atiene a sus propios precedentes lo que, por una parte, significa la aceptación del brocardo "stare decisis", convertido en norma legal de obligado cumplimiento por la L.O.T.C. en su art. 50.2 c) , y por otro lado está atemperado por la misma ley en su art. 13, que permite la elevación de un caso por una Sala al Pleno, cuando aquella entiende que debe separarse de la doctrina sentada en un precedente". Esto permite la corrección de errores, o el cambio de criterio "en todo caso razonado", para lo que hay que tener en cuenta que la igualdad entre el precedente y el caso nuevo "no siempre consistirá en una relación de identidad, que encajaría más bien en la figura de la cosa juzgada", pues basta que ambos casos sean "sustancialmente" iguales para que sea indebido tratar el nuevo con olvido del precedente admitido" (447).

Pues bien, en la presente situación nos encontramos con que el T.C. no sólo ha incumplido la L.O.T.C., sino que incluso ha desautorizado su propia resolución. Debe considerarse lo siguiente:

1º Hay precedentes respecto del asunto resuelto por la S.T.C. 104/1986. Se han señalado ya todos los precedentes sobre el asunto dictados antes de esa sentencia.

2º Entre esos precedentes y el supuesto nuevo estudiado por la S.T.C. 104/1986 hay una igualdad sustancial. Entre ellos deben destacarse los importantes supuestos en los que la opinión pública está involucrada en los hechos objeto de las resoluciones (448).

3º La Sala se ha separado radicalmente de los precedentes existentes.

4º La Sala no ha elevado al Pleno el asunto.

Por ello, y a la luz de la propia doctrina del T.C. sobre el tratamiento de los precedentes, nos hallamos con que, en primer lugar, no se ha producido un cambio de criterio razonado, pues en la S.T.C. 104/1986 no se alude absolutamente para nada a la doctrina consolidada en anteriores resoluciones. No se explica por qué se separa de las anteriores si los casos son sustancialmente iguales puesto que la fundamentación de la S.T.C. 104/1986 aparece como ex novo, como si sobre el asunto fuese ella la primera resolución del Tribunal. En segundo lugar, utilizando términos del propio T.C., consecuencia de lo anterior, es "indebido" tratar el nuevo caso "con olvido del precedente admitido". Es indudable que en este asunto hubiese sido necesario aplicar el art. 13 de la L.O.T.C. y razonar mucho una separación tan radical.

La S.T.C. 104/1986 inaugura un nuevo régimen para los conflictos entre las libertades de expresión e información y los derechos a la intimidad y al honor que se irá perfilando progresivamente y que se tratará de sistematizar a continuación.

1º Exigencia de ponderación.

A raíz de la S.T.C. 104/1986, el T.C. exigirá, al enjuiciar estos conflictos, una ponderación expresa entre los derechos en presencia. Se

tratará de una ponderación formal, y no material, es decir, en principio, el T.C. alegaba conformarse con que el tribunal de instancia hubiese ponderado los derechos en pugna. Según el T.C., una vez realizada por los jueces ordinarios esa ponderación, introduciendo en el enjuiciamiento la perspectiva constitucional en torno a los derechos fundamentales en juego, el T.C. "poco tendría que decir", habida cuenta del art. 117.3 C.E. y del art. 44.1 b) L.O.T.C., a no ser en el caso de que tal apreciación de legalidad (no desprovista de su dimensión constitucional) hubiese sido claramente "irrazonada" (449). Ahora bien, pronto se vió que esa ponderación que debía hacerse por los jueces en el supuesto de conflicto debía ser, no sólo formal, sino también material, coincidiendo con la realizada por el T.C. (450). Es decir, la posición no tiene que ser sólo "razonada" (formal) sino también "razonable" (material) (451). En cualquier caso, el T.C. irá abandonando la exigencia "formal" de ponderación y se atenderá únicamente al resultado "material" de la ponderación, haya sido hecha ésta explícita o implícitamente.

En definitiva, no basta que el órgano judicial ordinario haya realizado la ponderación entre los derechos, sino que tal ponderación deberá realizarse de modo que se respete la correcta valoración y definición constitucional de los derechos fundamentales en presencia, tarea que corresponde verificar al T.C., que en esa función no está vinculado a las valoraciones efectuadas por el órgano judicial sometido al control del supremo intérprete de la Constitución (452).

2º Prevalencia con carácter general de las libertades del art. 20.

Pese a la aparente neutralidad de la S.T.C. 104/1986, el sistema de conflictos que ésta inaugura se caracterizará por dar prevalencia general a las libertades de expresión e información, lo que supone convertir a éstas de derechos limitados u objeto de limitación en normas limitadoras o sujetos de la limitación. Ciertamente, con base en ciertos pronunciamientos de la S.T.C. 104/1986, y, en concreto, el que afirma

que ni siempre prevalece el art. 18.1, ni siempre el art. 20.1 a) y d) y que por tanto, es necesaria una "casuística ponderación" (453), ciertas resoluciones afirmarán que no se puede dar prevalencia general a ninguno de los derechos en conflicto (454).

Sin embargo, desarrollando el pasaje de la S.T.C. 104/1986 que refiere que la dimensión de garantía de una institución política fundamental (la opinión pública libre), -que no se encuentra en los derechos del art. 18.1, pero sí en las libertades del art. 20.1, otorga a éstas una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (455), se ha afirmado que esas libertades tienen una posición "preferente" o "prevalente" en supuestos de colisión. Ya desde poco tiempo después de efectuarse el cambio jurisprudencial, se afirmó su "posición preferencial" y su "jerarquía constitucional" (456). Esta consideración se consolida en numerosas decisiones posteriores (457).

Esta jurisprudencia que concedía una supremacía o prevalencia prácticamente absoluta a las libertades del art. 20 sobre los derechos del art. 18.1 suscitó alguna reacción en el seno del propio Tribunal. Así, Díaz Eimil reclamó unos criterios que intentaran encauzar la prevalencia que el T.C. había otorgado a las libertades de expresión e información, pues esa supremacía "no puede concebirse de manera tan absoluta que haga ilusorio el valor del límite de dichas libertades que el art. 20.4 de la Constitución atribuye al derecho al honor", y, por ende, a la intimidad (458). De esta autorizada afirmación se desprende lo que aquí se ha dicho: la jurisprudencia del T.C. ha operado una mutación constitucional sobre el art. 20.4 C.E. La advertencia formulada por este magistrado encontró eco más tarde. De este modo, posteriores resoluciones malizaban ese carácter de supuesta prevalencia señalando que ésta es general, pero no absoluta y en todo caso (459).

En definitiva, el T.C. no abandona la perspectiva inaugurada en la S.T.C. 104 /1986 y desarrollada en la S.T.C. 159/1986 sobre la "preferencia" de las libertades del art 20., si bien la matiza señalando que es "general", pero no "absoluta", creando así gran inseguridad jurídica, pese a los demás criterios que elabora el Tribunal para afrontar estos conflictos y que se exponen a continuación.

3ª Distinción entre las libertades de expresión e información.

Como ya se vió, esta distinción ya está presente en la primera fase de la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión. Como advierte el T.C., la Constitución acoge una concepción dual que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los arts. 19.2 P.I.D.C.P y 10.1 C.E.D.H. Dicha configuración dual, normativiza en el nivel constitucional la progresiva autonomía que ha ido adquiriendo la libertad de información respecto de la libertad de expresión, en la que tiene su origen y con la cual sigue manteniendo íntima conexión, conservando además elementos comunes (460). Ahora bien, entonces, habida cuenta del indiscutible carácter limitador del art. 20.4, esta distinción no era especialmente relevante. Ha sido precisamente el T.E.D.H., el que ha dado a esta distinción, ya conocida en la jurisprudencia española, un alcance hasta entonces imprevisto. El T.E.D.H. al configurar la libertad de expresión como aquella cuyo objeto son opiniones o juicios de valor no susceptibles de verificación, frente a la libertad de información que es la que versa sobre hechos cuya veracidad puede ser contrastada, otorgó una mayor resistencia a la libertad de expresión que a la de información cuando coliden con el límite de la protección de la buena fama (461).

En un principio, esa distinción del T.E.D.H. y sus consecuencias no parecen haber sido acogidas (462) quizás por lo reciente de la resolución del Tribunal Europeo que explicaría el que no se conociese, su contenido. Pero más tarde, una serie de resoluciones, siguiendo al

T.E.D.H., advertirán que los límites de los derechos del art. 20.1 a) y 20.1.d) C.E. son distintos. Según el T.C., la libertad de expresión (art. 20.1a)) tiene por objeto, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse también las creencias y juicios de valor. Estos pensamientos y similares no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercite la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad (463). Pero si bien no se exige la prueba de la verdad, el contenido de esta libertad queda acotado por otra vía, pues no comprenderá las frases formales e indudablemente injuriosas ya que éstas son innecesarias para la esencia del pensamiento idea u opinión que se expresa (464).

Por su parte, la libertad de información (art. 20.1d)) tiene por objeto el comunicar y recibir información sobre hechos de carácter noticiable, que por su materialidad son susceptibles de prueba y, deben someterse al contraste de su veracidad. Por ello, la protección sólo se otorga a la información veraz (465). Dado que, a juicio del Tribunal, es casi imposible encontrar la información en estado puro ya que suele estar aderezada con opiniones, lo dicho sobre las expresiones injuriosas antes, viene aquí en aplicación. Por ello, las expresiones claramente ofensivas, innecesarias para la información e inútilmente vejatorias, dictadas no por un ánimo o con una función informativa, sino con malicia calificada por un ánimo vejatorio o por enemistad pura y simple quedan desprotegidas (466).

Sólo las afirmaciones veraces están protegidas en la Constitución, pero de ello no se sigue que quede extramuros del ámbito garantizado, la información cuya plena adecuación con los hechos no se ha evidenciado en el proceso. Cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz", no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el

informador -que transmite como "hechos" lo que ha sido objeto de previo contraste con datos objetivos-, privándose así de garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúa con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. Las afirmaciones erróneas, afirma el T.C., son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse "la verdad" como condición para el reconocimiento del derecho a la libertad de información, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio (467). Así pues, "información veraz" en el sentido del art. 20.1.d) significa información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa excluyendo invenciones, rumores o meras insidias (468). El Tribunal recuerda que la referencia al carácter objetivo de la información, como condición de ésta, intentó incluirse en el Anteproyecto de Constitución, pero fue excluido conscientemente del texto definitivo del art. 20. Por ello, los errores informativos intrascendentes han de estimarse protegidos también por el derecho constitucional de informar, pues de otro modo, la posibilidad ilimitada de acciones civiles por tales pequeños errores podría ser una amenaza latente que pusiese en peligro el espacio constitucionalmente protegido en una sociedad democrática para la comunicación libre de informaciones (469).

Este deber de diligencia en la comprobación razonable de la verdad no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente el informante su veracidad o inveracidad, ya que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador (470).

Cuando la información versa sobre hechos irregulares, no es requisito de la prueba de veracidad, la demostración plena y exacta de

los hechos imputados. Basta con un inicio significativo de probanza, que no es, ni lógicamente puede ser, el de la prueba judicial, es decir, más allá de la duda razonable. Para el T.C. exigir tal tipo de pruebas a quien imputa hechos irregulares a otro -sobre todo si no son delictivos- supondría cercenar de raíz la posición capital que la formación de la opinión pública a través de la libertad de información tiene en una sociedad democrática. Por lo demás, tampoco es necesaria la previa denuncia formal, judicial o administrativa de esas irregularidades (471).

Sólo recientemente la jurisprudencia constitucional ha deslindado los derechos al honor y a la intimidad en su relación con las libertades del art. 20.1 y el hilo para realizar esa distinción ha sido la exigencia de veracidad. Hasta entonces se aplicaba al derecho a la intimidad el mismo régimen jurídico que al derecho al honor, que en el caso que nos ocupa, suponía que siempre que la información fuese veraz y cumplierse los demás requisitos que el T.C. establece, el derecho a la información, como regla general, debía prevalecer (472). No obstante, el Alto Tribunal poco después modificó su criterio al estimar que la veracidad, si bien, en principio, funciona como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, tratándose de la intimidad, actúa de forma distinta. La veracidad es solo presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de ésta requiere que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que, siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa (473). Por ello, si la información es verdadera, pero no es de interés público, no se legitima la intromisión en la intimidad. Como se recordará, esto ya fue dicho por Warren y Brandeis en 1.890.

4º Interés público.

Según la jurisprudencia constitucional, el valor preponderante de las libertades del art. 20, en cuanto se asienta en la función que éstas tienen de garantía de una opinión pública indispensable para la efectiva realización del pluralismo político, solamente puede ser protegido cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por la materia a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen. Sólo entonces contribuyen a la formación de la opinión pública alcanzando así su máximo nivel de eficacia justificadora frente al art. 18.1. Este se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión e información cuando los titulares de los derechos del art. 18.1 son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general. Así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (474), afirma el T.C. siguiendo la S.T.E.D.H. Handyside. Deben ser materias que contribuyan a la formación de una opinión pública libre.

Ese interés público debe venir dado por dos factores: por el sujeto y por los objetos. En cuanto al sujeto, la relevancia pública de la información o la expresión varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información, o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona. Los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos de la personalidad resulten afectados por críticas, opiniones y revelaciones adversas. Por tanto, los derechos del art. 20.1 alcanzan aquí su máximo nivel de eficacia legitimadora frente a esos derechos de la personalidad, según el T.C., en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de las personas privadas que sin vocación de proyección pública

se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública. A estas personas privadas hay que reconocerles, por consiguiente, un ámbito superior de intimidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidas a personajes públicos (475).

Ahora bien, no es suficiente que el sujeto tenga relevancia pública, es necesario también que las materias, los hechos en sí en los que la persona se haya visto involucrada, sobre los que versen la expresión o información sean de interés general. La eficacia justificadora de estas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas, carentes de interés público, y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se reconoce su posición prevalente (476). Este último criterio sirve para mitigar la legitimidad de posibles intromisiones en la intimidad de personas públicas, por el mero hecho de ser públicas, considerando que para la licitud de esa injerencia se precisa también que la materia sobre la que versa sea de interés público. No obstante, consideramos desafortunada la expresión "de interés público", pues debe decirse sólo si el hecho es público o privado. Bien puede suceder (así parece en E.U.A.) que los hechos más privados interesen al público, pero no por ello dejan de ser privados. El criterio del "interés" público deja la intimidad a merced de la voracidad de las masas.

5º Contexto público (medios de información).

En la primera fase de su jurisprudencia, el T.C. no distinguió, en cuanto a su régimen jurídico el uso por personas privadas o por profesionales de las libertades del art. 20.1, señalando que son derechos de los que gozan todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirvan, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de informaciones y expresiones su profesión específica. Por ello, El T.C.

estimaba que estos derechos son comunes a todos los ciudadanos, y quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de informaciones, si bien ejercen estas libertades con mayor frecuencia que el resto de sus ciudadanos, no derivan de ello ningún privilegio (477).

No obstante, el Tribunal matizará lo anterior. Para él, dado que la prevalencia de las libertades del art. 20.1 viene dada por su condición de garantía de la opinión pública, ese valor preferente alcanzará su máximo nivel cuando la libertad se ejercite por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa en su más amplia acepción. Si bien el Tribunal manifiesta que esto no significa que las libertades del art. 20.1 no deban ser reconocidas "en iguales términos" a quienes no ostenten la cualidad profesional de periodistas, afirma que el valor preferente de esas libertades declina cuando su ejercicio no se realiza en el contexto o cauce normal de formación de la opinión pública, sino a través de medios anormales e irregulares como hojas clandestinas, en cuyo caso la relación de preferencia de las libertades del art. 20.1 sobre los derechos del art. 18.1 se invierte a favor de los últimos (478). A pesar de las protestas del T.C., parece quedar claro que se consagra un privilegio de los periodistas, pues medios como las octavillas u hojas clandestinas suelen ser el medio de acceder y comunicar intencionalmente a la opinión pública por quienes no disponen de esos "vehículos institucionalizados" como pueden ser prensa, radio y televisión, máxime cuando, como en el caso de las dos últimas, su acceso sólo opera por concesión administrativa. La octavilla es el vehículo del "pobre". No es afortunado este criterio jurisprudencial del T.C.

c') Críticas de la jurisprudencia constitucional presente.

1º En primer lugar, debe subrayarse que el art. 20.4 es uno de los que el propio Tribunal llamó límites específicos del derecho a la libertad

de expresión e información. La afirmación del Tribunal de que no puede atribuirse carácter absoluto a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los derechos y libertades del art. 20.1 es una afirmación quizás apresurada. Si se distingue con el T.C. entre límites específicos de cada derecho fundamental y límites genéricos de los derechos fundamentales (479), pudiendo estos últimos ser explícitos o implícitos la afirmación del Tribunal no puede ser predicable respecto a los límites específicos de cada derecho, pues al estar configurados expresamente en la Constitución, su relativización significa lisa y llanamente violar la Constitución. Casos de límites específicos en la Constitución son el art. 20.4 para la libertad de expresión e información, el art. 22.5 para el derecho de asociación, o el art. 29.2 para el derecho de petición. No puede legalizarse una asociación de tipo paramilitar con el argumento de que el límite del art. 22.5 no es absoluto y de que el nacimiento de una asociación es una manifestación del pluralismo político. La aplicación de la tesis del T.C. a los límites específicos de los derechos fundamentales, recogidos en la Constitución, convertiría a éstos en papel mojado, ignorando que son norma jurídica obligatoria. De ahí que todo el razonamiento del T.C. sobre los límites de los derechos fundamentales debiera ser referido únicamente a los límites genéricos de los derechos.

La Constitución, en ocasiones "establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales", pero en otras ocasiones el límite del derecho deriva de la Constitución sólo de una manera mediata o indirecta, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales sino también otros bienes constitucionalmente protegidos" (480). En el presente caso, si bien por la segunda de las vías se podría llegar a limitar las libertades del art. 20.1 en nombre de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el caso es que ello no es necesario pues la Constitución "ha establecido por sí misma los límites de esas libertades". La interpretación que da el T.C. en la segunda fase de su jurisprudencia, sencillamente

ignora esta cualidad de límite o línea que acota el ejercicio de esas libertades, más allá de la cual ese ejercicio se torna inconstitucional. Debe afirmarse con Jiménez Campo que ni la preocupación del intérprete de un derecho de buscar las relaciones de integración o de dependencia de la situación que se estudia con otras también garantizadas en la Constitución (correspondiente a la exigencia de comprender a la Constitución como un orden normativo integrado), y añadiríamos que ni el entendimiento de un derecho fundamental como cifra de todo el sistema democrático, pueden llevar al intérprete constitucional a desconocer que la unidad de los derechos -su sistema- no permite la indiferenciación entre ellos, aboliendo en la labor de interpretación las peculiaridades del régimen de cada uno (481), entre las que puede estimarse, creemos, el ser un límite específico de otro derecho, o estar limitado específicamente por cierto derecho.

La S.T.C. 104/1986 sostuvo que cada derecho del art. 18.1 en su relación con las libertades del art. 20.1a) y d) puede configurarse de dos modos: en primer lugar como "límite a las libertades del art. 20.1" y, en segundo lugar, como "un derecho fundamental en sí mismo", es decir, puede considerarse desde el art. 20.4 o desde el art. 18.1. La S.T.C. 104/1986 no lo considera desde el art. 20.4 pues esta construcción aboca de forma inequívoca a la limitación de las libertades del art. 20.1, en cuanto que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen operan aquí como límites específicos en el sentido que da el T.C. a estos límites (482). La S.T.C. 104/1986 considera estos derechos exclusivamente desde el art. 18.1, es decir, como "derechos fundamentales en sí mismos", afrontando el tema como si de un conflicto entre el art. 18.1 y el art. 20.1 se tratara, ignorando completamente la presencia del art. 20.4. Ello permite al T.C. "igualar" ambos derechos para "ponderarlos" e invertir el límite del art. 20.4. Por lo demás, es discutible, como se verá en el punto 4º, que incluso tratando el problema como

conflicto entre el 18.1 y el 20.1, borrando, el 20.4, se pudiera llegar a la solución ofrecida por el T.C.

Cuando el Tribunal menciona el art. 20.4 lo hace sin extraer consecuencia alguna de esa mención, debido a la mutación que ha hecho del propio precepto, vaciándolo para considerar implícitamente un simple conflicto art. 18.1 v. art. 20.1

2º La consideración de las libertades de expresión e información como garantía de la institución política fundamental de la opinión pública, además de su consideración como derechos fundamentales, no implica la negación de los límites que la Constitución ha previsto para las mismas, cual se advierte en la auroral jurisprudencia constitucional que después de haber considerado su dimensión de garantía de la opinión pública, señaló que las "libertades del art. 20.1 protegen incluso frente a la propia Ley en cuanto ésta intente fijar otros límites que los que la propia Constitución (arts. 20.4 y 53.1) admite" (483). Por contra, las sentencias de la segunda fase jurisprudencial, sólo mencionan el contenido esencial de esas libertades como límite (art. 53.1) sustrayendo del discurso el límite del art. 20.4, clave para entender ese mismo contenido esencial.

3º Como se ha afirmado, una opinión pública que no sea respetuosa con los demás y transgrede los límites de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen no es auténtica opinión pública, pues para que una opinión pública tenga el carácter didáctico, crítico y formativo que se le asigna en una democracia, debe utilizar las razones y no los insultos (484) ni las violaciones de la intimidad pues de legitimarse estos últimos la discusión pública que debe sustentar la opinión pública y que, como tal discusión, sólo puede basarse en razones, desaparecería, sustituida por el chantaje o la amenaza. Es decir, no hay una verdadera opinión pública que no sea "opinión pública y libre respetuosa con los demás".

4º. Si bien es cierto que las libertades de expresión e información garantizan la opinión pública que es elemento esencial del pluralismo político, el cual es un valor superior del ordenamiento (art. 1.1) imprescindible para el Estado democrático, no debe olvidarse que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y especialmente el derecho a la intimidad, fundamentan la libertad (485) que también es un valor superior del ordenamiento jurídico (y sin libertad personal no puede haber comunidad libre) y lo que es mucho más importante son los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen "derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la "dignidad de la persona", que reconoce el art. 10 de la C.E." (486). Y no debe olvidarse que, según el propio art. 10.1 "la dignidad de la persona", los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad ... son fundamento del orden político y de la paz social". Es decir, que estos derechos personalísimos están estrechísimamente conectados con la dignidad de la persona, fundamento del orden político. No puede ser minado el fundamento del orden político (dignidad) sin que ese mismo orden no se derrumbe, por ello, la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen son la mejor garantía de todo el orden político que constituye el Estado Social y democrático de Derecho.

Mientras que los derechos del art. 18.1 son de los que Schmitt llama "derechos fundamentales en sentido propio", esencialmente, derechos del hombre individuo libre frente al Estado (487), las libertades del art. 20.1 son derechos que están entre los que llama Schmitt "derechos del individuo en relación con otros individuos" que son "auténticos derechos fundamentales en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro" (488), y los que llama "derechos del individuo en el Estado, como ciudadano" que son derechos ciudadanos democráticos que no presuponen al hombre Individual libre "sino al ciudadano que vive en (subrayado de Schmitt) el Estado y tienen

por eso un carácter "esencialmente político" que hace que "no correspondan al principio de distribución de los auténticos derechos fundamentales" (489). Cabe entender que consideradas como garantía de la institución política fundamental de la opinión pública, pertenecen más bien a la tercera categoría que a la segunda, lo cual supone que están más lejanas de ese centro que es la dignidad de la persona, más lejanas del ser. La propia Constitución, el propio Poder Constituyente, ponderó muchos derechos, entre ellos las libertades del art. 20.1 y los derechos del art. 18.1, y de modo soberano decidió que caso de conflicto debía prevalecer el art. 18.1 a cuyo fin el órgano constituyente redactó el art. 20.4, resultado de su ponderación entre ambos derechos. Esta opción se comprende por el carácter personalísimo del derecho del art.18 ya que la dignidad de la persona es fundamento de todo el orden político. El suplantarla por la ponderación hecha por un órgano constituido supone, sencillamente, una mutación de la Constitución.

5º El hecho de que las libertades de información y expresión estén "ligadas de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático", no significa que no deban encauzarse. En efecto el propio T.C. ha manifestado con respecto al pluralismo que no es ilegítimo que el ordenamiento electoral intente conjugar el valor supremo que representa el pluralismo (y su expresión, en el caso de autos, en el criterio de la proporcionalidad) con la pretensión de efectividad en la organización y actuación de los poderes públicos, por lo que la posibilidad de la limitación de la proporcionalidad electoral resulta justificada. Y agregaba que "junto al principio de legitimidad democrática ... y a la forma parlamentaria de gobierno, nuestra Constitución se inspira en un principio de racionalización de esa forma" (490). Pues bien, siendo cierto que las libertades de expresión e información están ligadas al pluralismo político, también lo es que este pluralismo político no está en un "estado de naturaleza" sino que está racionalizado, siendo uno de los

hilos de esa racionalización el art. 20.4 de la Constitución, junto con otros preceptos como el art. 20.5, o el 21.2, o el 22.2.

6º La cuidadosa elaboración técnica por el T.C. de las libertades del art. 20.1 como causa de justificación ante los delitos contra el honor esgrimida por esa jurisprudencia constitucional admite dos objeciones. En primer lugar, de admitirse esa construcción técnica tal como está configurada por el T.C., podría llevar a plantearnos si el allanamiento de un domicilio por un periodista para demostrar alguna circunstancia deshonorosa de un personaje público de especial interés general (como por ejemplo, que siendo ese personaje de algún partido, se entienda secretamente con otro personaje relevante del partido opuesto para alguna actuación pública como pudiera ser cambiar de partido o realizar transfuguismo) estaría o no penado. A primera vista, la construcción del T.C. ampararía esos desafueros.

En segundo lugar, debe precisarse que la construcción de las libertades de expresión e información como causas de justificación penal sólo puede ser válida cuando esas libertades sean ejercidas de un modo regular y dentro de los límites que les marca la Constitución, es decir, "legítimo" como dice el art. 8.11ª del C.P. Lo contrario equivaldría a declarar que un preso que se evade de la prisión no puede ser condenado por un delito de quebrantamiento de condena, pues estaba amparado por la causa de justificación 11 del art. 8, dado que ejercía su derecho constitucional de libertad que le reconoce el art. 17 de la C.E.. Es evidente que el derecho de libertad del art. 17 o las libertades de expresión e información del art. 20 sólo pueden ser causa de justificación penal cuando son ejercidas de modo regular y sin trasgredir las limitaciones que les impone la Constitución. Sólo entendiendo esto así puede obviarse el aparentemente absurdo problema planteado en la primera objeción, de suerte que nunca se producirá esa situación descrita.

Esto explica que las sentencias del T.C. anteriores a la S.T.C. 104/1986 no reconociesen a las libertades del art. 20.1 como causa de justificación del art. 8.11ª del C.P. (ejercicio legítimo de un derecho), pues el ejercicio de aquellas no es legítimo cuando transgrede sus límites.

7ª Como ha habido ocasión de exponer al tratar sobre la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad, en este no se encuentra ausente la vertiente institucional. En efecto, se garantiza el instituto de la intimidad, como reducto a salvo de cualesquiera intromisiones externas no consentidas y, en consecuencia, espacio de libertad. Es un espacio de libertad privada, individual y, por tanto, no política. En los términos de Berlin, es la garantía del espacio de libertad negativa, mientras que las libertades del art. 20.1 garantizan un espacio de libertad positiva. Dista de ser pacífico que la libertad positiva "prevalezca" (como se deduce de la segunda jurisprudencia constitucional) sobre la libertad negativa. Es una tesis no firme en el campo del pensamiento. Lo que sí puede decirse es que el art. 10.1 C.E. establece que la dignidad de la persona y sus derechos inherentes son fundamento del orden político, o lo que es lo mismo, el art. 10.1 es un presupuesto lógico del art. 1.1 (pluralismo político). El propio T.C. ha reconocido la conexión estrechísima entre el derecho a la intimidad y el art. 10.1, conexión que no ha sido declarada por el Tribunal respecto a las libertades del art. 20.1. De ahí que la garantía del instituto de la intimidad tenga un carácter de presupuesto lógico y de superioridad sobre la garantía institucional de la opinión pública.

8ª. El T.C. ha operado una mutación constitucional. Jellinek define ésta como la modificación que deja indemne su texto y se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención o conciencia de tal mutación (491). Parece que aquí sí que hubo esa intención, sin embargo. La mutación realizada por el T.C. es de las que Hsū Dau-Lin llamaba mutaciones producidas a través de la interpretación

de los términos de la Constitución, de tal modo que los preceptos reciben un contenido distinto de aquél que inicialmente les fue atribuido. Se trata de la función modificadora de la interpretación que básicamente recae en la autoridad judicial (492). Ahora bien, esta práctica ha sido denunciada por Forsthoff al estimar que produciría una disolución de la normatividad constitucional y la pérdida de la función estabilizadora de la ley constitucional (v.gr.art. 20.4) que sólo se compensaría con nuevas estabilizaciones situadas más allá de las contenidas en el entramado constitucional (V.gr. la S.T.C. 104/1986). El método de jerarquización estimativa o valorativa, según este autor, desestabilizaría al derecho constitucional en tanto que las normas fundamentales se convierten en casuística. Se abre así el camino de la jurisprudencia hacia un "estado de justicia" o dominado por los jueces (493). No hay que hacer grandes esfuerzos para comprobar que esta situación analizada por Forsthoff se halla presente en esta cuestión desde la S.T.C. 104/1986.

¿ Es justificable ? Ciertamente, el tenor de los preceptos 20.4, 10.1, 18.1 y 20.1 a) y d) C.E. es muy claro. La interpretación de las normas está en función de la naturaleza de las mismas (directamente aplicables, " programáticas, ...) y del lugar en que se encuentran (parte orgánica o dogmática) (494). El art. 20.4 no ofrece espacio de duda. Pero si la mutación constitucional que ha realizado el T.C. nos parece difícilmente justificable, creemos que sí es posible explicarla.

Como afirma Lucas Verdú, los motivos, el origen, proceso y efectos de las mutaciones constitucionales especifican la política constitucional. La política constitucional, en punto a las mutaciones constitucionales, no puede olvidar la fórmula política de la Constitución: expresión ideológica, jurídicamente organizada en un estructura social. De los tres elementos que la componen: techo ideológico, organización jurídica y estructura socioeconómica, son el primero y el último los que revelan mayor dinamismo, puesto que la organización jurídica tiende a

formalizarse y petrificarse aunque de algún modo inciden sobre ella los otros dos factores (495). Consideramos que el primer y tercer elemento explican (no justifican) la mutación. En cuanto al techo ideológico, la mutación operada ex. S.T.C. 104/1986, supone reducir el contenido individualista de la Constitución (o de protección de la libertad negativa), permitiendo una intensificación del elemento público, colectivista o colectivizante, algo que ya expresó Ortega al hablar de "socialización del hombre" y que fue examinado en la primera parte de este trabajo. Por lo que hace a la estructura socioeconómica, en este aspecto tanto una comprensión socialista, como capitalista de la Economía, abocan a idéntica conclusión, si bien en el caso español parece claro que es el elemento capitalista el que se ha desarrollado. Esta estructura socioeconómica se fundamenta en la información. Los agentes económicos, para maximizar sus beneficios, deben tomar sus decisiones contando con el máximo de información. Es evidente que la intimidad supone un velo o muro frente a la información. El sustrato socioeconómico capitalista influye, a su vez en las ideas sociales, al primar la información sobre la intimidad o espacio con posibilidad de impedir el acceso de aquella.

De esta suerte, De Vega, al hilo de la distinción de Heller entre normatividad y normalidad constitucional, considera que la confrontación entre realidad política y realidad jurídica puede quedar disuelta en una realidad englobante y más amplia, que sería la realidad constitucional en la que entrarían por igual los supuestos fácticos y los normativos. Dado que en el Derecho constitucional no se puede explicar la norma sin el objeto de su regulación, la estructura de la norma constitucional presentaría dos elementos: un programa normativo (que constituye la parte integrante de la norma en sí) y un ámbito normativo (que expresa la realidad ordenada y reglada por ella). Ya Smend puso de relieve que al ser el Estado el objeto de la regulación de la Constitución, el Derecho Constitucional no podría ofrecer en sus normas la validez rígida y

heterónoma propia del derecho de las organizaciones subordinadas. El reconocimiento de la realidad constitucional como una realidad englobante y superior, supone la asimilación y la justificación dentro de ella de las mutaciones constitucionales. Esto explica claramente la mutación constitucional concreta aquí estudiada. Pero que se admita como inexorable, y que, incluso, se pueda justificar la existencia de mutaciones, no elude, como dirá De Vega, el problema de los límites de las mismas. Ese problema comienza cuando la tensión entre facticidad y normatividad se convierte social, política y jurídicamente en un conflicto que pone en peligro la misma noción de supremacía de la Constitución. En ese caso, la única alternativa posible es, o bien convertir la mutación en norma, o bien negar el valor jurídico de la mutación en nombre de la legalidad existente, en cuyo caso la mutación en cuanto tal desaparecería y la supremacía de la Constitución quedaría salvada (496). Esta última solución creemos que debiera aplicarse al problema de los conflictos entre el art. 18.1 y el 20.1 C.E.

f. Suspensión.

El capítulo V del Título I de la Constitución trata sobre la suspensión de los derechos y libertades. El art. 55, único precepto de este capítulo prevé dos modalidades de suspensión: la generalizada (art. 55.1) y la llamada individual (art. 55.2).

Como afirma Cruz Villalón, la suspensión de un derecho no supone en absoluto su pura y simple suspensión temporal, sino la sustitución de su regulación ordinaria por una regulación extraordinaria que, por supuesto, y con grandes variaciones de un caso a otro, es una regulación restrictiva de dichos derechos, pero es, con todo, un régimen de legalidad (497).

Pueden señalarse con Prieto Sanchís algunas características del régimen de suspensión que es menester advertir. En primer lugar, que los derechos suspendidos siguen siendo derechos subjetivos oponibles

frente a los particulares, cuando tal eficacia se reconoce por el Ordenamiento en situación de normalidad. Así, la suspensión del derecho del art. 18.2 no altera el tipo penal del allanamiento de morada por los particulares. En segundo lugar, la suspensión de los derechos presenta un carácter abstracto y requiere ulteriores actos de concreta privación o limitación, actos que siguen sometidos al principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 C.E.); lo que significa que los derechos subsisten incluso frente a la Administración en aquello que no sea "estrictamente indispensable" o que no tengan nada que ver con el mantenimiento del orden (art. 1.2 LODES). En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, no desaparece la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales, ni la ordinaria que brindan los arts. 24 y 53.2 (que, por lo demás, no son susceptibles de suspensión), ni la constitucional del recurso de amparo, si bien el canon o parámetro que habrán de observar no es lógicamente, el del derecho en su contenido y protección ordinaria, sino el del derecho tal como aparece tras el acto de suspensión.

Del art. 55.1 se desprende que el derecho a la intimidad "como tal", reconocido en el art. 18.1 C.E. no es susceptible de suspensión general, pero los derechos del art. 18.2 y 3, que se han considerado como emanaciones del derecho a la intimidad sí son suspendibles con carácter general. Por su parte, el art. 55.2 considera que la inviolabilidad de domicilio y el secreto de las comunicaciones pueden ser objeto del régimen llamado de suspensión individual, pero no así el derecho a la intimidad ex. art. 18.1 C.E.

f.1 Suspensión general.

Los derechos reconocidos en el art.18.2 y 3 C.E. podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o sitio en los términos previstos en el art. 116 C.E. La L.O.D.E.S. (498). Esta ley al regular el régimen de los estados de alarma, excepción y sitio

ha optado por una concepción pluralista en virtud de la cual esos estados son cualitativamente distintos, relativos a diferentes situaciones de emergencia, en virtud de la cual los distintos estados serían expresión de distintos tipos de respuesta a un mismo tipo de emergencia (seguridad del Estado) según la gravedad de la misma (499).

A) El primero de los estados es el de alarma. Ciertamente el art. 55.1 no prevé que en el estado de alarma se pueda suspender ningún derecho, pero del art. 116.1 C.E. (que establece que "Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes") cabría deducir que podría limitar los derechos. Sería la alarma un "tercer estado", que no sería ni el de su plena vigencia, ni el de su suspensión, sino el de su limitación. Esta limitación se traduciría en un régimen particularmente restrictivo del ejercicio de tales derechos, sin que pudiera llegar a afectar a su contenido esencial, supuesto este que se identificaría con el de la suspensión (500). Esas limitaciones están en los art. 11 y 12 L.O.D.E.S.

El art. 11 c) L.O.D.E.S. dispone que en el decreto de declaración del estado de alarma se podrá acordar:

"Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los ministerios interesados".

Habida cuenta que en el estado de alarma la autoridad competente es el Gobierno o por delegación de éste, el Presidente de la Comunidad Autónoma, cuando la declaración afecte exclusivamente a todo o parte del territorio de una Comunidad (art. 7 L.O.D.E.S.), se puede presentar un problema con la inviolabilidad del domicilio. Si se admite que el derecho a la inviolabilidad de domicilio puede ser ostentado por una persona jurídica, como ha manifestado el T.C. en algunas ocasiones (501), nos encontraremos con que el art. 11 c) podría ser inconstitucional al permitir de facto la suspensión de la garantía prevista

en el art. 18.2 C.E. que somete la intervención en el domicilio a la autorización del juez. Ciertamente, el inciso "con excepción de domicilios privados" deja a salvo a estos frente a una medida de suspensión pero el resto de ese precepto se compadece mal con el entendimiento de la inviolabilidad de domicilio como derecho ostentable también por personas jurídicas. Ciertamente, el T.C., de forma irregular, ha modificado su jurisprudencia negando recientemente el derecho del art. 18.2 a las personas jurídicas (502), con lo cual el problema desaparecería, pero la cuestión queda latente, pues ese giro jurisprudencial no es sólido. De reconocerse la titularidad de ese derecho por personas jurídicas, el art. 11 c) L.O.D.E.S. sería, al menos parcialmente, inconstitucional.

B) El segundo de los estados es el de excepción. Como afirma Cruz Villalón los efectos del estado de excepción se identifican de forma muy especial con la suspensión de derechos o garantías. Por ello es, ante todo, "el estado de la suspensión de garantías"; supone la institucionalización de dicha suspensión (503). La L.O.D.E.S. tiene una aportación específica en esta cuestión, y es que la declaración del estado de excepción no supone, por sí sola, la suspensión de ningún derecho fundamental; está sólo se producirá en tanto en cuanto y en la medida en que la autorización y la declaración así lo consignent expresamente. Esta cautela no era preciso hacerla expresa cuando lo que había no era propiamente declaración de un estado excepcional, sino "ley de suspensión de garantías", cuyo sentido era el de consignar las garantías que se declaraban suspendidas. En este último supuesto cabría entender que este solo hecho implicaba la suspensión de los derechos referidos en el art. 55.1 C.E. Sin embargo, el art. 13.2 L.O.D.E.S. excluye tal interpretación al exigir "mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita" y, posteriormente, al regular la suspensión de cada uno de los derechos, acompañando la misma con la reserva "cuando la autorización del Congreso comprenda la suspensión

del artículo ..." (art. 17, 18, 20, 21, 22 y 23) (504). La suspensión de los derechos no implica, ya se dijo, sustracción a cualquier regulación legal, por ello el art. 13.2 L.O.D.E.S. exige al Gobierno, al solicitar la autorización para declarar el estado de excepción, "relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita" (505).

a') La inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 C.E.) es uno de los derechos suspendibles en el estado de excepción (art. 55.1 C.E. y art. 17 L.O.D.E.S.). El art. 17 L.O.D.E.S. que regula la suspensión de este derecho, constituye, a juicio de Cruz Villalón, el mejor ejemplo de como la suspensión de un derecho no supone la eliminación de cualesquiera garantías en relación con el mismo. Por ello la inspección y registro del domicilio, aun llevándose a cabo sin consentimiento del titular y sin resolución judicial, aparece rodeada de numerosas cautelas (506). La ley exige la necesidad de la medida para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o para el mantenimiento del orden público (art. 17.1 L.O.D.E.S.). Los agentes que efectúen el registro deberán estar provistos de "orden formal y escrita" (art. 17.2). El reconocimiento de la casa, papeles y efectos ha de hacerse siempre en presencia de alguien: ya el titular o encargado de la casa, o uno o más individuos de su familia mayores de edad y, en todo caso, por dos vecinos de la casa o de las inmediaciones si en ellas los hubiese, o en su defecto, por dos vecinos del mismo pueblo o del pueblo o pueblos limítrofes, siendo la asistencia de los vecinos obligatoria (art. 17.3, 4 y 5). Se levantará acta de la inspección o registro en la que consten las personas que asisten, las circunstancias que concurren y las incidencias que sucedan (art. 17.6). Finalmente, la autoridad gubernativa comunicará inmediatamente al Juez competente las inspecciones y registros efectuados, las causas que los motivaron y los resultados de los mismos remitiéndole copia del acta levantada (art. 17.7).

En relación con la inviolabilidad de domicilio, la LODES prevé una serie de medidas excepcionales que vienen a completar el régimen del estado de excepción, y en concreto la suspensión de la inviolabilidad del estado de excepción, y en concreto la suspensión de la inviolabilidad de domicilio. Así, el art. 27 LODES establece que:

"La autoridad gubernativa podrá ordenar las medidas necesarias de vigilancia y protección de edificaciones, instalaciones, obras, servicios públicos e industrias o explotaciones de cualquier género. A estos efectos podrá emplazar puestos armados en los lugares más apropiados para asegurar la vigilancia, sin perjuicio de lo establecido en el art. 18.1 de la Constitución".

Como afirma Cruz Villalón esta reserva del último inciso, no era, en rigor, necesaria dado que el art. 18.1 (derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen) no es susceptible de suspensión. La referencia expresa al mismo, plantea, sin embargo, el problema de si estos puestos armados pueden ser reemplazados en un domicilio particular. Lo genérico de la expresión "lugar más adecuado" no puede excluir tal posibilidad. En todo caso, a juicio de Cruz Villalón, parece necesario que el Congreso haya autorizado expresamente la suspensión de la inviolabilidad de domicilio (507).

Otro aspecto conexo con la inviolabilidad de domicilio es el previsto en el art. 22 L.O.D.E.S. Este precepto dispone que, en el supuesto en que se suspenda el derecho de reunión (art. 21 C.E.), la autoridad gubernativa podrá someter a autorización previa la celebración de reuniones y manifestaciones (excepto las reuniones organizadas por partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales en el cumplimiento de sus fines) (art. 22.1,2 y 3 L.O.D.E.S.). A estos efectos dispone que "para penetrar en los locales en que tuvieron lugar las reuniones, la autoridad gubernativa deberá proveer a sus agentes de autorización formal y escrita". Esta autorización "no será necesaria

cuando desde dichos locales se estuviesen produciendo alteraciones graves del orden público, constitutivas de delito o agresiones a las Fuerzas de Seguridad y en cualesquiera otros casos de flagrante delito" (art. 22.4 L.O.D.E.S.). Se plantea aquí nuevamente el problema de la titularidad por personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad de domicilio. El art. 22.4 L.O.D.E.S. parece reconocer ese derecho pero con menos garantías que las que se encuentran en el derecho "normal" a la inviolabilidad de domicilio. Si se interpreta este precepto en conexión con el art. 11 c) L.O.D.E.S. podría pensarse que el derecho a la inviolabilidad de domicilio se configura como un derecho meramente legal, distinto del derecho constitucional ex. art. 18.2 C.E. que sería predicable de las personas físicas, y, por tanto, la regulación del art. 22.4 L.O.D.E.S. de forma distinta y con menos garantías que la diseñada en el art. 17 L.O.D.E.S., sería perfectamente constitucional. Si, por el contrario, se considera que las personas jurídicas son titulares del derecho constitucional a la inviolabilidad de domicilio, el art. 22.4 L.O.D.E.S. deberá integrarse con el art. 17 L.O.D.E.S. para no caer bajo la tacha de inconstitucionalidad. Todo depende de la respuesta del T.C. a la cuestión de la titularidad por personas jurídicas del derecho a la inviolabilidad de domicilio, respuesta que en el momento actual dista de ser clara y definitiva.

b') Por cuanto hace referencia al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.), el art. 18 L.O.D.E.S. dispone que, cuando sea necesario para el esclarecimiento de los hechos presuntamente delictivos o el mantenimiento del orden público, la autoridad gubernativa podrá intervenir toda clase de comunicaciones, incluidas las postales, telegráficas o telefónicas (art. 18.1 L.O.D.E.S.). La intervención decretada será comunicada inmediatamente por escrito motivado al Juez competente (art. 18.2 L.O.D.E.S.). De todo ello, se deduce, según Cruz Villalón, que la intervención de las comunicaciones no puede ser acordada genéricamente para un número determinado de personas pues

cada supuesto de intervención de comunicaciones exigirá una orden individual de la autoridad gubernativa (508).

C) Por lo que respecta al Estado de sitio, sus efectos con relación a la suspensión de los derechos del art. 18.2 y 3 C.E. son los mismos que los previstos en el estado de excepción (art. 32.3 L.O.D.E.S.), por lo que todo lo dicho entonces debe darse por reproducido en este momento. Debe reiterarse que la declaración por sí sola del estado de sitio no supone la suspensión de ningún derecho, sino únicamente la de aquellos respecto de los cuales así se disponga en la declaración de forma expresa.

f.2 La llamada suspensión individual de derechos.

El art. 55.2 C.E. dispone que una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los arts. 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

Este precepto se inspira, de un lado, en el art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn que regula la pérdida de los derechos fundamentales en estos términos:

"Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5.1), la libertad de enseñanza (art. 5.3), la de reunión (art. 8), la de asociación (art. 7), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como el derecho de propiedad (art. 14) y el de asilo (art. 16.2) quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por el Tribunal Constitucional Federal".

A lo largo del debate constituyente, sin embargo, el artículo del texto español se apartará de este modelo suprimiéndose la mención del mismo como "pérdida" de derechos fundamentales para considerarse una nueva fórmula de "suspensión individual" (509).

Por otro lado, según Cruz, esta nueva figura puede considerarse como una "recepción ampliada" del art. 18 G.G. (510) que dice:

"1. El secreto de la correspondencia y de las comunicaciones es inviolable.

2. Su limitación sólo puede tener lugar con arreglo a la ley. Cuando la limitación tenga por objeto la protección del orden fundamental libre y democrático, o la seguridad de la Federación o de un Land, la ley puede disponer que dicha limitación no sea comunicada al afectado y que la protección por los Tribunales de justicia sea sustituida por un control llevado a cabo por órganos designados por la representación popular así como por órganos auxiliares de aquellos".

Como observa Fernández Segado, pese a la ausencia de antecedentes constitucionales de este instituto, numerosos ordenamientos lo recogen en su legislación ordinaria y otro tanto sucede en Derecho Internacional (511).

Este instituto es el exponente más claro en nuestra Constitución de la tendencia del constitucionalismo contemporáneo a reforzar los mecanismos de protección del Estado frente a las amenazas procedentes de sectores políticos hostiles recurriendo a institutos hasta ahora confinados al ámbito del derecho de excepción. La particularidad del art. 55.2 C.E. es que no está previsto como un instrumento genérico frente a los atentados contra la seguridad del Estado sino, específicamente, frente a los atentados de esta naturaleza que se traducen en actuaciones violentas de carácter terrorista (512).

La denominación "suspensión individual" ha sido criticada por Cruz Villalón. En su opinión, es discutible la calificación de "suspensión" en la medida en que le falta un elemento formal básico del derecho de excepción cual es el confinamiento de su eficacia o virtualidad a situaciones excepcionales formuladas. La suspensión individual es, al menos potencialmente, de eficacia permanente y sin que haya referencia a una posible duración máxima de la vigencia de la suspensión individual. Su duración queda remitida a lo que decida el legislador orgánico. Únicamente el instituto debe orientarse a una determinada finalidad pero sin un plazo fijado (513).

De otro lado, es discutible que tenga carácter "individual". Las referencias a la "individualización" y "determinación" de los afectados no son capaces de imponer una diferencia cualitativa entre la suspensión tradicional y la prevista en el art. 55.2 C.E., por lo que hace a su contenido. En efecto, cualquier ciudadano puede verse legítimamente afectado por la suspensión "individual" de garantías, de forma similar a como cualquiera puede llegar a verse afectado por la declaración de una suspensión tradicional de derechos (514).

La llamada suspensión individual de derechos ha seguido un camino poco rectilíneo en nuestro ordenamiento, hasta llegar a la L.O. 11/1980 de 1 de diciembre que desarrollaba explícitamente el art. 55.2 C.E. (515). Finalmente, se ha optado por incorporar a la ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante ley orgánica (516), la norma de desarrollo del art. 55.2 C.E. derogando la L.O. 11/1980, llamada ley antiterrorista.

Por lo que respecta a la inviolabilidad de domicilio, el art. 553 L.E.Cr. redactado conforme a la L.O. 4/1988 establece que los agentes de la policía podrán proceder de propia autoridad al registro del lugar o domicilio en que pueda ocultarse o refugiarse algún elemento terrorista, con ocasión de la detención de los mismos, así como a la ocupación de

los elementos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito perseguido. Del registro efectuado se dará cuenta inmediata al Juez competente, con indicación de las causas que lo motivaron y de los resultados obtenidos en el mismo, con especial referencia a las detenciones que, en su caso, se hubieran practicado. Asimismo, se indicarán las personas que hayan intervenido y los incidentes ocurridos. Esta regulación, si bien supone una reducción de las garantías del art. 18.2 C.E., no está exenta de límites, sobre todo porque la irrupción en y el registro del domicilio sólo pueden hacerse "con ocasión" de la detención de elementos terroristas y no cuando quieran los agentes de policía (517), si bien están aquí ausentes muchas garantías que rodean la entrada y registro de domicilios durante la declaración de un estado de excepción o de sitio (518). Además de estar ausentes las garantías antedichas, Fernandez Segado lamenta que la "necesaria intervención judicial" de que habla el art. 55.2 C.E. haya quedado un tanto "hibernada". Es así porque el juez está en una situación meramente pasiva y ni tan siquiera parece entereverse una intervención judicial a posteriori (como la que existe en la suspensión individual del secreto de las comunicaciones). El juez se limita a recibir el acta de registro y, en su caso, detención sin que haya pie para una acción positiva del juez competente (519). Sin embargo, el T.C ha declarado constitucional esta cláusula, pues de la misma no se deduce ninguna limitación de las facultades judiciales al respecto, conservando el juez todas las facultades que el ordenamiento le reconoce para adoptar las medidas y decisiones que estime pertinentes (520).

Como afirma Cruz Villalón aquí se demuestra lo problemático de la "individualidad" de estas suspensiones, pues aquí no se suspende la inviolabilidad de los domicilios de los presuntos terroristas, sino de cualquier domicilio respecto del cual pueda presumirse que en ellos se encuentran dichas personas (521).

En cuanto al secreto de las comunicaciones, se establece que en caso de urgencia, cuando las investigaciones se realicen para la averiguación de delitos relacionados con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes, el Ministro de Interior o, en su defecto, el Director de la Seguridad del Estado, podrán acordar, por un plazo de hasta tres meses, prorrogables por iguales periodos, la observación de las comunicaciones postales, telegráficas o telefónicas de las personas sobre las que existen indicios de responsabilidad criminal, así como de las comunicaciones de que se sirvan para la realización de sus fines delictivos. Dicha orden deberá ser comunicada por escrito motivado al Juez competente, quien, también de forma motivada, revocará o confirmará tal resolución en un plazo máximo de setenta y dos horas desde que fue ordenada la observación (art. 579.4 L.E.Cr. redactado conforme a la L.O. 4/1988). En este supuesto sí que se está ante un supuesto de caso individual del secreto de las comunicaciones (522). Ha suscitado dudas la cláusula que autoriza la observación "de las comunicaciones de que se sirvan (los terroristas) para la realización de sus fines delictivos", que parece dar a entender la posible suspensión del secreto de las comunicaciones de otras personas sobre las que nada se sospecha pero de las que "se sirven" los presuntos delincuentes. Esta cláusula ha sido juzgada como inconstitucional por Prieto Sanchís (523). No obstante, quizás sea un juicio excesivamente drástico, pues parece que sí encaja en el tenor constitucional, que dispone esa suspensión "para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". La Constitución no dice que esas personas deban ser "presuntas terroristas", sino que las medidas se adopten "en relación con las investigaciones" sobre la actuación de esas bandas. En definitiva, el inciso es perfectamente constitucional.

g) Garantías

g.1 Normativas.

La Constitución prevé un dispositivo normativo encaminado a asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función.

A) En primer lugar, debe mencionarse el principio de vinculación de las normas sobre los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad, a todos los poderes públicos (art 53.1 C.E. en relación con el art. 9.1 C.E.). Estas normas parecen inspirarse en el art. 1.3 G.G que también proclama esa vinculación. Se ha especulado acerca de si el art. 53.1 es una proposición vacúa al reiterar lo dicho en el art. 9.1 C.E.. Lo cierto es que no dicen lo mismo, pues el art. 53.1 sólo alude a los "poderes públicos", mientras el art. 9.1 alude a "los ciudadanos y los poderes públicos". Algunos han querido ver aquí un apoyo constitucional a la Drittwirkung (524), pero más bien se puede considerar lo contrario. El art. 53.1 es una "ley especial" que deroga la "ley general" del art. 9.1 C.E. respecto a los derechos fundamentales, de suerte que éstos se establecen como derechos cuyo respeto obliga a los poderes públicos. La eficacia inter privados no se podría proclamar, por tanto, con carácter general, partiendo de estos preceptos. En concreto, y por lo que hace al derecho a la intimidad, esa extensión de su eficacia se operó como ya se vió, a través de la L.O. 1/1982.

B) En segundo lugar, la protección de los derechos fundamentales quedaría en entredicho si no se previeran instrumentos normativos de garantía dirigidos a evitar la alteración de su contenido. Los derechos fundamentales son parte del núcleo definitorio de la propia Constitución, cuya permanencia se hace necesaria para mantener y salvaguardar la propia identidad del texto constitucional. De ahí que la mutación del estatuto de los derechos fundamentales no implique una mera mutación parcial de la norma básica, sino que puede entrañar la sustitución de una Constitución por otra (525). Esto explica que desde las

primeras constituciones liberales se consagra el principio de la "rigidez", esto es, de la inalterabilidad del catálogo de derechos. Esta garantía opera no sólo frente al Ejecutivo, sino también frente al Legislativo (526) quedando los derechos fundamentales resguardados ante una posible tiranía de la mayoría. Los derechos fundamentales de la Sección 1ª, capítulo II del Título I, entre los que se encuentra el derecho a la intimidad, están protegidos por el art. 168.1 C.E. que establece el procedimiento llamado "super-rígido" de reforma.

C) El art. 53.1 C.E. garantiza la reserva de ley para la regulación del ejercicio del derecho a la intimidad. Este precepto debe interpretarse en coordinación con los art. 81.1, 82.1 y 86.1 C.E. El art. 86.1 establece que los derechos del Título I de la Constitución no pueden quedar afectados por los Decretos-leyes. El art. 82.1 CE veda la posibilidad de que las Cortes Generales deleguen la potestad de dictar normas con rango de ley (Decretos legislativos) en "el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas". Por su parte, el art. 81.1 establece que el "desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas" debe realizarse por ley orgánica. Esta cláusula ha sido considerado como aplicable sólo a la Sección 1ª del Capítulo II del Título I (527), en función de una interpretación restrictiva de la ley orgánica. El "desarrollo" (art. 81.1 C.E.) es algo distinto del "ejercicio" (art. 53.1 C.E.). El problema es encontrar la distinción entre ambas nociones, pues la noción de "desarrollo" se caracteriza por una "extraordinaria imprecisión" (528). Según Tomás Ramón Fernández, el art. 81.1 C.E. no se refiere a todos los proyectos de Ley que afecten o incidan de alguna manera en los derechos fundamentales, sino solamente a su desarrollo directo, término que apunta de manera inequívoca a "regulaciones directamente orientadas a completar la normación básica que se contiene en la propia Constitución (529), tesis acogida por el T.C. (530). El contenido de la regulación de desarrollo debe ser el "mínimo indispensable" para que la norma básica contenida en la propia

constitución pueda funcionar correctamente y alcanzar así la operatividad social a la que institucionalmente está abocada. El "desarrollo" supone aportar el complemento indispensable que requiere la norma remitente (en este caso, la Constitución), esto es, todo lo indispensable para asegurar la correcta aplicación y plena efectividad de aquélla y sólo lo estrictamente indispensable a estos efectos (531).

Del mismo modo, la Constitución en ocasiones remite de forma expresa a la Ley el establecimiento de las garantías, procedimientos o controles necesarios para hacer viable el ejercicio mismo del derecho que reconoce y su pacífica coexistencia con otros derechos igualmente dignos de protección. Sólo en estos casos y en la medida misma en que la Constitución las reclama para asegurar la operatividad individual o social del derecho o la libertad que reconoce, son admisibles nuevas regulaciones generales como excepción a la regla general de libertad que constituye el núcleo esencial de aquellos; regulaciones que, dado el carácter excepcional, deben reducirse al mínimo indispensable (532). Un ejemplo de ello se puede encontrar en el art. 18.4 C.E. Este precepto ha sido interpretado como el fundamento en nuestro ordenamiento del derecho a la autodeterminación informativa (533).

D) El art. 53.1 C.E., bajo el influjo del art. 19.2 G.G., garantiza la exigencia de que la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales (y, por supuesto, también su "desarrollo") deba respetar en todo caso su "contenido esencial". El T.C. ha señalado dos caminos para aproximarse a la idea de contenido esencial ex. art. 53.1 C.E.. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Para ello hay que establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generales admitidas entre los juristas. Muchas veces el nomen y el alcance de un derecho subjetivo son previos

al momento en que tal derecho resulta recogido por una legislación concreta. Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo. Por tanto, constituyen el contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo: Todo ello, por supuesto, referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales.

El segundo camino consiste en tratar de buscar lo que se ha llamado "los intereses jurídicamente protegidos" como núcleo y médula de los derechos subjetivos. La esencialidad aludirá a aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que o lo hacen impracticable, o lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Ambos caminos de indagación del contenido esencial son complementarios (534). Todo lo dicho anteriormente sobre la naturaleza jurídica del derecho a la intimidad debe entenderse reproducido aquí. La idea de contenido esencial, de gran proximidad con la de la garantía institucional (535) opera como límite a la facultad de disposición del legislador.

Así, pues, los derechos fundamentales tienen fuerza vinculante frente a los poderes públicos, gozan de una reserva de ley para su regulación y de ley orgánica para su desarrollo, estando la articulación legislativa limitada, de un lado por el contenido esencial del derecho y, de otro, por la super-rigidez del procedimiento de reforma constitucional de tales derechos.

A la vista de lo anterior, puede plantearse el problema de la admisibilidad de regulaciones generales que supongan una excepción a la regla general de libertad contenida en el derecho fundamental a la intimidad, y que sean distintas de la situación prevista en el art. 18.4 C.E.. El problema se plantea respecto a los documentos obligatorios de identidad. Ya se considere un concepto objetivo de intimidad, como, sobre todo, si se asume la noción de intimidad como autodeterminación informativa, aparece problemática la compatibilidad del establecimiento obligatorio de este tipo de documentos con el derecho a la intimidad. La Comisión Europea de Derechos Humanos, con un criterio manifiestamente cicatero ha señalado que ninguna norma del C.E.D.H. como tal prohíbe expresa o implícitamente el uso de números de identidad personal. Otra cuestión distinta es si el modo en que esos números de identidad personal son usados infringe el C.E.D.H. (536). Sin embargo este criterio no nos parece satisfactorio, pues el hecho de que sea obligatorio el uso de un documento con datos personales y un número personal en múltiples momentos de la vida, negando validez a otras formas de identificación, es sin duda una lesión del derecho a la intimidad, aparte de que las decisiones de la Comisión no son relevantes desde el art. 10.2 C.E, como ya se vió.

La afirmación anterior la abona el que la Constitución portuguesa de 1.976 al recoger el derecho a la autodeterminación informativa afirma de un lado que la ley debe definir el concepto de datos personales para los efectos de su registro informático (art. 35.4), y, de otro lado, que "está prohibida la atribución de un número personal único a los ciudadanos" (art. 35.5).

Esto obliga a plantear la legitimidad constitucional de las regulaciones del DNI y del NIF. Hasta fechas recientes, y por lo que hace al DNI, nos encontramos con que la regulación base estaba constituida por un decreto de 1.976 (537), habiendo sido creado por otro decreto de

1.944 (538). Es, por tanto, una regulación pre-constitucional. Ahora bien, también es, creemos, inconstitucional. Esta regulación fue parcialmente afectada, pero, sobre todo, consagrada por una orden de 1.990 (539), La LOPSC (540), ha modificado de forma importante esta cuestión. En efecto, el decreto de 1.976 afirma que el documento nacional de identidad "es el documento público que acredita la auténtica personalidad de su titular, constituyendo el único y exclusivo justificante completo de la identificación de la persona" (art. 1.1). Dicho documento "será imprescindible para justificar por sí mismo y oficialmente la personalidad de su titular" (art. 1.2).

Por lo demás "será obligatorio" el DNI (art. 1.3); la LOPSC matizará esas afirmaciones. En efecto, el DNI "tendrá, por sí solo, suficiente valor para la acreditación de la identidad de las personas" (art. 9.1 LOPSC). Es de subrayar la derogación implícita que hace esta ley de la normativa del decreto de 1.976, que consideraba a ese documento como "único y exclusivo justificante completo" de la identidad. Ahora se reconoce que el DNI es justificante completo de la identidad, pero no se excluyen otras formas de identificación (art. 20.2 LOPSC). Ello no obstante, los art. 20.1 y 2 LOPSC pueden plantear problemas en el sentido de qué pueden entender los cuerpos de seguridad por "identificación". Es evidente que esta no puede ser únicamente la que se establezca por el DNI, pues tal interpretación sería inconstitucional. El concepto de "identificación", por cuanto la ausencia de la misma lleva consigo una privación temporal de la libertad de circulación y la identificación obligatoria por el DNI afecta al derecho a la intimidad, debe interpretarse en el sentido más favorable a la eficacia de los derechos fundamentales, es decir con la máxima flexibilidad. Por lo demás, resulta censurable el establecimiento del deber de obtener el DNI (art. 9.2 LOPSC) en la línea de la normativa anterior. Por lo que respecta a los datos que contendrá este DNI, se consignarán en él "los datos personales, fotográficos y dactilares que evidencien la personalidad del

titular, así como los del domicilio" (art. 4.1 del Decreto de 1976). Entre los datos personales se comprenderán el nombre y apellidos, nombre de los padres, naturaleza, sexo, fecha de nacimiento, estado civil y profesión (art. 5.2 del Decreto de 1976).

Respecto a los datos dactilares, que parecen revelar una sospecha de que todos son presuntos delincuentes, creemos que pertenecen claramente a lo que la jurisprudencia constitucional ha llamado "intimidad corporal", entendiendo por tal la "inmunidad frente a toda indagación o pesquisa que sobre el cuerpo quisiera imponerse contra la voluntad de la persona" (541). Sin duda ninguna, la averiguación por el Estado de algo tan personal y único como las huellas dactilares y su almacenamiento respecto de todos los sujetos, es de todo punto inconstitucional, debiéndose destruir todos los datos dactilares de personas no delincuentes. En cuanto a los datos fotográficos, que inciden sobre el derecho a la propia imagen, puede ser lógica su inclusión en un documento así, pero los reproches contra esta exigencia van ligados a la obligatoriedad de este documento.

Finalmente, por lo que hace a los demás datos personales, debe decirse que los referidos al estado civil y a la profesión del titular y a la naturaleza de sus padres han sido suprimidos por la orden de 1.990 (apdo 4º), pero ésta última mantiene los demás datos de carácter personal íntimo: fecha de nacimiento y lugar del nacimiento, domicilio, huellas dactilares. Creemos que la obligación de proporcionar estos datos es inconstitucional por vulnerar la intimidad entendida como autodeterminación informativa. La LOPSC modifica esta situación de forma plausible. Según esta ley, en el DNI figurarán los siguientes datos: en primer lugar, la fotografía del titular; en segundo lugar, su firma; en tercer lugar, "los datos personales que se determinen reglamentariamente, respetando el derecho a la intimidad de la persona, y sin que, en ningún caso, puedan ser relativos a raza, religión, opinión,

ideología, afiliación política o sindical o creencias" (art. 9.3 LOPSC). El último inciso no supone en forma ninguna un numerus clausus, como se revela en el mismo tenor del precepto. La cuestión del tipo de datos que pueden ser incluidos dependerá de qué se entienda por "intimidad". Esta puede ser comprendida de forma objetiva ("zona") o subjetiva ("autodeterminación informativa"). Es difícil imaginar que figuren otros datos aparte del nombre y apellidos y quizá el lugar de nacimiento. En cualquier caso son incompatibles con ese derecho, el número de identificación, el domicilio, la fecha de nacimiento y las huellas dactilares. Puede decirse que la redacción del art. 9.3 LOPSC es respetuosa con el derecho a la intimidad.

La exposición de motivos del decreto de 1.976 expresaba claramente que se proponía "generalizar" su número (del DNI) como identificador unitario de gestión". Este objetivo es abiertamente inconstitucional porque persigue la atribución de un número nacional único a los ciudadanos, lo cual facilita la "aprehensión total" del individuo. Es claro que si todos los datos de un individuo se refieren a un número único, basta coleccionar la información referida a ese número único para hacerse con la más completa información sobre el sujeto. Dicho objetivo se articula en el decreto de 1.976 y en diversas normativas complementarias. En el documento debe constar un número identificador inmutable y permanente que garantice su intransferibilidad (art. 4.1 decreto de 1.976). Dicho número figurará obligatoriamente en toda clase de documentos en los que, en virtud de disposición legal, reglamentaria o estatutaria, hubiesen de constar los datos personales del titular (art. 4.2). El art. 16 del decreto de 1.976 señala que el número del documento nacional de identidad "deberá consignarse con carácter obligatorio" en las solicitudes que se presenten o en los documentos que se originen a los efectos que dicho precepto relaciona, y que son hasta 18 situaciones distintas. Algunas de las más relevantes son las siguientes: en los registros o documentos que sirvan de base para la elaboración de las

nóminas de los funcionarios, empleados y obreros de todas clases (art. 16.1 a)); en la solicitud para tomar parte en oposiciones y concursos y para matricularse en cualquier centro docente (art. 16.1 d)); en la declaración necesaria para la inscripción en el padrón municipal (art. 16.1 e)); en los partes de viajeros para inscribirse en hoteles, residencias, fondas, pensiones, casas de huéspedes y establecimientos similares (art. 16.1 k)); en los permisos o autorizaciones de conducir (art. 16.1. l)); en los pasaportes (art. 16.1.m)); en general en toda solicitud, registro o documento preciso para los actos públicos o privados en que sea necesario dejar constancia de la identidad personal del interesado (art. 16.1.g)).

Esta situación opresiva, se refuerza con la regulación del llamado Número de Identificación Fiscal. Ciertamente, ya antes, en virtud del art. 16 del Decreto de 1.976 se establecía la obligatoriedad de hacer constar el número de DNI en el documento de apertura de cuentas y cartillas de ahorro en Bancos y Cajas de Ahorro, así como en los que consten toda clase de operaciones efectuadas en Bolsa, Montes de Piedad y casas de compraventa (art. 16.1 i), y en los documentos de naturaleza tributaria en que así venga exigido por disposiciones legales o reglamentarias (art. 16.1 p)). El NIF, pretende cubrir algunas lagunas dejadas por el Decreto de 1.976 en sus objetivos de "aprehensión total". Este número viene regulado por un Real Decreto de 1.990 (542). Este R.D. de 1.990 dispone que el NIF será para las personas físicas que ostenten la nacionalidad española, el número del DNI seguido del correspondiente código o carácter de verificación, constituido por la letra mayúscula que habrá de constar en el propio DNI, de acuerdo con las disposiciones reguladoras de éste (art. 2.b)). Tal exigencia se ha satisfecho en la orden de 1.990 sobre el contenido y formato del DNI que dispone que en el mismo conste el número identificador, seguido del código de verificación (apdo. 4º de la Orden). El NIF, a diferencia de lo que estipula el Decreto de 1.976 sobre el DNI, se precisa para las relaciones "de naturaleza o con

trascendencia tributaria" de la persona (art. 1.1 y art. 6 del R.D) que, como ser vivo, merced al impuesto personal son casi todas.

Es preocupante que en la disposición derogatoria de la LOPSC no derogue expresamente el Decreto de 1976, ni la Orden de 1990. Es preciso entender que quedan derogados implícitamente, pero es inquietante pensar que no ya sólo el legislador, sino también la Administración o los jueces por virtud de la inercia mantengan dichas normas como vigentes. De hecho, la práctica administrativa revela que se siguen aplicando, lo cual es muy censurable. Los avances que introduce el art. 9 LOPSC (salvo el mantenimiento del deber a-constitucional e inconstitucional del DNI) pueden quedar en nada si no se traducen en la derogación de tales normas.

Dada esta situación deben plantearse dos cuestiones. La primera es si estas regulaciones quedan afectadas por la reserva de ley ex. art. 53.1 C.E. o art. 81.1 C.E.; y la segunda, es si respetan el contenido esencial del derecho a la intimidad. Entendemos que la primera cuestión debe responderse negativamente. Hay que partir del dato de que la Constitución no recoge en ningún precepto la posibilidad de crear un DNI. Antes bien, reconoce el derecho a la libertad de circulación (art. 17.1) y el derecho a la intimidad (art. 18.1) que chocan con este documento como se desprende claramente del art. 9.3 LOPSC. Todo lo no prohibido está permitido, y no está prohibido el carecer de DNI. El principio schmittiano de distribución lleva a la misma conclusión. Por ello, creemos que el DNI y, por consiguiente el NIF (que sólo es la aplicación del DNI a las relaciones de naturaleza o trascendencia tributaria) no tiene ningún apoyo en la Constitución. No puede extrañarnos. Países más desarrollados económicamente que España y con sistemas democráticos de más solera que el nuestro no admiten un documento de Identidad único y obligatorio. Tal es el caso de Canadá, el Reino Unido, Japón, etc. Ahora bien, en el caso (que aquí se niega), de que tal documento tuviese

legitimidad constitucional, su regulación debería hacerse por ley orgánica, pues constituye un claro desarrollo (y restrictivo) del derecho a la intimidad. Esta exigencia no se ha cumplido en la normativa sobre contenido y formato del DNI realizada en 1.990 I mediante una simple orden ministerial I, ni en la LOPSC, pues el art. 9 de la misma es ley ordinaria.

La normativa sobre la composición y la forma de utilización del NIF, quizá, y habida cuenta del carácter restrictivo de las leyes orgánicas, no pueda considerarse como "desarrollo" a efectos del art. 81.1 C.E. Tal vez el aspecto de la extensión de la aplicación del NIF también a las relaciones con "trascendencia tributaria", pueda considerarse "desarrollo" a esos efectos. Pero es indudable que de no considerarse "desarrollo" entra de lleno en la esfera de la "regulación del ejercicio" del derecho a la intimidad (art. 53.1 C.E.) por lo que están garantizadas por la reserva de ley. El R.D. que regula el NIF se dicta bajo la cobertura del art. 113 de la ley de Presupuestos para 1.988 (543) que dispuso que las personas físicas o jurídicas (además de las Entidades sin personalidad ex. art. 33 L.G.T) deberán tener un Número de Identificación Fiscal para sus relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria. Además, señalaba que reglamentariamente se regularía la composición del número de identificación fiscal y la forma en que deberá utilizarse en aquellas relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria (art. 113.1). Ahora bien, debe decirse en primer lugar, que el art. 113 de la Ley de Presupuestos para 1.988 no dijo que el NIF sería el propio DNI, aspecto éste que se introduce en el R.D. Este aspecto es de muchísima importancia por cuanto supone dar un paso adelante en el proceso de "aprehensión total" de la persona por parte del Poder Público. En este sentido el R.D. actúa ultra vires, y su art. 2.b) carece del suficiente respaldo en ley. Además, en segundo lugar, resulta extremadamente dudoso que una ley formal como la de Presupuestos (art. 134.7 C.E.) pueda realizar la regulación del ejercicio de un derecho fundamental (art.

53.1 C.E.). Parece que para ello es exigible una ley sustantiva. En tercer lugar, el art. 113 citado establece una remisión prácticamente en blanco. En efecto, salvo lo dispuesto en el art. 113.2 de esa ley, reproducido en el art. 15 del R.D., la ley de Presupuestos hace sólo una remisión genérica al decir que "se regulará la composición del número de identificación fiscal y la forma en que deberá utilizarse en aquellas relaciones de naturaleza o con trascendencia tributaria" (art. 113.1 in fine). Esta remisión genérica supone entregar al reglamento una regulación de fondo sin enunciar los criterios y principios con los que puede llegarse a ella, como así se comprueba en el art. 6 del R.D., especialmente, que regula la forma de utilización del NIF en casos distintos del previsto en el art. 11.2 de la ley y en el art. 15 del R.D, por lo que debe considerarse inconstitucional (544) pues vulnera la reserva de ley.

Como afirma el T.C., el principio de reserva de ley entraña una garantía esencial del Estado de Derecho. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que comprenden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador (545). En este sentido, es positiva la redacción del art. 9.3 LOPSC al establecer como criterio para la regulación reglamentaria el respeto del derecho a la intimidad. Esto último, por lo demás, supone una confesión de que estas normas afectan a ese derecho, pues de no ser así no tendría ningún sentido esa cautela.

Si este tipo de regulaciones sobre tarjetas de identidad son inconstitucionales por violar las reservas de ley ordinaria (art. 53.1 C.E.) y ley orgánica (art. 81.1 C.E.), creemos que también lo son al vulnerar el contenido esencial del derecho a la intimidad. El establecimiento de este documento como medio exclusivo u obligatorio de acreditar la personalidad y para realizar numerosas actividades (art. 16 del decreto de 1.976 ya comentado) vulnera los art. 17.1 y 18.1 C.E.. No puede negarse que el individuo debe acreditar su personalidad en diversas circunstancias, pero no puede imponerse un documento único para ello. El contenido esencial del derecho a la intimidad veda la posibilidad de una "aprehensión total" del individuo. No es necesario para que esta regulación sea inconstitucional el que exista al menos un aspecto en el que no se utilice ese número (p- ej. la Seguridad Social). El hecho de que el uso de tal documento sea prácticamente universal dentro del Estado supone una vulneración de dicho contenido esencial (546). En este punto, los art. 9.1 y 20.2 LOPSC, al rechazar que el DNI sea el único medio de identificación esquivan la tacha de inconstitucionalidad de las anteriores normas por lo que hace a este punto, es decir, la consideración del DNI como único medio de identificación.

g.2 Garantías institucionales.

Puede distinguirse con Pérez Luño entre la tutela institucional genérica que se deriva de los medios de control parlamentario del Gobierno en el cumplimiento del orden constitucional, de la garantía institucional específica que supone la figura del Defensor del Pueblo, cuya principal función reside en proteger todos los derechos fundamentales incluidos en el Título I de la C.E. (547). Cabría incluso aludir a un tercer tipo, las garantías institucionales específicas del derecho a la intimidad.

A) El control parlamentario de los derechos fundamentales constituye una importante garantía genérica de estos derechos. Las tareas de las cámaras de información y control de la actividad del

Gobierno y de cualquier asunto de interés público en general pueden incidir de forma decisiva en la salvaguardia del sistema de derechos y libertades. Estas funciones se pueden realizar, bien mediante el control parlamentario de la acción del Gobierno (art. 66.2 C.E.); bien mediante la posibilidad de nombrar por el Congreso o por el Senado o por ambas cámaras conjuntamente, comisiones de investigación sobre cualquier asunto de interés público (art. 76 C.E.) (548); o bien mediante el ejercicio del derecho de petición, individual y colectiva, dirigida a las cámaras, que permite trasladar dichas peticiones al Gobierno, que está obligado a explicarse sobre su contenido, siempre que las cámaras así lo exijan (art. 29 y 77 C.E.) (549). Estas competencias parlamentarias descritas suponen una valiosa garantía de fiscalización del poder ejecutivo. Esto es relevante porque históricamente han sido los gobernantes los que con mayor frecuencia han amenazado los derechos y libertades (550).

B) Por lo que hace al Defensor del Pueblo, es el alto comisionado de las Cortes Generales, designado por estas para la defensa específica de todos los derechos fundamentales comprendidos en el Título I, para lo que podrá supervisar la actividad de la Administración, dando cuenta a las Cortes (art. 54 CE y art. 1 de la L.O. del Defensor del Pueblo) (551). El Defensor del Pueblo podrá iniciar y proseguir de oficio o a instancia de parte, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración pública y sus agentes, en relación con los ciudadanos, a la luz de lo dispuesto en el art. 103.1 CE y el respeto debido a los Derechos proclamados en su Título I (art. 9.1 LODP). El Defensor del Pueblo, aun no siendo competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración Pública, podrá, sin embargo, sugerir la modificación de los criterios utilizados para la producción de aquellos (art. 28.1 LODP). Si como consecuencia de sus investigaciones llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados, podrá sugerir al órgano legislativo competente o a la

Administración la modificación de la misma (art. 28.1 LODP). El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones podrá igualmente formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas (art. 30.1 LODP).

En este sentido, la dicha institución ha formulado diversas recomendaciones relativas a ciertos actos y reglamentos que podrías ser lesivos para el derecho a la intimidad. En opinión del Defensor del Pueblo (552), la inclusión obligatoria en un listado de acceso público del nombre y apellidos (aunque sea de forma abreviada), domicilio y número de teléfono, podría afectar al ámbito de intimidad de determinadas personas, sin que el ningún caso resulte admisible la exigencia de exponer las razones por las que un abonado desea no ser incluido en las guías a fin de que la Telefónica valore la especialidad de las circunstancias alegadas. Esto, a juicio del Defensor del Pueblo, en algunos supuesto pudiera atentar contra el derecho a la intimidad personal reconocido en el art. 18 CE. Además, estima que no hay razones suficientes que justifiquen la obligatoriedad de insertar esos datos. Del mismo modo, el Defensor del Pueblo ha abordado un aspecto muy relacionado con el derecho a la autodeterminación informativa al recomendar la adopción de una nueva regulación de los Registros de Aceptación Impagados (553). En efecto, la normativa actual, según la institución que dicta la recomendación se caracteriza por la ineficacia de los procedimientos previstos para ser dado de baja en el registro aunque se acredite el pago del efecto, lo que puede afectar a la honorabilidad de las personas y tener serías consecuencias económicas. Además, los actos de ese registro no son revisables por la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Formuladas por el Defensor del Pueblo sus advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales o sugerencias a las autoridades de las Administraciones Públicas, éstas deben responderle

por escrito en un término no superior a un mes (art. 30.2 LODP). Si dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada por la autoridad administrativa en el sentido sugerido por el Defensor del Pueblo, o no informa al mismo de las razones para no adoptarla, el Defensor podrá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la Administración adecuada del proceder administrativo, se incluirá el asunto en el informe anual con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios implicados (art. 30.2 LODP). El Defensor entregará a las Cortes un Informe anual y, en su caso, cuantos informes extraordinarios sea menester, dando cuenta de su gestión (art. 32 LODP). La Constitución legitima al Defensor del Pueblo para interponer recursos de inconstitucionalidad (art. 161.1 a) y art. 29 LODP) y recursos de amparo (art. 161.1 b) y art. 29 LODP), instrumentos importantísimos para la defensa de los derechos fundamentales, al convertir a esta institución en portavoz de los derechos e intereses individuales y colectivos y de las situaciones vinculadas al estatuto de los derechos y libertades fundamentales que, por carecer de legitimación activa para acceder a esas vías protección jurisdiccional, corren el riesgo de quedar en indefensión (554).

C) Además del Defensor del Pueblo como institución específica de defensa de los derechos fundamentales en general, se ha hablado por Fairén de los "Ombudsman especiales" (555) que se pueden distinguir del Ombudsman puro, bien porque no son nombrados por el Parlamento, sino por otro órgano (Gobierno, Rey, ...), bien porque son supervisores sólo de determinados campos de acción (actuaciones anti-trust, defensa de los consumidores, ...) y no de la defensa de los derechos fundamentales en general, o bien por ambas razones. En esta categoría pudieran clasificarse los comisarios encargados de la protección de datos personales, que se ocupan de supervisar un campo de acción muy concreto: el referido al derecho a la autodeterminación informativa en el terreno de la informática. Este tipo de comisarios u organismos puede

estar nombrado por el Parlamento o por el Ejecutivo, si bien es claro que el no depender del Ejecutivo -que es uno de los principales, si no el principal, agente amenazante (y lesivo) de ese derecho- parece garantía de que podrá controlar con mayor independencia a ese mismo Ejecutivo. Sería muy deseable que en la ley que desarrolle el derecho a la autodeterminación informativa en España, al amparo del art. 18.4 C.E., se incluya un comisario de este tipo nombrado por el Parlamento.

g.3 Garantías penales (556).

Según el art. 1.2 de la L.O. 1/1982 cuando la intromisión en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen sea constitutiva de delito, se estará a lo dispuesto en el Código Penal, si bien respecto a la responsabilidad civil derivada del delito son de aplicación los criterios de la L.O. 1/1982. Por eso, como dice la Exposición de Motivos de la citada Ley "en los casos en que exista protección penal tendrá ésta preferente aplicación por ser sin duda la de más fuerte efectividad". No obstante, la jurisprudencia constitucional ha relativizado esa exigencia. Para el Tribunal, ante una intromisión ilegítima en los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el perjudicado tiene la facultad de optar por la vía penal o por la vía civil para defender su derecho fundamental. Esa opción es posible salvo que esté pendiente un proceso penal por los mismos hechos o que la decisión del proceso civil esté condicionada por la previa calificación de los mismos como constitutivos de delito (557). Este último supuesto es de imposible aplicación, creemos, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

La incidencia del derecho a la intimidad en el Derecho Penal se produce de dos modos, principalmente. Por una parte, debe examinarse cómo afecta la intimidad propiamente dicha al Ordenamiento penal, y por otro, conviene estudiar la impronta del Derecho Penal sobre algunas manifestaciones del derecho a la intimidad.

A) Intimidación en sentido estricto.

Puede hablarse aquí de dos posibles relaciones entre la intimidad y el Derecho Penal. En primer lugar, se ha planteado la posibilidad de que la determinación de la culpabilidad puede ser violatoria del derecho a la intimidad, al entrar en las motivaciones más internas de la persona. El T.C. ha afirmado claramente que el derecho a la intimidad no padece cuando los Tribunales determinan la intención subjetiva necesaria para apreciar una figura delictiva -elemento subjetivo del injusto penal- o para integrar algunas de las formas de culpabilidad de la conducta exteriorizada por el autor, porque los órganos judiciales se limitan a interpretar los hechos en base a las circunstancias que rodean la acción y a las declaraciones prestadas sin intromisiones intolerables en la esfera personal y sin violar el domicilio o las comunicaciones (558).

El segundo lugar, se plantea la cuestión de la protección de la intimidad como tal y no en sus manifestaciones. Romeo ha afirmado que un breve examen de la protección penal de la intimidad en nuestro Derecho revela que aquélla responde a concepciones ya superadas y parcelarias, que resulta insuficiente, y, por tanto, insatisfactoria, y mucho más si la vulneración se produce por medios informáticos (557). Es decir, resulta sorprendente que falte una protección penal del derecho a la intimidad tratándose de un derecho fundamental de la máxima importancia. A este respecto, puede decirse que de los tres derechos protegidos en el art. 18.1 C.E. (honor, intimidad, imagen), el primero, el derecho al honor tiene una adecuada protección, el segundo, el derecho a la intimidad tiene una protección incompleta y deficiente, pues sólo se protegen algunas manifestaciones del mismo, y el tercero, el derecho a la propia imagen carece totalmente de protección penal. No sólo eso, sino que incluso algún precepto que tipificaba como falta un claro ataque a la intimidad como tal, en concreto la divulgación maliciosa por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación, de hechos relativos a la vida privada que, sin ser injuriosos puedan producir perjuicios o graves disgustos en la familia a que la noticia se refiera (art. 566 2º C.P.) ha sido

suprimido en la reforma del Código Penal de 1.988. Un tipo penal que protegía la intimidad familiar (si bien sólo mediante falta) ha sido derogado, al tiempo que dicha reforma no incluía ningún nuevo tipo penal de protección del derecho a la intimidad y menos del derecho a la propia imagen. Se hace pues, necesaria la protección integral a la intimidad personal u familiar.

A este respecto deben recogerse aquí algunos aspectos del derecho a la intimidad que resultan protegidos por la ley penal. Son tipos que protegen lo que el T.C. en alguna ocasión ha denominado secreto material o dimensión material del secreto garantizado por el derecho a la intimidad en el art. 18.1 de la Constitución, frente a lo que ha llamado secreto formal o dimensión formal del secreto, propia, esta última, del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones del art. 18.3 (558). Deben distinguirse diversos tipos de secreto.

a) Secreto genérico.

La protección penal de los secretos de una persona se opera bien consten por escrito, o bien se manifiesten oralmente; y tanto ante los funcionarios como ante los particulares. Así pues, será conveniente estudiar esto ordenadamente.

I/ Secretos documentales.

I.a) Frente a funcionarios públicos.

El art. 368 C.P. afirma que "el funcionario público que sabiendo, por razón de su cargo, los secretos de un particular, los descubriere, incurrirá en las penas de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas". El art. 367 garantiza los secretos oficiales como se deduce a contrario del art. 368. En efecto, el art. 367 no especifica que proteja los secretos oficiales (pues de su tenor literal se puede entender que también protege los secretos de particulares), sin embargo, el art. 368 carecería de sentido de admitirse que el art. 367 también protege los

secretos de los particulares. Es fácil comprender que estos secretos por lo general constarán en documentos, de ahí se haya afirmado que aquí hay una protección implícita de estos secretos (559). Debe subrayarse que la pena asociada a este delito es pequeña, a nuestro juicio, en relación con la importancia del bien jurídico protegido que es el derecho fundamental a la intimidad.

B) Frente a particulares.

Este secreto documental frente a los particulares se encuentra recogido en el art. 497 C.P. que castiga al que "para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas" dependiendo la pena de que, además, los divulgue o no. Deben advertirse varias cosas respecto a este secreto. En primer lugar, el bien jurídico protegido según Rodríguez Devesa no es "el secreto de la correspondencia", secreto de carácter universal, que el T.C. llama secreto formal, sino "la voluntad de que no sea conocido el secreto contenido en cartas o papeles " de suerte que "cuando los papeles o cartas no contienen secretos, su apoderamiento integra un delito imposible, a castigar en su caso ... con las penas de la tentativa (560). Lo que Rodríguez Devesa llama "voluntad de que no sea conocido el secreto" no es otra cosa sino la intimidad mayormente comprendida como autodeterminación informativa. De ahí que dicho autor, frente a la opinión dominante, sostenga que para la consumación del delito, o lesión del bien jurídico, sea preciso el conocimiento de los documentos que contengan secretos y no el mero apoderamiento de los mismos (561). Frente a esa tesis Morales ha sostenido que el centro de gravedad en la protección del bien jurídico, el secreto, se traslada a un momento anterior, su puesta en peligro. Es decir, se produce el reforzamiento de la protección penal a un momento anterior a la lesión del bien jurídico. Este delito es de los llamados "de resultado cortado" en los que el legislador transporta el segundo acto albergado en el tipo, en este caso el descubrimiento, al tipo subjetivo del

primer acto, el apoderamiento, con el fin de adelantar la línea de protección (562). Ello es coherente con el bien jurídico protegido, el derecho a la intimidad, pues su descubrimiento causa un daño irreparable y su mera puesta en peligro se pena en atención a la importancia del bien jurídico protegido.

El segundo lugar, el art. 497.3 ofrece un problema interesante. En efecto, no es punible el descubrimiento y la revelación de secretos hecha por los padres, tutores o quienes hagan sus veces, en cuanto a los papeles de sus hijos o menores que se hallen bajo su dependencia.

Ahora bien, el art. 162.1º del C.C. excluye la representación legal de los hijos menores respecto a los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. Para un sector de la doctrina el art. 497.3 C.P. considera que la no posibilidad de esta acción respondería a una causa de justificación específica constituida por el ejercicio del derecho de corrección. Otro sector declina esa posición y se inclina por considerar que aquí se recoge una excusa absolutoria o exclusión del elemento de la punibilidad debida a razones político-criminales. Morales propugna la desaparición del art. 497.3 C.P. siguiendo a Bajo, pues de ser necesario ese apoderamiento y descubrimiento de los secretos del menor, el derecho de corrección es lo suficientemente flexible para amparar tales supuestos (563). No obstante, no se tiene en cuenta, a nuestro modo de ver, el derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 C.E.) el cual debiera ser interpretado en relación con la garantía institucional de la familia (art. 39.1 C.E.). Dicha garantía vedaría la intervención del poder del Estado (en este caso del ius puniendi) en el "núcleo esencial" de la familia dentro del cual se incluirían estas facultades de corrección y de vigilancia sobre los hijos.

II/ Secretos no documentales.

A) Frente a los funcionarios.

El art. 192 bis C.P. introducido por la L.O. 7/1984 de 15 de Octubre sanciona a la "Autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizarse técnicas de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido", siendo la pena superior si divulgar o revelare la información así contenida.

Sobre este precepto, así como sobre el art. 497 bis) tuvo ocasión de detenerse la jurisprudencia constitucional. En efecto, para el T.C. estos preceptos constituyen un desarrollo del art. 18.3 de la Constitución en tanto garantía del secreto formal y no son desarrollo del art. 18.1 que garantiza el secreto material. Según dicha sentencia, los hechos tipificados en esos preceptos se sancionan sobre la base de que tales conductas impliquen una injerencia extraña, de terceros ajenos a la comunicación objeto de delito. Por tanto, "la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato, que sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquél que accedió legítimamente a la comunicación" que fue objeto de grabación o registro. El T.C. apoya su argumentación en el párrafo 2º de ambos preceptos que aluden a que la pena se agravará si se divulgase o revelase la información obtenida o lo descubierto (subrayados nuestros) por los precitados medios. De ahí deduce que la utilización de uno de esos medios por uno de los comunicantes no es punible (564). Creemos, sin embargo, que, pese a lo que dice el T.C. sí se protege también la intimidad o secreto material a través de estos tipos. Ocurre algo parecido a lo visto respecto a la protección del secreto documental ex. art. 497 C.P. La mera puesta en peligro del secreto material, producida por la interceptación, es objeto de punición. Se refuerza la protección del derecho a la intimidad en un momento anterior a la lesión del mismo. Por

lo demás, pese a la cualificada interpretación del alto Tribunal no está claro que no se castigue la realización de la acción por uno de los comunicantes en la medida en que "la Información obtenida o lo descubierto" se posee porque el comunicante no conoce que al descubrir o informar se están empleando esos instrumentos (grabadora, etc), pues de saberlo quizás no accedería a informar. En este sentido, el C.P. suizo sanciona a quien "sin el consentimiento de todos los participantes hubiera escuchado" con ayuda de un aparato de escucha una conversación no pública (art. 179 bis), y a quien "sin el consentimiento de otros interlocutores" hubiera grabado una conversación no pública en la que él tomaba parte (art. 179 ter).

En otro orden de las cosas, Romeo ha sostenido, frente a los primeros comentaristas del nuevo precepto que piensan que lo que se protege es la intimidad de las comunicaciones exclusivamente orales, que sería posible entender incluida en este delito la interceptación ilegal de datos informáticos de una persona que afecten a su intimidad y que sean transmitidos por medio telefónico pues tanto el art. 192. bis) C.P. como el 497.bis) sólo dicen "interceptare sus comunicaciones telefónicas", y éstas pueden ser orales, informáticas o visuales o de "fax" (565).

B) Frente a particulares.

El art. 497.bis) introducido al mismo tiempo que el art. 192.bis) penaliza al que "para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido".

Todo lo dicho respecto al art. 192.bis) es aplicable aquí.

Si bien con los preceptos introducidos en 1.984 la situación ha mejorado, como afirma Romeo, los artículos del Código Penal español dedicados al descubrimiento y revelación de secretos (art. 497 y ss.) que

afectan en gran medida a la intimidad individual, abarcan a duras penas algunas de las modalidades específicas de atentados a la intimidad con medios informáticos".

a.2) Secreto profesional.

El secreto profesional de que aquí se habla es el derivado de la protección de la intimidad que emana directamente del art. 18.1 C.E., y que está en conexión con el secreto profesional previsto en el art. 24.2 C.E.. Bien distinto es el secreto profesional de que habla el art. 20.1 de la Constitución cuando refiere que la ley regulará la cláusula de conciencia de los periodistas y el secreto profesional en el ejercicio de la libertad de información. En este caso el fundamento es la libertad de comunicar y recibir información y no el derecho a la intimidad. Sobre esto ya se trató anteriormente.

El secreto profesional tuvo acogida en los Códigos Penales anteriores al de 1.870. Así el art. 424 del C.P. de 1.822 dice:

"Los eclesiásticos, abogados, médicos, cirujanos, boticarios, barberos, comadronas, matronas o cualesquiera otros, que habiéndoseles confiado un secreto por razón de estado, empleo o profesión, lo revelen, fuera de los casos en que la ley lo prescriba ...".

Desgraciadamente este precepto desaparece en el C.P. de 1.848 provocando una laguna en la protección de la intimidad. De igual modo, el art. 276 del C.P. sancionaba a "los que ejerciendo algunas de las profesiones que requieren título, revelaren los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado". Este precepto se mantiene como art. 284 en el C.P. de 1.850.

En el actual Código Penal hay aparte del secreto de los funcionarios, dos tipos que protegen el secreto profesional, los del art. 360 y del art. 498. No obstante, Rodríguez Devesa al hablar del secreto profesional menciona sólo el del art. 360 y el de los funcionarios (566).

En primer lugar, el art. 360 C.P. castiga al "Abogado o Procurador que, con abuso malicioso de su oficio, o negligencia o ignorancia inexcusables, perjudicare a su cliente o descubriere sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión". Como dice Rodríguez Devesa lo importante es que los secretos sean conocidos en el ejercicio de la profesión, con independencia de que sean confiados por el cliente o lleguen por otro conducto relacionado con la profesión (567).

En segundo lugar, el art. 498 C.P. penaliza al "administrador, dependiente o criado que en tal concepto supiere los secretos de su principal y los divulgare". Se trata de secretos que han sido conocidos en el ejercicio de una profesión, aunque no requiera un título para su ejercicio, por lo que no parece aventurado pensar que deban ser considerados secreto profesional.

a.3) Secreto industrial.

Este secreto se encuentra garantizado por el art. 499 C.P. que sanciona al "encargado, empleado u obrero de una fábrica u otro establecimiento industrial que, en perjuicio del dueño, descubriese los secretos de su industria". Rodríguez Devesa acusa de gran arcaísmo a este precepto (568). En cualquier caso, hoy en día este secreto industrial está relacionado con el problema de la titularidad del derecho a la intimidad por personas jurídicas, ya examinado en su momento. De la admisión o no de la titularidad por personas jurídicas del derecho a la intimidad, dependerá que se considere o no el tipo referido como protección penal de la intimidad.

Como puede comprobarse la protección penal de la intimidad es fragmentaria. No existe un tipo que cubra genéricamente la intimidad frente a ataques de los poderes públicos o de terceros privados. De ahí que se haya intentado aproximar el derecho a la intimidad al derecho al honor con el fin de beneficiar al primero de la amplia protección que el

C.P. concede al segundo, principalmente a través del tipo de las injurias. El art. 457 C.P. señala que es injuria toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona. El código considera como injurias graves, entre otras, la imputación de un vicio o falta de moralidad cuyas consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado (art. 458,2º C.P.), y las que por su naturaleza, ocasión y circunstancias fuesen tenidas en el concepto público por afrentosas (art. 458.3º C.P.). Ya se vió que el derecho al honor y el derecho a la intimidad son derechos distintos, si bien constituyen círculos secantes en la medida en que ciertas violaciones del derecho a la intimidad pueden repercutir en el honor. Creemos, que para suplir la falta de protección genérica de la intimidad, se ha tendido a identificar intimidad con honor considerando que toda violación de la intimidad lesiona el honor, o incluso que toda lesión del honor afecta a la intimidad. A este respecto, la cláusula que prohíbe la exceptio veritatis en algunos delitos contra el honor (art. 461.1 C.P.) apoyaría esta consideración al proporcionar un régimen jurídico distinto del propio de la difamación donde sí se admite dicha excepción, aun cuando la imputación al difamado no sea delito (pues ya el C.P. admite tal excepción cuando los hechos son constitutivos de delito, como se comprueba en el art. 456.1 C.P. sobre la calumnia).

B) Manifestaciones del derecho a la intimidad.

Se estudia aquí la protección que otorga el Derecho Penal español a aquellas manifestaciones del derecho a la intimidad que por su desarrollo han adquirido autonomía, es decir el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) y el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 C.E.).

a) Secreto de las comunicaciones.

A) Frente a funcionarios públicos.

El C.P. protege el derecho al secreto de las comunicaciones escritas. Se entiende por éstas la inviolabilidad de la correspondencia, comprendida en un sentido formal, acorde con la S.T.C. 114/1984. Esta inviolabilidad se protege frente a los funcionarios en los arts. 192 y 192 bis C.P.. El art. 192.1 dice que "el funcionario que, sin las debidas atribuciones, detuviere cualquier clase de correspondencia privada", será penado con una multa. Ese es el tipo básico, si bien el tipo cualificado del art. 192.2 señala que, si además de lo anterior, el funcionario la abriere, incurrirá en suspensión y si la sustrajere en inhabilitación absoluta. Observa Rodríguez Devesa que "apertura ha de entenderse como toma de conocimiento del contenido de la correspondencia cuando va cerrada", si bien no se requiere el ánimo de descubrimiento, ni juega ningún papel el que se divulgue el contenido de la correspondencia o no, por lo que cabe deducir que "la protección penal, por lo tanto, se objetiva (formaliza diría el T.C.) y se adelanta al momento de la lectura. Por esta razón advierte Rodríguez Devesa que es indiferente para la consumación del delito que el sujeto no se percate del contenido por estar en clave o ser ilegible y por lo mismo admite que este delito del art. 192 contra la inviolabilidad de correspondencia entre en concurso con el delito de descubrimiento y revelación de secretos (569). Se ha denunciado que las penas para este tipo de delito son benignas (570).

El art. 192. bis, por su parte, sanciona con la pena de arresto mayor en su grado máximo e inhabilitación absoluta a la Autoridad, funcionario público o agente de éstos que sin la debida autorización judicial, salvo, en su caso, lo previsto legalmente en desarrollo del art. 55.2 C.E., interceptare las comunicaciones telefónicas o utilizare artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido. Si divulgare o revelare la información obtenida por cualquiera de los precitados medios se le impondrá la pena inmediatamente superior en grado. Se colma así una laguna, pues anteriormente estas conductas

eran atípicas quedando la intimidad desprotegida en este importante sector.

B) Frente a los particulares.

No existe un tipo específico que garantice la inviolabilidad de las comunicaciones escritas frente a acciones de sujetos particulares no investidos de poder público. La única figura que puede proteger ese derecho sería el art. 497 C.P., ya visto, que castiga al que "para descubrir los secretos de otro se apodera de sus papeles o cartas". Una interpretación del precepto en el sentido avanzado por Morales (571) y examinada al tratar del secreto documental permitiría entender que el apoderamiento de "cartas" por privados previstos en el art. 497 C.P. incluiría no sólo a las cartas "en situaciones estáticas", sino también en situación "dinámica", esto es, en cuanto medio de comunicación y correspondencia. En principio la mera detención de esa correspondencia podría considerarse penada, pues el vocablo "apoderarse" parece que comprende esa acción en que el autor se hace con la correspondencia sustrayéndola del tráfico, aunque no la abra. El problema es de gran relevancia desde el momento en que las empresas de correos privados han experimentado un gran desarrollo.

El art. 497 bis C.P. ofrece una protección más inequívoca de las comunicaciones telefónicas. Dicho artículo establece que quien, para descubrir los secretos o la intimidad de otros sin su consentimiento, interceptare sus comunicaciones telefónicas o utilizare instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido será castigado con pena de arresto mayor y multa. Estas penas se agravarían si el autor divulgare o revelare lo descubierto.

b') Inviolabilidad de domicilio.

A) Frente a funcionarios.

Por lo que respecta a los funcionarios, el art. 191 C.P. castiga, en su número 1º, al "funcionario público que, no siendo autoridad judicial, entrare en el domicilio de un súbdito español sin su consentimiento, fuera de los casos permitidos por las leyes". Algún autor, como Rodríguez Devesa, denuncia la imperfección técnica de este precepto que, en principio, mantiene atípica la violación del domicilio de un ciudadano extranjero hecha por un funcionario, así como la aparente atipicidad de la violación hecha por una autoridad judicial no provista del correspondiente mandamiento. No obstante, otro sector del que forma parte Quintano cree que esas acciones pueden pensarse desde el tipo de allanamiento de morada (572). Esta norma del CP debe interpretarse de forma acorde con la Constitución. Por ello el término "leyes" debe entenderse como cláusula general que comprende también a la Constitución. Sería inadmisibile una interpretación de ese precepto según la cual una ley que autoriza la entrada en un domicilio fuera de los casos que permite la constitución, operase como causa justificada de la acción (es el problema que puede plantear el art. 21 LOPSC).

El nº 2 del art. 191 sanciona al funcionario que registrara los efectos que se hallaren en el domicilio de un español sin su consentimiento. Finalmente el art. 191.3 pena al funcionario que con ocasión de un registro lícito cometiere cualquier vejación injusta contra las personas o algún daño innecesario en su bienes.

B) Frente a particulares.

En cuanto a los particulares, debe mencionarse el capítulo V, del título XII del Libro II del Código Penal, "Del allanamiento de morada" que comprende los arts. 490 a 492 bis. El art. 490 establece que "el particular que entrare en morada ajena o sin habitar en ella se mantuviere contra la voluntad de su morador, será castigado con arresto mayor y multa. El art. 492. bis) finalmente, hace referencia a las violaciones que tanto los particulares como los funcionarios realicen en lugares sagrados, edificios

religiosos u otros inmuebles que gocen de dicho privilegio por Ley especial o convenio internacional.

g.4 Garantías civiles.

A) La L.O. 1/1982

El art. 1.1 de esta ley señala que "el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", garantizado en el art. 18 de la Constitución, será protegido civilmente "frente a todo género de intromisiones ilegítimas" de acuerdo con lo establecido en esa ley. Esta L.O. trata conjuntamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

El capítulo I de la ley (arts. 1-6) contiene unas disposiciones generales. El art. 1.3 afirma contundentemente que "el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible". El Capítulo II (arts. 7-9) que se rubrica como "De la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen", considera qué intromisiones son o no legítimas y contiene normas procesales de tutela.

1) Intromisiones ilegítimas.

La ley define, en principio, qué actos constituyen intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, (a salvo de lo dispuesto en los arts. 2 y 8 sobre los supuestos en que tales actos, en principio atentatorios, están justificados). Quizás, sea conveniente exponer el contenido del art. 7 atendiendo a los derechos afectados. Si bien la ley, como la Constitución, habla de un solo derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, quizás, por todo lo dicho previamente, y por los matices diferenciadores que hay entre ellos, sea conveniente especificar qué se entiende por intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, cuáles lo son en el derecho a la propia imagen, y cuáles en el derecho a la intimidad.

A) Se pueden considerar como intromisiones ilegítimas en el derecho al honor:

a) "la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familiar que afecten a su reputación y buen nombre" (art. 7.3, 1º inciso). Aquí se aprecia esa relación estrechísima que hay entre el derecho al honor y el derecho a la intimidad de la que ya se habló. Es un supuesto en el que la lesión de la vida privada lleva consigo un cercenamiento del honor.

b) "la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena" (art. 7.7.). En este caso, hay lesión al honor, pero no de la intimidad.

Esta regulación plantea la posibilidad en su art. 7.3.1, de hablar de "honor familiar" cuando se divulguen "hechos relativos a la vida privada de una ... familia que afecten a su reputación". Ahora bien, el problema surge cuando se comprueba que, tras sus iniciales vacilaciones (573), el T.C. declara que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas (574), aunque más tarde ha vuelto a sorprender declarando que el honor constitucional puede ser referido a un pueblo o a una raza (575).

B) Respecto al derecho a la propia imagen las intromisiones ilegítimas posibles pueden ser de dos clases.

a) La primera es "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona" ya se produzca eso "en lugares o momentos de su vida privada" o ya sea "fuera de ellos", salvo los casos previstos en el art. 8.2 en el que se justifican determinadas intromisiones en el derecho a la imagen, como luego se verá (art. 7.5).

Aquí hay dos supuestos. El primero es la lesión de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada. En este caso derecho a la intimidad y derecho a la propia imagen coinciden. El segundo es la realización del mismo fuera de la vida privada del sujeto. Parece que aquí no nos encontraríamos propiamente con el derecho a la intimidad, sino con un autónomo derecho a la propia imagen.

b) La segunda posibilidad de intromisión es "la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga" (art, 7.6). Esto último suscita varias cuestiones. La primera es si la utilización de la imagen de una persona para fines de propaganda política puede considerarse "de naturaleza análoga" a los fines publicitarios o comerciales a efectos de considerar intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. La respuesta debe ser positiva, pues la propaganda es en el "mercado político" lo que la publicidad en el "mercado económico". Sobre esta consideración de la propaganda hay un acuerdo general. La segunda cuestión es la de si existe en nuestro ordenamiento un "derecho a la voz propia", en virtud de la mención hecha en el art. 7.7. La respuesta al problema ha sido dada por el T.C. que ha afirmado que la grabación de la voz en sí -al margen de su empleo ulterior- sólo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético "derecho a la voz" que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún Derecho extranjero dado que "tal protección de la propia voz existe sólo, en el Derecho Español, como concreción del derecho a la intimidad y, por ello mismo, sólo en la medida en que la voz ajena sea utilizada ad extra y no meramente registrada, y aún en este caso, cuando dicha utilización lo sea con determinada finalidad" que es la expresada en este art. 7.6 (576). Esto supondría que el derecho a la voz (concreción del derecho a la intimidad, según el T.C.), en virtud del art. 7.6 tendría un régimen jurídico menos favorable que el aplicable al derecho a la

intimidad stricto sensu, pues el mero registro de manifestaciones de la intimidad puede ser ya vulnerante de ese derecho (art. 7.2).

C) Por lo que se refiere al derecho a la intimidad.

a) La primera intromisión ilegítima que considera la ley es "el emplazamiento", en cualquier lugar, de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" (art. 7.1). Se considera, por tanto, intromisión ilegítima, el mero emplazamiento de esos aparatos, incluso aunque no se utilicen. Es una protección máxima de la intimidad totalmente loable.

b) En un segundo nivel, se considera ilegítima "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios" (art. 7.2 1º inciso). La protección se da ante la utilización de esos aparatos, aunque esa utilización no implique grabar, registrar o reproducir los hechos de los que se tiene conocimiento con tales instrumentos.

c) En el tercer nivel se prohíbe la "grabación registro o reproducción" (art. 7.2 "in fine") de "la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios (de grabación registro o reproducción).

d) En un plano distinto al de los tres anteriores supuestos, la ley considera como ilegítima "la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo" (art. 7.3 "in fine").

Esto es una concreción del derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) más propiamente que del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E.) tal y como han quedado delimitadas por el T.C.. Este distingue entre el

secreto material de las comunicaciones y el secreto formal. El secreto formal, garantizado en el art. 18.3 "se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado". Es, pues, una presunción iuris et de iure, según el Tribunal, de que lo comunicado es "secreto", en un sentido sustancial. El sujeto sobre el que pesa el deber de secreto impuesto por la norma constitucional, no son los comunicantes, sino todas las demás personas ajenas a los comunicantes que no deben violar ese secreto (funcionarios de correos, de teléfonos, etc.). De esta suerte, los comunicantes son libres de divulgar el contenido de la comunicación que pertenece al ámbito de lo personal, lo íntimo o reservado. El art. 18.1, por tanto, no universaliza el deber de secreto, sino que lo reconoce sólo al objeto de preservar la intimidad. De este modo, el sujeto sobre el que pesa el deber de secreto material impuesto por el art. 18.1, es cualquier persona, incluso el comunicante, al que se le transmite ese mensaje íntimo de suerte que no es libre de desvelar ese secreto sin violar el derecho a la intimidad de la persona que se lo confió (577). Lo que ocurre es que el secreto formal se constituye como una defensa preventiva ante posibles violaciones de secretos materiales por terceros ajenos a la comunicación.

e) Finalmente, se presenta el caso en el que se produzca "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficio de quien los revela" (art. 7.4). El análisis conjunto de los art. 7.3.1. y 7.4 revela una importante laguna. Puede no ser ilegítima una revelación de datos o hechos privados cuando se den dos circunstancias: la primera es que la revelación no afecte al honor; la segunda, que los datos no hayan sido conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela. Es claro que si el derecho a la intimidad tiene sustantividad propia esa revelación incontestada debe dar lugar a una sanción del ordenamiento. Este problema sólo puede salvarse bien considerando que automáticamente

todas las revelaciones de la intimidad afectan al honor, o bien interpretando extensivamente el art. 7.3.2º inciso, considerando a todos los datos o hechos íntimos análogos a los escritos personales de carácter íntimo.

II) Intromisiones legítimas.

La ley establece que "la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia" (art. 2.1). Así, pues, este precepto destaca los usos sociales y los actos propios de la persona como índices de lo que es para esa persona la intimidad, lo cual es necesario para saber si hay o no intromisión en su intimidad. Parece considerarse a la intimidad como autodeterminación informativa.

A) Con carácter general, la ley considera que no debe apreciarse intromisión ilegítima en el ámbito protegido en dos supuestos.

El primero es que el titular del derecho haya otorgado su consentimiento expreso a tal intromisión (art. 2.2), el cual es revocable en cualquier momento, si bien debiendo indemnizarse los daños y perjuicios que cause esa revocación (art. 2.3). El consentimiento opera sobre el ámbito de la intimidad de esa persona, previamente determinado por las leyes, los usos sociales y sus propios actos (art. 2.1) de suerte que si a tenor de estos últimos criterios no puede hablarse de ámbito íntimo de la persona, no se precisa consentimiento.

El segundo supuesto es el caso en que la intromisión legal puede provenir de dos fuentes. La primera es la propia L.O. que autoriza esas intromisiones "cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante" lo que legitima a la autoridad competente administrativa para esas intromisiones (art. 8.1). La segunda fuente es la existencia de ley. Se refiere aquí a alguna ley que se dicte y que permita esas intromisiones

(art. 8.1). Ahora bien, esa ley, siempre estará sujeta a la Constitución y deberá respetar el núcleo esencial del derecho a la intimidad que ésta garantiza, como ya se comentó.

B) Otras garantías civiles.

a') En primer lugar y con carácter general, el art. 1902 CCV, sigue siendo válido para la protección del derecho a la intimidad pese a haberse dictado la L.O. 1/1982. Como se ha indicado anteriormente, la L.O., tiene lagunas en la protección de la intimidad de las personas. Puede decirse que el art. 1902 CCV ("El que por culpa o negligencia causare daño a otro está obligado a reparar el daño causado") proporciona un título jurídico para exigir la oportuna responsabilidad civil en aquellos casos en que se viole el derecho a la intimidad y el hecho no se encuentre regulado en la L.O. Esta, por tanto, no tiene un carácter cerrado.

El TS ha reconocido en varias ocasiones que el art. 1902 CCV faculta a pedir la reparación del "daño moral", el cual incluye "el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas, actividades, o, incluso, resultados, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad" (578). Por ello, es posible pensar que la regulación de la L.O. 1/1982 es una suerte de "ley especial" con respecto al art. 1902 CCV que sería una "ley general" de la responsabilidad civil. La "ley especial" se distinguiría de la "ley general" porque la L.O. 1/1982 dispone un régimen más favorable al actor del previsto en la normativa general.

Las ventajas de ese régimen más favorable creemos que son las siguientes:

1º. Las acciones lesivas están tipificadas con precisión en el art. 7 de la L.O., mientras en el caso del art. 1902 CCV hay una cláusula abstracta que requiere una prueba más completa;

2º. La legitimación para el ejercicio de las acciones de la L.O. es muy amplia en el círculo familiar (arts. 4 a 6) y evita la discusión que se plantearía caso de ejercer la acción del art. 1902 CCV de determinar si ciertos parientes o herederos están legitimados;

3º. El plazo para el ejercicio de las acciones ex. art. 1902 CCV (art. 1964 CCV) es de un año, mientras para el ejercicio de las acciones de la L.O. es de cuatro años (art. 9.5 de la L.O.);

4º. El art. 9.3 de la L.O. establece que "la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite intromisión ilegítima", con lo que la prueba del actor se facilita muchísimo;

5º. El art. 9.1 de la L.O. dispone un procedimiento para la protección del derecho del tipo previsto en el art. 53.2 CE, es decir, sumario y preferente, mientras el art. 1902 CCV debe ejercitarse por los procedimientos ordinarios.

b') En segundo lugar, la normativa sobre el Registro Civil ofrece disposiciones que garantizan el derecho a la intimidad (579). Básicamente, son tres los aspectos de la normativa sobre el registro civil que aparecen modulados por el derecho a la intimidad.

A) Restricciones a la publicidad registral.

El art. 6 de la ley de Registro Civil dice que "el registro es público para quienes tengan interés en conocer los asientos". El principio de publicidad registral queda consagrado como eje de la institución por ese artículo. No obstante, en el Reglamento del Registro Civil (RRC) se recogen algunas de las que el art. 340 RRC llama "restricciones de publicidad". Esas restricciones se contienen en los arts. 21, 22 y 30 RRC. El art. 21 RRC establece que no se dará publicidad sin autorización

especial respecto de determinadas circunstancias que se reseñan a continuación:

1º. De la filiación adoptiva, no matrimonial o desconocida o de circunstancias que permitan inferir la existencia de alguno de los tipos de filiación mencionados (art. 21.1; primera parte).

2º. De la fecha del matrimonio que conste en el folio de nacimiento, si aquél fuese posterior a éste o se hubiese celebrado en los ciento ochenta días anteriores al alumbramiento (art. 21.1º, segundo inciso).

3º. Del cambio de apellido Expósito y otros análogos o inconvenientes (art. 21.1º in fine).

4º. De la rectificación del sexo (sic). Este supuesto, recogido por el art. 21.2º fue introducido por la reforma de 1986.

5º. De las causas de nulidad, separación o divorcio de un matrimonio (art. 21.3º), inciso primero.

6º. De las causas de privación o suspensión de la patria potestad (art. 21.3; in fine).

7º. De los documentos archivados, en cuanto a los esquemas citados en los números anteriores o en cuanto a circunstancias deshonrosas (art. 21.4º, primera parte).

8º. De los documentos que estén incorporados en expediente que tenga carácter reservado (art. 21.4 in fine).

9º. Del legajo de abortos.

Para obtener certificaciones sobre alguno de los extremos precedentes hay dos posibilidades en atención a las personas. En primer lugar, hay una serie de personas que no necesitan ninguna autorización especial para obtener certificación. Son las previstas en el art. 22 RRC que son siempre las propias personas afectadas y algunas del círculo

familiar más estricto. En segundo lugar, fuera de las personas prevenidas en el art. 22 RRC, el art. 21 establece que la autorización para obtener esas certificaciones se concederá por el juez encargado del Registro y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. En este caso, la certificación expresará el nombre del solicitante, a los sólo efectos para los que se libra y la autorización expresa del encargado el cual, en el registro que esté directamente a su cargo, expedirá por sí mismo la certificación.

Por su parte, el art.30 RRC establece otra restricción de publicidad cuando dice que "en la certificación literal de nacimiento se hará constar que se expide para los asuntos en los que sea necesario probar la filiación, sin que sea admisible a otros efectos".

B) Notificaciones.

El art.182 del RRC establece en su párrafo 1º que "las notificaciones en materia de filiación se harán al destinatario en persona y por el encargado, directamente o sometiendo su cumplimiento al del domicilio, y guardándose, en cuanto sean compatibles con la conveniente reserva, las reglas de las notificaciones judiciales". Se puede advertir que el empleo de las reglas de las notificaciones judiciales queda subordinado a que éstas respeten la intimidad y reserva de los padres, que es así el objetivo principal que debe guiar todas las resoluciones.

C) Expedientes.

En las normas sobre la tramitación de los expedientes también se aprecia la huella dejada por el derecho a la intimidad y sus exigencias. Esto se aprecia en dos momentos del desarrollo del expediente, el inicial y el final.

Respecto al momento inicial de la incoación del expediente, se admite la posibilidad de que no constando del paradero de algún interesado en el expediente, se hará la notificación por anuncio general

de la incoación mediante edictos fijados en el tablón de anuncios del Registro y en el de las oficinas que se juzgue oportuno (art. 349.2 RRC). Cabe también si se estima conveniente por la índole de la cuestión, que además se haga anuncio general de la incoación por edictos o cualquier otro medio de publicidad. A este respecto, la inserción en periódicos oficiales u otros medios de información general sólo cabe si la causa es grave y lo ordena la autoridad que haya de resolver el expediente. Sea como fuere, se ordenará la publicidad que proponga el interesado siempre que se haga a costa y petición del mismo (art. 349.3)RRC). No obstante, el Reglamento deja claro que esta publicidad sólo puede ordenarse "si no hubiera en ella afrenta a las personas u otro inconveniente" (art. 349.3 ~~in fine~~ RRC). Este precepto recibió nueva redacción por el Decreto 1138/1969 de 22 de Mayo.

En cuanto al momento final del expediente, el art. 360 establece que las resoluciones que dicte la Dirección General de los Registros y del Notariado en sustanciación de los recursos se publicarán en el "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", en el anuario del Centro directivo y, cuando sea conveniente, en el "B.O.E.". Ahora bien, si se alegasen o discutiesen hechos que afecten a cuestiones matrimoniales, al honor privado o sobre las cuales no se pueda certificar libremente (las vistas en los arts. 21 y 39 del RRC), la Dirección General adoptará medidas para que no trascienda la identidad de los interesados.

c') Finalmente, y en tercer lugar, el Reglamento Hipotecario (580) prescribe que cuando la Dirección General de los Registros y del Notariado dicte resoluciones en los recursos gubernativos que ante la misma se planteen, debe tomar ciertas precauciones. Por ello, si en los informes o acuerdos definitivos adoptados por los Registradores se alegaren o discutieren hechos "que afecten al honor privado", la Dirección General adoptará "las medidas acostumbradas" para que no se divulguen, y si al resolver el recurso se hiciera alguna advertencia a los

funcionarios que en él hubieren intervenido, se omitirá su expresión empleando la frase "y lo demás acordado" (art. 123 del Reglamento Hipotecario).

g.5. Laborales.

Como ya hubo ocasión de ver, en el ámbito laboral se reconoce en diversos lugares el derecho a la intimidad, así como el respeto a la dignidad del trabajador, algo que está muy conectado con la intimidad (arts. 4.2.e, 18, 20.3 y 20.4 y 50.1.a ET; art. 1 ley 2/1991). El ordenamiento laboral recoge asimismo algunas garantías de tal derecho, por más que algún autor, como Del Valle, estime que las mismas son insuficientes (581).

En primer lugar, con carácter general, la ley sobre infracciones y sanciones de orden social (582) prescribe que "los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores" constituyen infracciones muy graves (art. 8.11 LISOS) que se sancionan con multa que puede oscilar entre 500.001 y 15.000.000 de pesetas (art. 37.4 LISOS).

En segundo lugar, y con carácter más específico, se establecen ciertas garantías respecto a los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación, que regula la ley 2/1991 ya citada en otro lugar. Esta ley establece la obligación del empresario de entregar a los representantes legales de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, a excepción de los contratos de alta dirección (art. 1.1). Dicha copia básica debe contener todos los datos del contrato a excepción del número del Documento Nacional de Identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro que, de acuerdo con la L.O. 1/1982, pudiera afectar a la intimidad personal (art.1.2). Los representantes de la Administración, así como los de las organizaciones sindicales y los de las asociaciones empresariales que tengan acceso a la copia básica de los

contratos en virtud de su pertenencia a los órganos de participación institucional que reglamentariamente tengan tales facultades, observarán sigilo profesional, no pudiendo utilizar dicha documentación para fines distintos de los que motivaron su conocimiento (art. 2).

Esta regulación de la ley 2/1991 ha sido juzgada insatisfactoria desde el punto de vista de la protección de la intimidad. Se ha observado que la novedad legislativa no estriba en la atribución de una nueva prerrogativa a los representantes trabajadores (conocer la copia del contrato), sino en la supresión del consentimiento del trabajador al efecto de que se dé publicidad a su contrato de trabajo (583). Por otra parte, se ha criticado la remisión que el art. 1.1 de la ley hace a la Ley Orgánica 1/1982. Se ha dicho que, de un lado, el art. 2 de la L.O. 1/1982 declara que la protección de la intimidad "quedará delimitada por las leyes" y por los usos sociales, lo que convierte en inútil el recurso que hace la Ley 2/1991; y, de otro lado, porque el art. 7.4 de la L.O. 1/1982 considera ilegítima sólo la "revelación" de datos privados conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela, lo que conlleva no la prohibición dirigida a los representantes de los trabajadores en orden a conocer ciertas "intimidades", sino la interdicción de la difusión de las mismas, con quebrantamiento del deber de diligencia que los obliga (584).

No obstante, cabe recordar que el art. 2 de la L.O. 1/1982 no puede interpretarse en el sentido de permitir cualquier regulación legal del derecho a la intimidad porque el límite constitucional del respeto al contenido esencial del derecho (art. 53.1 CE), opera frente a cualquier regulación legislativa que se haga del ejercicio del derecho. En este sentido, precisamente la sustracción del poder de autodeterminación informativa al trabajador sobre sus datos personales y económicos, entendemos que viola el derecho fundamental a la intimidad convirtiendo en inconstitucional la Ley 2/1991. Por lo demás, y sea cual sea la decisión

sobre la constitucionalidad de esta normativa, la garantía de la obligación de observar el sigilo profesional en la difusión de esas informaciones tiene un alcance diverso. Penalmente, como ya se vio, la infracción del deber de respeto de ese sigilo profesional es atípica; civilmente tiene la garantía del art. 7.4 de la L.O. 1/1982; y procesalmente, estimamos que las declaraciones realizadas en el marco del proceso con quebrantamiento del sigilo profesional deben considerarse como prueba ilegalmente obtenida.

g.6. Administrativas.

A.) En primer lugar, y con carácter expreso, el art. 105.b CE, dispone que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Este precepto tiene gran conexión con la materia regulada en el art. 18.4 CE, esto es, con el derecho a la autodeterminación informativa y los efectos del mismo sobre los datos de las personas contenidas en soportes informáticos. Esto es claro dado el proceso de informatización de la Administración pública española. Pero el precepto, evidentemente, no se agota en esa conexión informática. Se trata de un extremo que, pese al mandato constitucional, no ha sido objeto de tratamiento legislativo.

Para Alzaga este precepto resulta criticable. Sostiene este autor que nuestra Administración, como la de la generalidad de los países del continente europeo, conserva un cierto grado de reserva sobre los expedientes administrativos, sin perjuicio de la posibilidad de que los particulares interesados puedan tener conocimiento del mismo. Sin embargo, el precepto susodicho incardina nuestra Administración entre las que actúan sobre la base de la publicidad de los actos del Estado. Como refiere Alzaga, este principio se incorporó por primera vez a un ordenamiento público en Suecia, en 1766, donde se reconoció a todos

los particulares, el derecho a leer o copiar el expediente que desearan conocer sin que justificasen legitimación alguna. De igual modo se pronuncia la "Free Information Act" dictada en EUA en 1966. Alzaga ve el riesgo de que este precepto introduzca las pugnas políticas y las maniobras partidarias en los despachos de trabajo de los diversos organismos de la Administración, por lo que recomienda un uso restrictivo del mismo (585).

Quizás los reproches de Alzaga sean exagerados. En un momento, como el presente en el momento de escribir esto, en el que la corrupción política amenaza con destruir el sentimiento constitucional en España, aparece, creemos, especialmente necesario el desarrollo de este precepto para contribuir a purificar la actuación político-administrativa. Todo ello, por supuesto, con respeto al derecho a la intimidad que, pese a ser aludido en este precepto, no pierde su carácter de fundamental en el marco de la actuación administrativa, por lo que toda lesión del mismo, por acción u omisión de la Administración, tendrá todas las garantías que se han examinado hasta ahora.

B.) En segundo lugar, el derecho a la intimidad en su manifestación de derecho a la inviolabilidad de domicilio, ha incidido profundamente en lo referente a la autotutela administrativa, y en concreto a la autotutela ejecutiva. La autotutela ejecutiva supone una dispensa a la Administración de la necesidad de impetrar auxilio judicial facultándola para el uso directo de su propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada (586). El art. 102 LPA señala que todos los actos administrativos pueden ser objeto de ejecución forzosa, salvo que una ley los excluya y obligue a acudir a los Tribunales. Dicho precepto reconoce la ejecución forzosa por la Administración de actos administrativos. Por su parte, el art. 103 LJCA plasma la autotutela ejecutiva de la Administración para la ejecución de sentencias.

Este régimen sufrió un grave quebranto por obra de una jurisprudencia constitucional (posteriormente, parcialmente modificada). En este sentido, el T.C. ha considerado que el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio modifica esta situación que antepone un fin social (presuntamente perseguido por la Administración), a un derecho fundamental individual. Para que un fin social sea de rango superior a un derecho fundamental debe tratarse de un fin social que constituya en sí mismo un valor constitucionalmente reconocido debiendo resultar la prioridad de la propia Constitución. En este sentido, según el T.C. la CE no dice que la inviolabilidad de domicilio deba sacrificarse a cualquier fin social (a diferencia de lo que ocurre con el derecho de propiedad) y sólo menciona la persecución en caso de flagrante delito como fin social concreto que legitima el menoscabo de ese derecho (587). El art. 18.2 CE establece un doble condicionamiento a la entrada o al registro que es la existencia de consentimiento del titular o de la resolución judicial. El T.C. sostiene que en toda actividad de ejecución en que se produce el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado, "se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste". La consecuencia de esto la extrae el propio Tribunal al decir que "la resolución judicial o administrativa que ordena una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí sola no conlleva el mandato y la autorización de ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas" (588). La regulación de la autotutela administrativa reconocida en los arts. 100 y ss. LPA y 103 y SS. LJCA, quedaba sustancialmente alterada con la entrada en vigor de la Constitución, en el sentido de que desde la aparición de ésta, aquella autotutela debería respetar los derechos fundamentales del ciudadano, y en concreto la inviolabilidad de domicilio.

Esta decisión provocó ya desde sus inicios bastante crítica, sobre todo por lo que hacía a las exigencias que establecía sobre la autotutela ejecutiva de sentencias judiciales, pues se consideraba que una segunda resolución judicial dictando un mandato de entrada en el domicilio no ofrecía garantías adicionales a las ya presentes en la primera sentencia (589). La situación abierta por esta jurisprudencia fue cubierta legalmente poco después al atribuirse a los Juzgados de Instrucción la autorización para dictar autos de entrada en los domicilios o locales de acceso dependientes del consentimiento del titular, para la ejecución forzosa de actos de la Administración (art. 87.2 LOPJ).

La situación ha sido formalmente modificada por el T.C. en fechas recientes en que, de acuerdo con las normas de la LOTC, se ha separado de su antigua jurisprudencia. El T.C. cree conveniente distinguir entre ejecución de un acto administrativo y ejecución de sentencia por la Administración. En el primer caso, se mantiene la doctrina anteriormente fijada por el Tribunal que exige la presencia de auto judicial para la ejecución de aquellos actos que impliquen entrada en su domicilio. Queda así modulada la autotutela ejecutiva de actos de la Administración por el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio. Pero, en el caso de que el objeto de la ejecución administrativa sea una sentencia, el T.C. abandona su anterior doctrina. Si la sentencia no requiere la individualización del sujeto que ha de soportar la entrada en el domicilio y constituye un título ejecutivo que cumple los requisitos de constancia formal inequívoca, certeza del contenido y certeza de los destinatarios y cuyo contenido incluye la entrada en el domicilio, no se requiere una segunda sentencia. Una segunda sentencia o bien tendría carácter revisor de la primera, con lo que atentaría a la seguridad jurídica, o bien no tendría tal carácter, con lo que sería una actuación meramente automática o mecánica, inútil (590). En definitiva, la autotutela administrativa como ejecución forzosa de actos administrativos resulta claramente afectada por el derecho a la intimidad.

C.) En tercer lugar, y dentro del ámbito específico de la Administración Tributaria, dado que ha quedado claro que los impuestos, principalmente personales, afectan al derecho a la intimidad, es procedente estudiar ahora el modo en que el derecho a la intimidad resulta afectado en las diferentes etapas de la gestión de los tributos y, la forma en que en este ámbito se garantiza dicho derecho.

a') Investigación y comprobación.

Ciertas normas tributarias (591) han tratado este aspecto. A tenor de ellas, la administración comprobará e investigará los hechos, actos, situaciones, explotaciones y demás circunstancias que integren o condicionen el hecho imponible (art. 109.1 LGT; art. 2.a RGIT). Esta comprobación podrá alcanzar a todos los actos, elementos y valoraciones consignados en las declaraciones tributarias (art. 109.2 LGT, art. 10.2 RGIT). Puede fácilmente deducirse que si nos encontramos ante un impuesto personal esa investigación puede verse referida a hechos, actos situaciones o actividades de la persona que pueden tener carácter íntimo. En efecto, la Inspección comprobará la exactitud y veracidad de los hechos y circunstancias "de cualquier naturaleza" consignados por los sujetos pasivos u obligados tributarios en cuantas declaraciones y comunicaciones se exigen para cada tributo. Igualmente investigará la posible existencia de elementos de hecho u otros antecedentes "con trascendencia tributaria" que sean desconocidos total o parcialmente por la Administración (art. 10.2 RGIT).

Para que no haya duda se prevé que la comprobación e investigación tributaria se realizará mediante el examen de documentos, libros, ficheros, facturas, justificantes del sujeto pasivo así como por la investigación de "bienes, elementos, explotaciones y cualquier otro antecedente o información" que hayan de facilitarse a la Administración o que sean necesarios para la determinación del tributo (art. 110 LGT; art.

36.1 RGIT). Es obvio decir que en esos documentos y objetos puede haber datos muy relevantes para preservar la intimidad de una persona.

Por su parte el importante art. 111 LGT (592), manifiesta que "toda persona natural o jurídica, pública o privada, estará obligada a proporcionar a la Administración Tributaria toda clase de datos, informes o antecedentes con trascendencia tributaria, deducidos de sus relaciones económicas, profesionales o financieras con otras personas" (art. 111. 1 LGT; art. 37.1.1 RGIT). Si el impuesto es de naturaleza personal, el deber de colaboración con la Hacienda pública que este precepto impone, puede hacer que los datos con trascendencia tributaria, sobre los que toda persona debe informar, puedan ser de considerable extensión y afectar al derecho a la intimidad.

Este deber de colaboración afecta a diversos sujetos debiendo destacarse tres: las Entidades financieras, los funcionarios y los profesionales.

Por lo que hace, en primer lugar a las Entidades financieras especialmente obligadas por el último inciso del art. 111.1 LGT, la ley declara abiertamente que "el incumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo no podrá ampararse en el secreto bancario" (art. 111.3 LGT). Esta afirmación es muy expresiva pues en alguna ocasión, el T.C. ha manifestado sin ambages que "cabe conectar, en cuanto a su fundamento, el secreto bancario con el derecho a la intimidad" (593). Es decir, que según la LGT, el deber de colaboración impuesto no puede eludirse invocando el derecho a la intimidad manifestado como secreto bancario. Esto revela que tal deber de colaboración e información afecta de modo palpable a la integridad del derecho a la intimidad. Por si fuera poco, este art. 111 LGT fue redactado por ley ordinaria, pese a que indudablemente en ciertos párrafos (como el art. 111.3 LGT) desarrolla y regula (y de manera restrictiva) un derecho

fundamental, por lo que puede atentar contra el art. 81.1 C.E. pues parece que esa regulación debiera haberse hecho mediante ley orgánica.

En segundo lugar, los funcionarios públicos, están obligados a colaborar con la Administración de la Hacienda Pública para suministrar toda clase de información con trascendencia tributaria de que dispongan salvo que sea aplicable "el secreto del contenido de la correspondencia" y "el secreto de los datos que se hayan suministrado a la Administración para una finalidad exclusivamente estadística" y salvo algunos supuestos de secreto de protocolo notarial (art. 111.4 LGT; art. 37.5 a.b. y c. RGIT). En el mismo sentido, se afirma que "los Juzgados y Tribunales deberán facilitar a la Administración, de oficio o a requerimiento de la misma, cuantos datos con trascendencia tributaria se desprendan de las actuaciones judiciales de que conozcan, respetando, en todo caso, el secreto de las diligencias sumariales" (art. 112.3 LGT; art. 37.7 RGIT). Es decir, ni siquiera los asuntos que se ventilan en los tribunales están a salvo del afán de transparentarlo todo de la Hacienda Pública. Además, la alusión al secreto de las diligencias sumariales es muy insuficiente, pues pueden contenerse datos que afecten muy seriamente al derecho a la intimidad en asuntos relativos a filiación, matrimonio, sucesiones, etc.

Estos preceptos creemos que son inconstitucionales por cuanto la interconexión de informaciones obrantes en todas las dependencias administrativas (salvo las de los organismos de estadística, pues los datos sobre la correspondencia no son conocidos por la Administración) conduce a la "total aprehensión" de la persona. Esta interconexión de informaciones es precisamente el objetivo que se intenta evitar al prohibirse la existencia de un número nacional único en la Constitución portuguesa, como ya se comentó. El número nacional único es el instrumento ideal para consumir la "aprehensión total" del ser humano, pero es sólo eso, un instrumento. Lo que se quiere evitar es esa

"aprehensión total", y ésta se encuentra permitida por los preceptos susodichos.

En tercer lugar, los profesionales (en sentido fiscal) también están sujetos a este deber, y no podrán invocar el secreto profesional (que, como vimos, deriva del derecho a la intimidad) a efectos de impedir la comprobación de su propia situación tributaria. Las excepciones a este deber de información son únicamente dos: de un lado los datos privados no patrimoniales que conozcan por razón del ejercicio de su actividad, cuya revelación atente al honor o a la intimidad personal y familiar de las personas y de otro aquellos datos confidenciales de sus clientes de los que tengan conocimiento como consecuencia de la prestación de servicios profesionales de asesoramiento o defensa (art. 115.5 LGT, art. 37.5.d. RGIT). Estas excepciones son insuficientes porque puede haber datos privados patrimoniales que tienen repercusión en el derecho a la intimidad, y porque el mero hecho de saber que una persona ha acudido a determinado profesional (p. ej. a un psiquiatra) puede ser ya un atentado al derecho a la intimidad. Aunque sólo se le preguntará al profesional cuánto se gastó su cliente y no qué enfermedad padecía, el hecho es que así ya obraría en los archivos de la Administración el dato de que esa persona precisa asistencia psiquiátrica.

Como afirman Checa y Merino, no es admisible la tesis propugnada por las normas tributarias según las cuales la intimidad es un límite que subjetivamente se circunscribe a los profesionales oficiales y a sus clientes y, objetivamente, a los datos aludidos en esos preceptos. Antes bien, la intimidad personal y familiar constituye un límite o excepción, no sólo del deber de información de los profesionales no oficiales, sino del deber de comunicar datos con trascendencia tributaria en general (594).

La ley establece unas garantías sobre la utilización de estos datos al establecer que "los datos, informes o antecedentes obtenidos por la

Administración Tributaria, en virtud de lo dispuesto en este artículo, sólo podrán utilizarse para los fines tributarios", y, en su caso, para la denuncia de hechos que puedan ser constitutivos de cualesquiera delitos públicos. Garantía, como se ve, muy relativa. La segunda garantía que se establece es que cuantas autoridades y funcionarios tengan conocimiento de estos datos estarán obligados al más estricto y completo sigilo respecto de ellos, salvo en los casos de los delitos citados (art. 111.6 LGT). Parece que estas garantías no son muy sólidas, por no mencionar que la mejor garantía es que esos datos no estén de ninguna manera en poder de la Administración del Estado.

Finalmente, debe reseñarse que la ley establece que a efectos del art. 8.1 de la L.O. 1/1982 se considerará autoridad competente al Ministerio de Economía y Hacienda, a los titulares de Organos y Centros directivos de la Secretaría del Estado de Hacienda y a los delegados de Hacienda (art.111.5.3 LGT, art. 37.6 RGIT). El citado art. 8.1 de la L.O. 1/1982 dice que "no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley". Expresamente queda aquí reconocido que la actividad investigadora de la Hacienda resulta en nuestro ordenamiento extraordinariamente relevante para el derecho a la intimidad. Ello explica la necesidad de este apoderamiento a estos órganos de Hacienda.

Ahora bien, el art. 8.1 de la L.O. 1/1982 (tal y como se dijo respecto a la cita que en un sentido similar ha hecho del mismo la ley 2/1991) no es un apoderamiento en blanco. La expresión "de acuerdo con la ley", no se refiere tanto a la determinación de la "Autoridad competente" como "a las actuaciones autorizadas o acordadas". No serán ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas "de acuerdo con la ley", esto es, de acuerdo con el ordenamiento jurídico -incluidos naturalmente los arts. 18.1 (derecho a la intimidad) y el art. 53.1 CE

(respeto al contenido esencial del derecho)-, lo cual es obvio, pero esa obviedad no deja de ser una garantía. Las autoridades mencionadas no quedan apoderadas en virtud del art. 8.1 de la L.O. para desconocer el derecho a la intimidad.

b') Liquidación del tributo.

Un segundo aspecto con el que se presenta en toda su crudeza la violación del derecho a la intimidad que puede producirse en la gestión tributaria es el referido a la publicación de las liquidaciones. El art. 113. 1 LGT dice que el Ministro de Hacienda podrá acordar, cuando las circunstancias así lo aconsejen, la publicación de las bases y cuotas tributarias referidas a uno o más tributos concretos o a la totalidad de un grupo de contribuyentes sometidos a los mismos.

El art. 6 del Decreto-Ley 8/1966 de 3 de Octubre que desarrolla el anterior precepto estableció que "la autorización concedida al Ministro de Hacienda por el art. 113 de la Ley General Tributaria, se extenderá a la publicación, en los impuestos que se estime conveniente, de relaciones nominales generales de contribuyentes, de ámbito nacional o provincia, con expresión de las bases y cuotas tributarias que se devenguen a partir del 31 de Diciembre de 1966".

En virtud de diversos órdenes ministeriales (en 1971 y de 1973 a 1976) se publicaron las relaciones nominales correspondientes a diversos ejercicios del IRPF, poniéndose a disposición del público en las Oficinas de Información del Ministerio y de las Delegaciones de Hacienda, los datos referentes a las declaraciones correspondientes a los domicilios en los territorios de sus respectivas competencias. Más tarde la ley sobre la reforma fiscal (595) convirtió esa autorización prevista en el art. 113 LGT en un deber para la Administración, en relación con el IRPF y el Impuesto sobre el Patrimonio (art.48). De igual modo la ley del IRPF (596) reprodujo tal mandato, pero dirigido al Ministro de Hacienda (art. 40).

En aplicación de los anteriores preceptos, durante los primeros años de vigencia del IRPF se publicaron las bases y cuotas declaradas e ingresadas por los contribuyentes por los Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio de las Personas Físicas, hasta que el Real Decreto-Ley 5/1981 de 13 de marzo suspendió esta publicación.

Si, como se considera por el T.C., no hay duda de que, en principio, los datos relativos a la situación económica de las personas entran dentro de la intimidad constitucionalmente protegida (597), debemos concluir que el art. 113.1 LGT y el art. 6 del Decreto-Ley 8/1966 de 3 de Octubre deben entenderse afectados por la disposición derogatoria tercera de la Constitución en cuanto se oponen a lo establecido en el art. 18 de la misma.

c') Inspección.

La inviolabilidad de domicilio consagrada en el art. 18.2 en la interpretación de la misma hecha por el Tribunal Constitucional ha modificado de forma sensible la normativa tributaria sobre la inspección. La normativa estipula que "los inspectores de los Tributos podrán entrar en las fincas, locales de negocio y demás establecimientos o lugares en que se desarrollen actividades o explotaciones sometidas a gravamen para ejercer las funciones de investigación y comprobación de hechos con relevancia tributaria" (art. 141.1 LGT, arts. 30.2 y 39.1 RGIT). Si el dueño o morador de la finca o edificio o la persona bajo cuya custodia se hallare el mismo se opusiere a la entrada de los inspectores, no podrían llevar a cabo éstos su reconocimiento "sin la previa autorización escrita del Delegado o Subdelegado de Hacienda" (art.141.2 LGT, art. 39.2 RGIT). Distinto es el caso en el que la inspección se refiera al domicilio particular de cualquier español o extranjero, en cuyo caso "será precisa la obtención del oportuno mandamiento judicial" (art. 141.2 in fine LGT, art. 39.3 RGIT). Así pues, la LGT establece un distinto régimen para los domicilios particulares y para los locales de negocio o industria,



sustrayendo en este último caso al órgano judicial la autorización de entrada.

Esta situación no parece coherente con el art. 18.2 CE. El T.C. manifestó ya en su momento que hay que "mantener un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el jurídico-administrativo" (598) que es el que parece mantener la LGT. Por si esto fuera poco, el Alto Tribunal ha entendido que "nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas" (599). No obstante, esta clara doctrina ha sido enturbiada recientemente por una irregular resolución del T.C. que restringe el alcance anteriormente otorgado a la inviolabilidad de domicilio, negando este derecho respecto a las personas jurídicas y los locales de negocio (600). Los anteriores pronunciamientos dan pie para considerar que el art. 141 LGT puede estar en oposición al art. 18.2 de la Constitución. Debe considerarse, por tanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional citada que la exigencia de autorización judicial para entrar en cualquier domicilio de una persona física o jurídica, sea lugar de habitación o lugar de trabajo es una exigencia insoslayable, en defecto del consentimiento del titular. En todo caso, la situación de la jurisprudencia constitucional en este punto, se ha vuelto insegura.

En conexión muy estrecha con la inviolabilidad de domicilio aparece el secreto documental. La normativa faculta a los inspectores a examinar "los libros" y "la documentación" del sujeto pasivo que tengan relación con el hecho imponible, en la vivienda, local, escritorio, despacho u oficina de aquél (art. 142.1 LGT, arts. 20 a 22 RGIT). Aquí puede verse involucrado de forma evidente el derecho a la intimidad, por lo que será precisa una autorización judicial para proceder a tal examen.

d') Sanciones.

La ley establece la posibilidad de dar publicidad a las sanciones de Hacienda. Se dispone que la Administración Tributaria, dará publicidad

a la identidad de las personas o Entidades que hayan sido sancionadas, en virtud de resolución firme, por infracciones tributarias graves de más de 5.000.000 pesetas, que no hayan dado lugar a la iniciación del sumario por presunto delito contra la Hacienda Pública. La información indicará, junto con el nombre y apellidos o la denominación o razón social del sujeto infractor, la cuantía de la sanción que les hubiese impuesto y el tributo a quo se refiere. Además de esto, las sentencias firmes por delitos contra la Hacienda Pública serán objeto de la misma publicidad que las infracciones tributarias graves (art. 113.2 LGT, introducido en la citada ley de 1985).

Esta regulación a primera vista, pudiera afectar al derecho al honor en un principio, si bien la jurisprudencia constitucional niega que esas resoluciones afecten a tal derecho. Es muy dudoso que parezca el derecho a la intimidad por tal publicidad.

g.7. Procesales-jurisdiccionales.

A. Garantías jurisdiccionales penales.

a) Procedimiento ordinario.

1.) El Procedimiento especial por delitos de injuria y calumnia contra particulares.

Los arts. 804 al 815 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan un procedimiento especial para entender de los delitos de injuria y calumnias contra particulares. Este procedimiento se caracteriza por su gran rapidez. En principio, responde a las exigencias de preferencia y sumariedad, pues, si bien no se recogen expresamente dichas exigencias que establece el art.5.1 de la Ley 62/1978 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, lo cierto es que los plazos que se establecen para este procedimiento de los arts. 804 y ss. son muy breves.

Aquí se contemplan los delitos de injuria y calumnia que, en principio protegen el derecho fundamental al honor. Ahora bien, como ya se dijo, la ausencia de un tipo penal que proteja genéricamente la intimidad, conduce a enmarcar en los tipos de injuria y calumnia (sobre todo en el de injuria) conductas que atentan al derecho a la intimidad y no encuentran protección penal. Como los derechos al honor y a la intimidad están incorporados al ámbito de protección de la ley 62/1978 en virtud del Real Decreto legislativo 342/1979 de 20 de Febrero, debe entenderse que este procedimiento que establecen los arts. 804 ss. LEC se seguirá con las modificaciones y exigencias que impone la Ley 62/1978 en sus arts. 2 al 5. Resultado de ello es un proceso extraordinariamente rápido, quizás el más rápido exceptuando el proceso de habeas corpus, pues esa celeridad es imprescindible para frenar las difamaciones o atentados al derecho al honor y poderlo restaurar en su integridad lo antes posible, pues en estos delitos el transcurso del tiempo agrava los efectos de las injurias y las calumnias.

II.) El proceso penal general ordinario.

II.a). Fase sumarial.

I. Iniciación del sumario.

Uno de los modos de iniciación del sumario es la denuncia. La denuncia es obligatoria, como estableció el art. 259 LECr., para todo aquél que presenciare la perpetración de cualquier delito, con las excepciones previstas en los arts. 260 (personas sin capacidad de obrar) y 261 (familiares próximos). Por su parte, el art. 262 LECr. estableció que "los que por razón de sus cargos tuvieren noticia de algún delito público estarán obligados a declararlo". Este deber encuentra su excepción en el art.263 LECr. que observa que dicha obligación no comprenderá a los abogados ni a los procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes ni a los eclesiásticos y

ministros del culto respecto de las noticias que se les hubieran revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

No es difícil advertir que ambas limitaciones tienen proximidad con el derecho a la intimidad. En el caso del art. 261 LECr. puede pensarse como fundamento de la excepción tanto el art. 18.1 (derecho a la intimidad familiar) como el art. 39.1 que garantiza la protección de la familia. El uso del art. 263 hace referencia al secreto profesional, en cuanto basado en el derecho a la intimidad de la persona que comunica esos hechos. Cabe plantear si las demás personas sujetas al secreto profesional no mencionadas en la LECr. y que ex. art. 24.2 CE tienen el derecho-deber de no declarar a preguntas del juez, tienen o no ese deber de denuncia. Parece que por analogía con lo dispuesto en el art. 263 LECr. han de estar exentos de ese deber.

Otro modo de iniciar un sumario, es la actuación de la policía ante un delito flagrante y que luego se recoge en el atestado (que sólo tiene valor de denuncia).

El art. 18.2 CE admite tres supuestos en los que se autoriza la entrada en el domicilio. Uno es el consentimiento del titular el franquear la entrada en el mismo. El segundo es la existencia de una autorización judicial que, normalmente en el ámbito penal, presupone un acto de denuncia, si bien puede dictarse en asuntos no penales. En tercer lugar, cuando nos encontramos ante un delito flagrante.

Este último concepto no está definido por la Constitución, sino que es la cristalización de una evolución histórica. En principio el vocablo "flagrante" parece que procede del latín flamma (llama) lo que aludiría a algo perceptible por los sentidos. La Ley prevé que los agentes de policía podrán proceder de propia autoridad a la inmediata detención de las personas en determinados casos. Tales casos son: en primer lugar, cuando haya un mandamiento de prisión contra ellas; en segundo lugar, cuando sean sorprendidas en flagrante delito; y, en tercer lugar, cuando

un delincuente, inmediatamente perseguido por los Agentes de la autoridad, se oculte o refugio en alguna casa (art. 553 LECr.). De los tres supuestos, el primero encuentra su habilitación en una resolución judicial privativa de libertad. El caso tercero presupone un delito flagrante (aun cuando sea un delito contra la autoridad que realiza la persecución). El segundo de los supuestos es el que se refiere estrictamente al delito flagrante.

Recientemente se ha planteado un intenso debate en torno a la LOPSC. Esta ley establece una nueva regulación sobre las entradas en domicilios. De un lado establece que "será causa legítima para la entrada en domicilio la necesidad de evitar daños inminentes de catástrofe, calamidad, ruina inminente u otros semejantes de extrema y urgente necesidad" (art. 21.3 LOPSC). Este precepto se sitúa en una línea similar a la adoptada en el art. 5 de la Constitución de 1809 y en el art. 7 del Proyecto de Constitución de 1873. En cualquier caso el supuesto ya antes estaba suficientemente cubierto por la eximente del estado de necesidad (art. 8.7ª CP).

De otro lado, la ley dispone que:

"será causa legítima para la entrada y registro en domicilio por delito flagrante el conocimiento fundado por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que los lleve a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer alguno de los delitos que, en materia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, castiga el Código Penal, siempre que la urgente intervención de los agentes sea necesaria para impedir la consumación del delito, la huida del delincuente o la desaparición de los efectos o instrumentos del delito" (art. 21.2 LOPSC).

Este precepto ha ocasionado un intenso debate. El problema que se plantea es el siguiente. De un lado puede pensarse que ese "conocimiento fundado" supone una percepción directa, sensorial,

inmediata y urgente. Las notas de inmediatez y urgencia están claros en el precepto, no así las de que la percepción sea directa y sensorial. En efecto, puede haber "conocimiento" extrasensorial (por inferencia de indicios, por intuición incluso). Si ese "conocimiento fundado" equivale a la "flagrancia" el precepto sería superfluo y respondería a una mala técnica legislativa al repetir innecesariamente una norma. Pero, aunque superfluo, interpretado así, no sería inconstitucional, aunque su supresión sería recomendable.

Pero también puede pensarse que no es así, y que las expresiones "conocimiento fundado" y "constancia" pueden suponer algo más amplio que conocimiento directo y sensorial. En este caso, podría pensarse que la LOPSC supone no un desarrollo del art. 18.2 CE, sino su interpretación. Es decir, estaría llevando a cabo una interpretación del concepto constitucional de "flagrante delito" excluyendo otras interpretaciones. De ser así, el art. 21.2 LOPSC sería inconstitucional, a tenor de la doctrina constitucional existente. En efecto, según el TC, la interpretación de la Constitución compete al propio TC según se desprende de forma implícita en la Constitución y explícita en el art. 1.1 LOTC. El legislador tiene límites en su actuación y no puede colocarse en el mismo plano que el poder constituyente realizando actos propios de éste, salvo si la propia Constitución le atribuye alguna función constituyente. Por ello, el legislador "no puede dictar normas meramente interpretativas", cuyo exclusivo objeto sea precisar el único sentido, entre los varios posibles, que deba atribuirse a un determinado concepto o precepto de la Constitución, pues, al reducir las distintas posibilidades o alternativas del texto constitucional a una sola, completa de hecho la obra del poder constituyente y se sitúa funcionalmente en mismo plano, cruzando al hacerlo la línea divisoria entre el poder constituyente y los poderes constituidos" (601).

A la luz de estas consideraciones, puede afirmarse que el art. 21.2 LOPSC al pretender, no ya desarrollar sino interpretar un concepto constitucional (el de "flagrante delito" del art. 18.2 CE), haciéndolo además en un sentido restrictivo del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (pues la interpretación de la flagrancia como conocimiento directo y sensorial es más favorable al derecho fundamental afectado) es inconstitucional por violar el art. 18.2 CE.

En otro orden de cosas, se ha argumentado que la Constitución supone una congelación del nivel de libertades preconstitucional, de tal suerte que ese nivel de protección, puede incrementarse, pero no reducirse. La tesis es plausible, si bien en algunos derechos se han operado reducciones de ese nivel que no han sido consideradas inconstitucionales (p.ej: derecho a la enseñanza en centros privados, derecho que en los últimos años ha sido recortado; o derecho a la enseñanza gratuita en centros públicos libremente elegidos, derecho menudado mediante la obligación de asistir -cuando se opta por un centro estatal- al que se asigne al área en que tenga su domicilio el alumno, impidiendo así la competitividad entre los propios centros estatales que son de calidad variable).

2. Diligencias sumariales.

a) Indagatoria testifical.

Dentro de las actividades que se desarrollan en el sumario de búsqueda de pruebas acerca del hecho investigado, debe mencionarse el examen de los posibles testigos del hecho. El art. 410 LECr. dice que todos los que residan en territorio español que no estén impedidos tienen obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que se les pregunte. Como en el caso de denuncia también aquí hay excepciones al deber de declarar ante el juez, que son las establecidas en los arts. 416 y 417 que recogen casos similares a los previstos en los arts. 260, 261 y 263 LECr. ya vistos.

Las limitaciones a esta obligación de declarar en el sumario tienen idéntico fundamento a las vistas respecto a la obligación de denuncia.

Por lo demás esta limitación encuentra acogida en el párrafo 2º del art. 24.2 C.E. donde se expresa que "la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos". Como ya se vió, este secreto profesional del art. 24.2 CE es una emanación del art. 18.1 CE.

b) Registro domiciliario.

Una de las actividades del sumario que puede tener más relevancia para la averiguación de los hechos denunciados es la realización de un registro en el domicilio de sospechosos. Este registro supone una limitación o eclipse del derecho a la inviolabilidad de domicilio constitucionalmente reconocidos.

La inviolabilidad de domicilio se protege a través de los oportunos procedimientos frente a las acciones (allanamiento de morada) que lo lesionen. Pero este derecho puede ceder en una serie de supuestos como son el de consentimiento del titular, la comisión de un delito flagrante, o la resolución judicial motivada. La Ley de Enjuiciamiento Criminal regula esta situación excepcional constituida por la entrada y el registro en los domicilios, evitando que al socaire de esa situación se pueda ir más allá de lo que la propia excepcionalidad permite. A esta idea fundamental de no dejar sin normación esta situación especial responden los arts. 545 al 57B de la LFCr.

De entre la prolija regulación deben destacarse algunos aspectos especialmente interesantes. En primer lugar, el art. 558 LECr. señala que "el auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será fundado, y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en el que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la

Autoridad o funcionario que los haya de practicar". La Real Orden de 13 de Marzo de 1895 abunda en la misma idea advirtiendo que "los resultandos y considerandos donde se han de exponer los motivos que en cada caso determinan y abonan los autos de ... registro de morada... y otros análogos, consten siempre en las actuaciones con letra manuscrita (subrayado nuestro), no tolerándose por los Jueces instructores, ni por las Audiencias el uso de fórmulas estampadas que sustituyan el razonamiento peculiar inexcusable en cada caso". Por desgracia, la práctica forense enseña que esta importante garantía no se cumple, dictándose los autos de registro con hojas-modelo donde apenas han de rellonarse los datos de cada caso, lo que indudablemente redundaría en perjuicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio. No obstante, el TC ha relativizado esta exigencia. Del art. 24.1 CE en conexión con el art. 120.3 CE se desprende que no importa tanto la extensión o la forma de la resolución judicial como su fundamentación, su motivación y su actitud para hacer llevar al justiciable las razones del fallo (602).

En segundo lugar, debe advertirse que el concepto de domicilio que maneja la LECr. es muy estricto. Sin embargo, a tenor de la jurisprudencia constitucional sobre el art. 18.2 C.E., del que son desarrollo las normas de la LECr., debe mantenerse un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo (603). Lo dicho es de aplicación para todos los preceptos de la LECr. que desarrollan el derecho a la inviolabilidad de domicilio, pero muy especialmente para el muy restrictivo art. 557 LECr. que debe entenderse prácticamente derogado por la jurisprudencia del T.C. En efecto, ese precepto señala que "las tabernas, casas de comida, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentran o residen en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a

este servicio destinada". Por tanto, los alojamientos temporales deben, a la luz de la jurisprudencia constitucional, ser considerados como domicilio a efectos constitucionales, y por tanto, también a efectos de la LECr. que desarrolla el precepto constitucional del art. 18.2

En tercer lugar, debe destacarse el art. 552 LECr. que establece que "al practicar los registros deberán evitarse inspecciones inútiles, procurando no perjudicar ni importunar al interesado más de lo necesario, y se adoptarán todo género de precauciones para no comprometer su reputación, respetando sus secretos si no interesasen a la instrucción". Este precepto es de enorme importancia, pues, aparte de su hermosa redacción, advierte de modo claro y tajante que la mengua del derecho a la inviolabilidad de domicilio sólo se justifica para "lo necesario". El criterio de la necesidad preside el registro, de forma que si el registro se dicta para un objetivo determinado (p. ej., encontrar un arma) no tiene sentido la inspección de las cartas, papeles o libros que se encuentran allí, pudiendo constituir esta extralimitación una violación del derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E. Es decir, el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de domicilio no puede ceder de modo genérico, sino sólo de modo concreto, puntual, sólo para "lo necesario".

En cuarto y último lugar, se prevé que el juez competente encomiende la entrada y registro "a cualquier Autoridad o agente de la Policía judicial" (art. 563 LECr.). Ahora bien, la Ley establece que "el registro se practicará siempre a presencia del Secretario (del Juzgado, so entiendo) y dos testigos" (art. 560.4 LECr.). El TC ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo. El Alto Tribunal constata que la falta de presencia del Secretario en las diligencias de entrada y registro en el domicilio es práctica habitual y corriente. El TC considera que una cosa es la trascendencia de esa circunstancia para la eficacia procesal del acto y otra que eso suponga violación del art. 18.2 CE. En principio, los actos judiciales serían nulos de pleno derecho cuando se prescindiera total y

absolutamente de las normas esenciales de procedimiento establecidas por la ley (art. 230.3 LOPJ). Por otra parte, el Secretario es el único funcionario competente para dar fe con plenitud de efectos de las actuaciones judiciales (art. 281.1 LOPJ), si bien puede habilitar a uno o más oficiales para que autoricen las actas que hayan de realizarse a presencia judicial (art. 282.1 LOPJ) o de aquel en quien el juez delegue. Parece que la ausencia del Secretario (o de un oficial por delegación suya) en un hecho de esa importancia causa la nulidad parcial del acto.

Ahora bien, el TC considera que en ningún caso quedaría afectado el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio por esa irregularidad, pues no forma parte de su contenido la presencia del fedatario judicial, ni es ésta una de las garantías constitucionalizadas por el art. 24 CE (604). Tampoco considera el Alto Tribunal que ello tenga conexión con el tema de la prueba ilícitamente obtenida, pues no hay vulneración de ningún derecho fundamental (605). En contra de la tesis del TC, sin embargo, nos atreveríamos a decir que la dimensión institucional de ese derecho supone que la presencia del fedatario público forme parte del contenido del derecho. Serían de aplicación las consideraciones que el TEDH ha hecho sobre la vertiente institucional de la inviolabilidad de las comunicaciones y que se varán más adelante.

c) Registro de correspondencia.

La correspondencia goza de inviolabilidad y no puede ser detenida ni abierta sin autorización judicial. La limitación de este derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones aparece parcialmente regulada en los arts. 579 al 588 LECr. donde se desenvuelven las garantías que rodean las posibles limitaciones de este derecho del art. 18.3 C.E. Debe advertirse que la LECr. sólo trata de la correspondencia escrita y de los telegramas, no considerando las comunicaciones telefónicas pese a que el teléfono fue inventado por Bell en 1876, o sea, cinco años antes de la redacción de la ley y quizá fuese

conocido por los legisladores españoles. Por motivos obvios no se recoge otro tipo de comunicaciones (radio, videofono, etc.). No obstante, deben aplicarse a estas formas de comunicación las normas previstas en la LECr. en la medida en la que ello fuere posible.

También aquí se deduce de la regulación el criterio de la necesidad como guía de la limitación del derecho fundamental. El juez no puede leer la correspondencia intervenida en alta voz, sino sólo para sí, y en presencia del interesado, de manera que la correspondencia sin relevancia para el asunto se devuelva a su titular manteniendo el secreto en la mayor medida posible (sólo el juez puede conocerlo), y aquella que resulte trascendente para el caso se retenga (arts. 584, 586 y 587 LECr.). Las normas de la LECr. son también aquí, como las referidas al registro domiciliario, de gran precisión y respeto hacia el derecho fundamental.

Es aplicable a las detenciones y a los registros de correspondencia la Orden de 13 de Marzo de 1895 ya vista, por lo que se refiere a las formalidades y garantías que deben rodear el dictado del auto "de detención de la correspondencia y otros análogos", así como las matizaciones introducidas por el TC.

De la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH en los aspectos del derecho al respeto de la correspondencia se extraen importantes consideraciones que sirven para complementar la regulación de la LECr. El TEDH manifiesta que de la exigencia de previsibilidad de la ley se deriva que el Derecho interno debe ofrecer una cierta protección contra lesiones arbitrarias del poder público al derecho al respeto de las comunicaciones, pues el peligro de arbitrariedad aparece con una nitidez singular allí donde un poder del Ejecutivo se ejerce en secreto. El nivel de precisión que se exige a la ley, depende del campo considerado. Puesto que la aplicación de medidas de vigilancia secreta de las comunicaciones escapa tanto al control de los interesados como del público, la ley vulneraría la preeminencia del derecho (garantizada en el art. 8 CEDH) si

el poder de apreciación (de la oportunidad de actuar de este campo) acordado al Ejecutivo -y aun al juez, diríamos- no conociese límites. En consecuencia, la ley debe definir la extensión y las modalidades de ejercicio de tal poder con una nitidez suficiente para proporcionar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad (606).

Según el TEDH, las escuchas y otras formas de interceptación de las conversaciones telefónicas representan una lesión grave al respecto de la vida privada y de la correspondencia. Por tanto, deben fundarse en una ley de una precisión particular. La exigencia de reglas claras y detalladas en la materia aparece indispensable en la medida en que los procedimientos técnicos utilizables no dejan de perfeccionarse (607). Por ello, el TEDH ha referido algunas de las garantías de tipo institucional sin las cuales se viola el derecho a la vida privada y al respeto de la correspondencia. Son:

1º. Necesidad de un juez de instrucción o magistrado independiente;

2º. Control de éste sobre los oficiales de la policía judicial, y a su vez necesidad de que el juez pueda ser controlado por el Tribunal que entienda del caso en el plenario o, en su caso, por el Tribunal de casación;

3º. Exclusión de artificios o estratagemas tendentes a "provocar" la autoinculpación;

4º. Respeto a la confidencialidad de las relaciones entre abogado y sospechoso;

5º. Precisión de las categorías de personas susceptibles de ser puestas bajo escucha judicial;

6º. Definición de la naturaleza de las infracciones a quo den lugar los abusos en el ejercicio de esta potestad;

7º. Fijación de un límite en la duración de la ejecución de la medida;

8º. Determinación de las condiciones de establecimiento de los procedimientos verbales de síntesis consignando las conversaciones interceptadas (¿quién transcribe las cintas?);

9º. Establecimiento de las precauciones que se deben tomar para comunicar intactas y completas las grabaciones realizadas a los fines de su eventual control por el juez;

10º. Concreción de las circunstancias en que puede o debe obrarse el borrado o la destrucción de las cintas, en particular después de que no haya lugar a ellas o de la puesta en libertad definitiva del preso o detenido (608).

Es ocioso aclarar que muchas de estas exigencias institucionales se incumplen en Derecho Español violando así el art. 18.3 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 CEDH.

d) Reconocimiento médico-forense.

El art. 231 LECr. indica que "si el juez advirtiese en el procesado indicios de enajenación mental, lo someterá inmediatamente a la observación de los médicos forenses en el establecimiento en que estuviese preso, o en otro público si fuere más a propósito o estuviese en libertad. Se ha llegado a plantear ante el T.C. la posibilidad de que este reconocimiento médico-forense atontase al derecho al honor y a la propia imagen, El T.C. ha declarado que este reconocimiento está previsto para hacer posible la fundada apreciación de circunstancias de tan indudable trascendencia como la eximente y la atenuante que regulan los actos 8.1 y 9.1 del Código Penal, por lo que constituye una de las garantías a las que se refiere el art. 24.2 de la Constitución cuando alude al reconocimiento del derecho a un proceso público con todas las

garantías, razón por la cual este reconocimiento no supone violación alguna del derecho del honor y a la propia imagen (609).

En su actuación los médicos forenses deben actuar con respeto a la intimidad corporal del individuo, si bien este derecho no es ilimitado, según el T.C., y puede llegar a ceder en ciertos casos ante exigencias públicas. El art. 18.1 CE no ampara frente a la resolución judicial que, en el caso de una investigación penal, disponga la obtención o identificación, sobre el propio cuerpo, de huellas del posible delito que se investigue, sin perjuicio del necesario respeto a la dignidad de la persona y a su intimidad frente a todo trato que pudiera considerarse degradante. Por eso, ni la intimidad puede, en tales supuestos, ser un obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no pueda ser obtenida de otro modo, ni cabe desconocer que corresponde al juez instructor el encargo de exámenes periciales que puedan versar sobre la descripción de la persona que sea objeto de tal examen en el estado o del modo en que se halle (atrs. 399 y 478.1ª LECr.) (610).

II.b. Fase de juicio oral.

1) Publicidad del proceso (611).

La publicidad del proceso es algo que está estrechamente ligado con el desarrollo de la escritura. Observa Montesquieu que en lo que llamamos Alta Edad Media la costumbre de los duelos para dirimir las controversias introdujo una forma de procedimiento público, de suerte que, antiguamente, en Francia los procesos criminales eran públicos y, según él, se hacían de una forma apenas diferente de los juicios de los romanos, lo que está en conexión con la ignorancia de la escritura propia de aquellos tiempos. Sin embargo, a juicio de Montesquieu, el uso de la escritura ayudó a fijar las ideas y pudo ser causa de que se estableciera el secreto en los procedimientos, pues cuando no existía tal uso, sólo la publicidad del procedimiento podría fijar dichas ideas merced a la grabación de lo acontecido en la memoria de las numerosas personas

asistentes. Pero más adelante, se introdujo una forma secreta de proceder de suerte que todo lo que era público se hizo oculto: interrogatorios, atestados, comprobación, confrontación y conclusiones de la parte pública. Tal era el uso en los tiempos de Montesquieu. Así resultó que los procedimientos se hicieron secretos cuando dejaron de existir las prendas de batalla o, lo que es lo mismo, cuando la determinación de quien decía verdad o falsedad se determinaba por un duelo resultando que el vencedor del duelo era quien decía verdad y quien perdía el duelo era quien decía mentira. En efecto, Beaumanoir, a quien sigue Montesquieu, dice que se oían públicamente los testigos sólo en los casos en que se podían dar prendas de batalla, es decir, citarse para un desafío o duelo, mientras que a los demás testigos se les oía en secreto y se redactaban sus declaraciones por escrito (612).

El art. 680 LECr. establece que "los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad". Es, pues, una aplicación del derecho fundamental reconocido en el art. 24.2 C.E. "a un proceso público" y de lo previsto en el art. 120 CE que dice que "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento".

No obstante, el mismo art. 680 LECr. también añade que el Presidente del Tribunal podrá "mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a las personas ofendidas por el delito o a su familia".

La misma tesis es defendida por el art. 7 del decreto de 21 de Noviembre de 1952 que, a propósito del juicio de faltas, manifiesta que "el juez puede mandar que las sesiones se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de moralidad, orden público o el respeto debido a la persona ofendida por la falta o a su familia".

No es difícil advertir en la expresión "el respeto debido a la persona ofendida o a su familia" el sello del derecho a la intimidad, que

limitaría, por tanto el derecho fundamental a un proceso público. Así, al menos lo ha visto el T.C. en numerosas resoluciones que han estudiado este tema. El Tribunal dice que no puede entenderse en términos absolutos el derecho a un proceso público como resulta de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, de conformidad con los cuales hay que interpretar los derechos fundamentales y libertades públicas consagradas en la Constitución, según su art. 10.2. Así se desprende del art. 6.1 del Convenio de Roma que reconoce el derecho a un proceso público, pero advierte que el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad del proceso cuando la protección de la vida privada de las partes así lo exija. Igualmente sucede en el art. 14.1 PIDCP que indica que la prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios cuando así lo exija el interés de la vida privada de las partes. En el mismo sentido, el art. 11.1 DUDH declara que el derecho a un proceso público tiene su límite en lo previsto en el art. 29.2 DUDH que preceptúa que en el ejercicio de sus derechos toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bien general de una sociedad democrática. Todo esto, según el T.C. "concuerta en sustancia con lo previsto en el art. 680 LECr." (613).

El hecho de que la publicidad de los procesos pueda limitarse en aras del respeto al derecho a la intimidad es algo congruente con la naturaleza de la publicidad procesal que, para el T.C. es una garantía institucional inscrita en el art. 120.1 de la Constitución y que "está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales" y que son, concretamente, "el derecho a un proceso público" y el "derecho a recibir libremente información veraz" (614). Pues bien, si la publicidad del

proceso está ligada al art. 20.1d), resulta que todo lo dicho sobre los límites del art. 20.1.d) es de aplicación para considerar los límites de la publicidad procesal, lo cual no hace sino confirmar la importancia del derecho a la intimidad y su especialísima posición en el ordenamiento. Si la consideración de los límites del art. 20.1.d) por el derecho a la intimidad, permite comprender aún mejor los límites que el derecho a la intimidad impone sobre el art. 24.2 y 120.1, del mismo modo puede decirse que la consideración de los límites de la publicidad procesal que se derivan del derecho a la intimidad en virtud del art. 120.1 C.E. y del art. 14.1 del Pacto de Nueva York abona la tesis aquí defendida sobre los límites que impone la intimidad al art. 20.1.d).

Finalmente, el T.C. ha dejado claro que la publicidad se predica sólo del juicio oral y la sentencia, pero no del sumario, (615).

2) Medios de prueba pertinentes.

La Constitución reconoce en su art. 24.2 el derecho fundamental "a utilizar todos los medios de prueba pertinentes para su defensa" a los ciudadanos. Sobre este derecho fundamental del ámbito del proceso también ha incidido el derecho a la intimidad.

En efecto, la jurisprudencia constitucional ha planteado el problema -de amplio tratamiento en el Derecho Comparado- de la admisión de la prueba ilícitamente obtenida. Las posturas posibles son varias. El Derecho del Common Law hace prevalecer el interés público en la obtención de la verdad procesal sobre la posible causa ilícita en la prueba. Situación distinta es la del Derecho norteamericano que con la doctrina de la "evidence wrongfully obtained" rechaza la prueba ilegalmente obtenida, pero sólo en el caso en que esa actuación irregular sea obra de un funcionario público. En cuanto al Derecho francés, parte de la jurisprudencia (como la Sentencia del Tribunal de Casación de 18 de Marzo de 1955) se inclina a considerar como "nula" toda prueba obtenida, sea por un funcionario o por un particular, mediante el registro

ilegal de conversaciones telefónicas. Finalmente, el Derecho italiano, desde la Sentencia nº 34 de 1973 de su Tribunal Constitucional (que motivó la Ley nº 98/1974 que reformó el art. 266 del Código de Procedimiento Penal) consideró inadmisibles las pruebas "inconstitucionales" (616).

La posición que establece el T.C. español es similar a la adoptada por el italiano manifestando que aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales, en el ordenamiento y de su afirmada condición de "inviolables" (art. 10.1 CE) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Así pues, para el T.C., esta garantía deriva de la nulidad radical de todo acto -público o en su caso, privado- violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la Sección 1ª del capítulo 2º del Título I de la Constitución (617). A juicio del T.C., la recepción procesal de estas pruebas supone una ignorancia de las garantías propias del proceso (art. 24.2) y una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales (618).

Esta doctrina fue acogida por el art. 11.1 LOPD que señala que on todo tipo de procedimientos se respetarán las reglas de la buena fe, sin que surtan efecto "las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales".

Esto significa que las pruebas que se obtengan violando el derecho a la intimidad son inadmisibles, y su admisión por el juez puede dar lugar a un recurso de amparo. Esta nítida doctrina, sin embargo, se ha visto oscurecida por alguna resolución posterior en el marco del proceso penal. Así, ya hubo ocasión de constatar como el T.C. no estima

como prueba ilícitamente obtenida la que es fruto de un registro domiciliario en el que no interviene el Secretario judicial ni ningún oficial por delegación suya, considerando que esas circunstancias convierten la prueba en irregular, pero no ilícita (619).

3) Sentencia.

Finalmente, el art. 120.3 de la Constitución, declara que "las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública". Este precepto está estrechamente vinculado al derecho a un proceso público y a la garantía de la publicidad del proceso (arts. 24.2 y 120.1). El T.C., citando la doctrina del TEDH (en sus sentencias sobre los casos Pretto y otros y Axen de 8 de Diciembre de 1983, y Sutter de 22 de Febrero de 1984) en aplicación del art. 6 CEDH, afirma que el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, "sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia" (620).

También en este momento del proceso el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen puede modular la publicidad de la Sentencia. A esta exigencia, y no a otra, responde el art. 906 LECr. que dice que si las sentencias de los recursos de casación "recayeren en causas seguidas por cualquiera de los delitos contra la honestidad o contra el honor o concurren en circunstancias especiales a juicio de la Sala, se publicarán suprimiendo los nombres propios de las personas, los de los lugares y de las circunstancias que puedan dar a conocer a los acusadores y a los acusados y a los Tribunales que hayan fallado el proceso". Y agrega en su párrafo 2º que "si estimare la Sala que la publicación de la Sentencia ofende a la decencia o a la seguridad pública, podrá ordenar en la propia sentencia que no se publique total o parcialmente". Es evidente que estas últimas nociones, principalmente la de "decencia" deben interpretarse con arreglo a la realidad social de hoy,

y puede considerarse que parte de lo que se quiere decir con la palabra "decencia" puede interpretarse como referente a la intimidad.

b') Amparo judicial penal.

Conforme establecen el R.D. 342/1979 de 20 de Febrero y la d. t. 2ª de la LOTC, son de aplicación a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, las prescripciones de la ley 62/1978, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. No en vano, la d.t.2ª de la LOTC extiende a todos los derechos de la Sección 2ª, del capítulo I, del título I CE, el ámbito de la mencionada ley. La ley 62/78 establece, de forma concordante con lo establecido en el art. 53.2 CE, un procedimiento penal ante los tribunales ordinarios, basado en los principios de preferencia y sumariedad (arts. 2 a 5 de la ley).

El enjuiciamiento de los delitos y faltas contra los derechos fundamentales de la persona; -y, por lo que aquí interesa, contra el derecho fundamental a la intimidad-, será realizado por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria, según su propia competencia (art. 2.1). Para el enjuiciamiento de estos delitos y faltas se observarán las normas de procedimiento correspondientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art.2.2). Dichas normas, con las garantías que se establecen para el derecho a la intimidad en el propio procedimiento, se han examinado anteriormente. La ley, simplemente, establece ciertas modificaciones en el procedimiento que se dirigen a acelerar el mismo (arts. 2.3, 3 y 4). Por lo demás, expresamente se señala que la tramitación de estas causas tendrá carácter urgente y preferente, estipulándose unos plazos máximos de duración de las causas, realmente cortos (art.5).

El problema que se planteará es el de decidir si ciertos delitos o faltas del C.P. protegen el derecho a la intimidad, habida cuenta de su deficiente sistematica en este punto. Este sería el caso, p. ej. de los

delitos sobre secretos documentales, no documentales o profesionales, si bien, en los supuestos de delitos contra los derechos del art. 18.2 y 3 CE la cuestión está mucho más clara.

B) Garantías jurisdiccionales civiles.

a') Procedimiento ordinario.

I. Período probatorio.

I.a. Registros domiciliarios. Su admisibilidad constitucional.

El Derecho Procesal Civil español no contiene normas que permitan la realización de registros domiciliarios en el ámbito civil. No es esa la situación en otros ordenamientos. En este sentido, en el Derecho británico existen las llamadas "órdenes Anton Piller" para efectuar registros domiciliarios en asuntos de naturaleza civil. El nombre proviene de un caso en el que se aprobó la emisión de una orden de este tipo (621). Uno de los propósitos básicos de esta medida es la de preservar, con vistas al proceso civil, los elementos de prueba en posesión del demandado actual o virtual. Así, el demandante actual o virtual, se dirige al Tribunal para pedirle que dicte una orden Anton Piller de registro domiciliario, acompañando un principio de prueba bajo la forma de declaraciones (o propuestas de declaración) juradas (o que se jurarán). Este principio de prueba, generalmente lo proporciona un detective privado. El demandante debe enunciar, antes de que se dicte la orden, cuales son sus peticiones en el proceso y sobre qué hechos se basan. No debe usar una orden Anton Piller como medio de averiguar las reclamaciones que pudiera hacer contra el demandado. Al solicitar la orden, el demandante debe revelar todas las circunstancias pertinentes so pena de que no se otorgue aún cuando existan hechos que la puedan justificar.

Antes de dictarse la orden, el Tribunal debe asegurarse de tres circunstancias: primero, que el demandante demuestre tener una gran

posibilidad de que su demanda prosperará; segundo, que el daño actual o potencial que le causa el demandado es muy importante para él; y, tercero, que exista una clara evidencia de que el demandado posee documentos u objetos comprometedores para él y existe un riesgo de que los destruya.

Si se cumplen estas exigencias, el Tribunal accederá a la petición de dictar la orden, que se redactará en los términos que decida el órgano judicial, conteniendo unos compromisos que debe asumir el demandante. Estos tienen por objeto proteger la posición del demandado, que está ausente en este trámite. Esos compromisos varían según los casos, pero generalmente se contienen los siguientes:

1. Compromiso del demandante de indemnizar al demandado por los daños causados como resultado de la realización de la orden;

2. Compromiso del demandante de que la orden y otros documentos importantes, como la declaración de la existencia de pruebas que la apoyan, la providencia de iniciación del proceso y la que comunica la próxima audiencia al demandado, le serán notificados a éste por los abogados del actor.

3. Compromiso de los abogados por la parte actora de ofrecerse a explicar al demandado de forma clara y comprensible el significado y efecto de la orden y de sus derechos de consultar con su abogado ante el cumplimiento de la orden, cuando la consulta se evacúe de forma inmediata.

4. Compromiso de los abogados del demandante de conservar todo objeto cogido por ellos mismos o entregado a ellos en virtud de la aplicación de la orden.

5. Compromiso de los abogados del actor de utilizar la información o documentos obtenidos mediante la orden únicamente en conexión con el procedimiento civil en el seno del que se dicta esa orden.

Los abogados del actor, se consideran, para los efectos de la orden, como oficiales dependientes del Tribunal Supremo, sujetos a su jurisdicción en materia disciplinaria, pudiendo ser sancionado el incumplimiento de los compromisos asumidos, incluso con pena de prisión, multa, obligación de indemnizar, o inhabilitación profesional.

La orden compele generalmente al demandado a no comerciar con los materiales objetos de la orden, revelar a quien presenta la orden el emplazamiento de esos objetos; realizar en un tiempo predeterminado, una declaración jurada sobre aquellos extremos que inclique la orden; y dejar al demandante acceder a los locales específicos que se determinen para buscar y retirar objetos concretos.

La orden puede ser impugnada por el demandado mediante un recurso que se sustancia en 24 horas o menos. La orden tiene validez limitada a un breve período de tiempo, transcurrido el cual debe pedirse su mantenimiento en el curso de una audiencia contradictoria (622). Este tipo de órdenes ha sido declarado compatible con el art. 8 CEDH por el TEDH (623).

La cuestión que se plantea es si un auto judicial de registro domiciliario en una causa civil es compatible con el art. 18.2 CE. De la jurisprudencia del T.C. pueden deducirse elementos para afirmar esa compatibilidad. En este sentido, el Alto Tribunal ha afirmado que no comparte la tesis según la cual "sólo el Juez que conoco de una causa criminal puede expedir un mandamiento de entrada y registro" y que el art. 117.3 y 4 CE "impide al Poder Judicial ejecutar otras funciones que no sean las de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". En efecto, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar la autorización de entrada y registro en un domicilio, del mismo modo a como ocurre en el art. 18.3 CE respecto a las comunicaciones. Aquí no ojercon en puridad la potestad de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". Pero, además, el juez a quien se confiere la protección del derecho

fundamental de la inviolabilidad de domicilio "no es necesariamente el juez penal encargado de la instrucción sumarial", el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en un domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que lleve a cabo. Por ello, "nada permite inforir que ningún orden jurisdiccional fuera del juez penal puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona" (624).

Por lo demás, la jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de dictar auto judicial para la entrada en el domicilio sin previo aviso del titular del mismo. Por ello el auto judicial no es un mecanismo subsidiario del registro frente a la negativa del titular domiciliario, sino un mecanismo alternativo. En efecto, atendiendo a las circunstancias de cada caso que el juez debe ponderar, puede autorizarse la entrada en el domicilio sin previo aviso de su titular (625). Esto se explica porque, a juicio del T.C., la garantía judicial ex. art. 18.2 CE aparece como un mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no, como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución, a reparar su violación cuando se produzca. La resolución judicial debe decidir si debe prevalecer el derecho al art. 18.2 CE u otros valores o intereses constitucionalmente protegidos. Esa ponderación previa de intereses se realiza antes de proceder a cualquier entrada o registro, y como condición ineludible para realizar éste en ausencia del consentimiento del titular (626).

Todo lo anterior permite avalar la hipótesis formulada sobre la licitud constitucional de los autos de entrada y registro domiciliario en el marco de procedimientos civiles y no penales. De la doctrina del Common Law sobre las órdenes Anton Piller, pueden extraerse numerosas indicaciones, acerca de las garantías de tipo institucional que deben presidir estas resoluciones y quizá, salvo algún extremo, -como la realización de la entrada y registro sin presencia judicial, aun

considerando a los abogados del actor como comisionados del juez- la doctrina citada puede tener cabal recepción en nuestro Derecho procesal civil.

I.b. Registro de correspondencia y papeles personales.

En el ámbito del proceso civil también es posible encontrar numerosos preceptos que afectan al derecho a la intimidad.

En primer lugar, en las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el juicio de abintestato, se encuentra el art. 966.2º LEC que indica que cuando la persona hubiese fallecido sin testar y sin parientes hasta el 4º grado, el Juez procederá a ocupar los libros, papeles y correspondencia en presencia del administrador nombrado y del actuario y adoptará las medidas que el resultado exija para la seguridad de los bienes. No obstante, a la luz de lo previsto en la L.O. 1/1982 y por el criterio de necesidad que debe presidir todas las actuaciones, parece que debe entenderse que sólo el juez puede leer la correspondencia privada, no pudiendo leerla el administrador ni el actuario si no fuesen cónyuge, descendientes, ascendientes o hermano del fallecido. La L.O. 1/1982 establece en su Exposición de motivos que "aunque la muerte del sujeto extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho" y por ello se atribuye la protección en el caso de que la lesión se hubiera producido después del fallecimiento de una persona a quien ésta hubiese designado en su testamento y en defecto de esto a los parientes supervivientes y en último término al Ministerio Fiscal. Así se recoge en los arts. 4 y 5 de la L.O. No debe olvidarse que tienen la consideración de intromisión ilegítima la utilización de cualquier medio para el conocimiento de cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios" (art. 7.2) y la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (art. 7.3).

in fine). Todo ello mueve a pensar que sólo el juez puede conocer, aparte de los parientes, esos documentos.

En este supuesto, por lo demás, están implicados quizás más que el propio derecho al secreto de la correspondencia, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y el derecho a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE). Estos, junto con el secreto de la correspondencia aparecen aquí anudados.

En segundo lugar, la regulación del concurso de acreedores en la LEC también contiene normas que afectan a este extremo. El art. 1174 prescribe que "la ocupación y embargo de los bienes, libros y papeles del deudor se llevará a efecto con citación del mismo, si no se hubiese ausentado, en la forma más adecuada y menos dispendiosa siguiendo las reglas establecidas para la intervención del caudal en los abintestatos. En concreto, se establece que "para la retención de la correspondencia se oficiará al Administrador de Correos, previniéndole que la ponga a disposición del Juzgado" (art. 1176 LEC). Practicado lo anterior, en el día y hora que al efecto se señale el deudor abrirá la correspondencia en presencia del Juez y del actuario, reteniéndose en poder de éste la que pueda interesar al concurso, entregando al deudor la restante. Si el deudor no compareciese al acto o se hubiese ausentado sin dejar apoderado, el Juez abrirá la correspondencia, en presencia del actuario, acreditándolo en autos (art. 1177 LEC). Lo dicho previamente sobre el actuario para los abintestatos es predicable para el concurso. La lectura de la correspondencia sólo la puede hacer el Juez en presencia del deudor. El actuario sólo retendrá la correspondencia que indique el Juez que es necesaria a los efectos del concurso de acreedores.

En tercer lugar, los proceptos de la LEC que tratan de la quiebra presentan una situación algo más delicada. El art. 1338 LEC reitera lo dicho en el art.1176 LEC al señalar que para la retención de la correspondencia se dirigirá oficio, al Administrador de Correos,

previniéndole que la ponga a disposición del Juzgado. Ocurre que, sin embargo, el art. 1339 LEC, a diferencia del art. 1177 LEC que reclamaba presencia judicial, indica que el quebrado o su apoderado a quien se encargue de sus negocios será citado en el lugar y a la hora que el Comisario designe para la apertura de la correspondencia y no concurriendo a la hora de la citación, el Comisario y el depositario verificarán la apertura de la correspondencia. El problema radica en que tal y como establece el art. 1333 LEC, el Comisario y el depositario son personas distintas del juez. Incluso el art. 1045.1º del Código de Comercio de 1829 establece que corresponde al Comisario de la quiebra autorizar todos los actos de ocupación de bienes y papeles relativos al giro y tráfico del quebrado. Parece claro que nos encontramos ante una situación en la que personas distintas del juez realizan funciones que sólo el juez puede realizar pues está en juego el derecho a la intimidad, la inviolabilidad de domicilio en el que se encuentre la correspondencia y el secreto de la misma (arts. 18.1, 2 y 3 CE). No cabe duda que la interpretación de estos preceptos debe amoldarse a la Constitución y a la interpretación que de la misma hace el T.C.

I.c. Medios de prueba pertinentes.

El derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de los propios intereses hay que entenderlo aplicable también al ámbito de lo civil. Debe, por tanto, reproducirse en ese momento lo dicho anteriormente acerca del influjo del derecho a la intimidad de la utilización de los medios de prueba pertinentes en el proceso penal.

El art. 572 LEC determina que para el reconocimiento de libros y papeles de los litigantes no se citará previamente a la parte a quien pertenezcan pero el registro de papeles se verificará siempre a presencia del interesado o de un individuo de su familia y en su defecto, de dos testigos vecinos del mismo pueblo. Esto debe matizarse si dichos

papeles se encuentran en el domicilio del litigante. En efecto, el art. 18.2 de la Constitución, tal y como fue interpretado por el T.C. en su importante Sentencia 22/1984, supone que de la facultad que el titular del derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que "la resolución judicial o administrativa que ordena una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí sola no conlleva el mandato y la autorización de ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular, debe obtenerse una nueva resolución que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas" (627).

Ahora bien, tal doctrina ha sido formal y conscientemente abandonada de forma parcial por el T.C. recientemente. Como ya se vió, para el Alto Tribunal, cuando nos hallamos ante la ejecución de una sentencia, y no de un acto administrativo, y dicha sentencia constituye un título ejecutivo que cumple los requisitos de constancia formal inequívoca, certeza del contenido, y certeza de los destinatarios, cuyo contenido incluye la entrada en el domicilio, la introducción de una segunda resolución por un juez distinto no tiene sentido. Todo ello a salvo, claro, de que la sentencia requiera la individualización del sujeto que ha de soportar la entrada en su domicilio (628). Otra cuestión es si en el caso previsto en el art. 572 LEC nos encontramos con una resolución que cumple las exigencias de motivación ex. art. 18.2 CE. Si no fuera así, es claro que no sería título suficiente para permitir la entrada en el domicilio y el registro de los papeles privados. Para ser válida constitucionalmente, la medida debe estar adecuadamente motivada.

Un supuesto próximo al anterior lo presenta el art. 603 LEC cuando establece que "sólo se requerirá a los que no litiguen la exhibición de documentos privados de su propiedad exclusiva cuando, pedido por una de las partes, el Juez entienda que su conocimiento resulta trascendente a los fines de dictar sentencia". En tales casos, "el Juez

resolverá lo procedente" debiéndose advertir que "dicha resolución no es susceptible de recurso alguno" si bien la parte a quien interesa podrá reproducir su petición en la segunda instancia si en la primera resultara denegado. Aquí puede entrar en juego el derecho a la intimidad, garantizado por el art. 18.1 de la Constitución. Y, en cualquier caso, la resolución judicial, en la medida en que afecte al derecho fundamental a la intimidad, está sujeta a las oportunas garantías jurisdiccionales.

Finalmente, debe recogerse lo prescrito en el art. 570 LEC acerca de que "toda diligencia de prueba, incluso la de los testigos, se practicará en audiencia pública" si bien el art. 572 LEC dispone que los Jueces podrán ordenar "que se practiquen a puerta cerrada aquellas diligencias de prueba que puedan producir escándalo u ofensa a la moral, permitiendo siempre la concurrencia de las partes y de sus defensores". Es ocioso aclarar que los conceptos "escándalo" u "ofensa a la moral" deben interpretarse con arreglo a la realidad social de hoy y que dentro de su ámbito no es difícil incardinar los supuestos de lesión a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Vale lo dicho mutatis mutandi sobre la publicidad del proceso a la que se ha aludido al tratar de las garantías jurisdiccionales penales. Esta audiencia pública es para la práctica de prueba, corresponde al período probatorio del proceso civil y no al período expositivo. En el supuesto de los procedimientos por separación, nulidad y divorcio, según determina la disposición adicional 8ª de la Ley 30/1981, las actuaciones no tendrán carácter público.

II. Período expositivo. Vista de los procesos.

La publicidad de las actuaciones judiciales garantizada por el art. 120.1 de la Constitución "con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento" es aplicable tanto a los procedimientos penales como a los civiles, como no podía ser menos, pudiéndose predicar de los

segundos lo dicho respecto a los primeros salvadas las peculiaridades que caracterizan al proceso penal.

El art. 313 LEC, en expresión de lo previsto en los arts. 24.2 y 120.1 de la Constitución, estipula que "las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales, se practicarán en audiencia pública". Pero no obstante lo ordenado en el art. anterior, "los Jueces y Tribunales podrán disponer de oficio o a instancia de parte, que se haga a puerta cerrada el despacho y vista de aquellos negocios en que lo exijan la moral o el decoro" según reza el art. 314 LEC. Parece que las palabras "moral" y "decoro" en su interpretación actual pueden comprender la protección del derecho fundamental del art. 18.1 de la Constitución como ya se advirtió.

En el caso de los procesos matrimoniales, la disposición adicional 8ª ya citada de la Ley 30/1981 dispone que "las diligencias, audiencias y demás actuaciones judiciales en los procesos de nulidad, separación o divorcio no tendrán carácter público". La protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen alcanza su grado máximo en los procesos matrimoniales al vedarse ~~ex~~ lego la publicidad de estos procesos donde se ventilan cuestiones que tan de cerca afectan a ese derecho.

b') Amparo judicial civil.

El art. 53.2 CE, también ha sido fundamento para la creación por la ley 62/1978 del proceso de amparo ordinario civil (arts. 11 a 16), que como ya se vio, protege los derechos del art. 18 CE, entre otros. El amparo judicial civil se prevé para las reclamaciones por vulneración o desconocimiento de los derechos fundamentales de la persona o para impugnar pretensiones relativas a los mismos, no comprendidas en el amparo judicial penal (art. 11.1).

La normativa sobre el amparo ordinario civil es de aplicación cuando las leyes reguladoras de los derechos fundamentales establezcan

alguna reclamación de orden civil (art. 11.2). Tal ha sido el caso de la L.O. 1/1982 sobre los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen. Esta L.O. dispone en su d.t. 2ª que la tutela judicial de estos derechos se podrá recabar mediante el amparo ordinario civil (arts. 11 a 15 de la ley 62/1978) o contencioso-administrativo (arts. 6 a 14 de la misma ley), si bien con las peculiaridades que establece la L.O. sobre legitimación (arts. 4 a 6 de la L.O.). En efecto, esta última, establece una muy amplia legitimación para el ejercicio de las acciones en defensa de los derechos que protege. A las indicaciones de la L.O. sobre esta cuestión se añaden las previsiones de la ley 62/78 sobre esa misma cuestión. Estas son, de un lado, la legitimación para actuar como demandante del Ministerio Fiscal, que siempre será parte en estos procesos y de las personas naturales o jurídicas titulares de un derecho subjetivo que les faculte para obtener la declaración jurídica pretendida (arts. 12.1 y 3). De otro lado, se admite la figura del coadyuvante para quienes tengan "interés directo".

Por lo demás, las normas sobre el amparo ordinario civil incluyen determinadas disposiciones que aceleran el proceso. Esto, por supuesto, se complementa con las normas procesales civiles de protección de la intimidad ya vistas, cuando sean de aplicación (p. ej. restricción de la publicidad del proceso si ésta puede afectar a la intimidad, etc).

C. Garantías jurisdiccionales contencioso-administrativas.

El derecho a la intimidad como tal (art. 18.1 CE), o en alguna de sus manifestaciones (art. 18.2, 3 y 4 CE) puede ser lesionado por alguna actuación de los poderes públicos. En este caso, como en los anteriores, podrá intentarse la reparación bien a través del procedimiento contencioso administrativo ordinario (previsto en la ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa), o bien a través del amparo ordinario contencioso-administrativo contemplado en la Ley 62/1978 (arts. 6 a 10), que se corresponde con la previsión del art. 53.2 CE.

La normativa sobre amparo contencioso-administrativo, introduce determinadas especialidades a las reglas generales de la LJCA (que, en todo caso, es supletoria), a fin de conseguir un proceso que responda a las exigencias de preferencia y sumariedad (art. 53.2 CE). Esto explica que en estos supuestos de defensa de derechos fundamentales se pueda acudir directamente a los tribunales sin necesidad de ningún recurso administrativo previo (art. 7.1). Una particularidad muy importante es que en cualquier momento del procedimiento puede instarse del Tribunal la suspensión de la efectividad del acto administrativo impugnado (art. 7.2), salvo que exista perjuicio grave para el interés general (art. 7.4). En materia de derechos fundamentales se quiebra la doctrina que presume que la suspensión del acto administrativo causa un perjuicio al interés general. Ahora el perjuicio debe justificarse.

La d.l. 2ª de la L.O. 1/1982, prevé que las disposiciones de la misma sobre legitimación de las partes (arts. 4 a 6 de la L.O.) son también aplicables al amparo judicial contencioso-administrativo de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

Las garantías jurisdiccionales contencioso-administrativas (tanto el procedimiento ordinario como el amparo judicial), con ser importantes han perdido parte de la relevancia que en principio se les atribuyó. La LOTC estableció que era la vía contencioso-administrativa ordinaria o la configurada por la Ley 62/1978 la única "vía judicial previa" a la interposición del recurso de amparo constitucional (d.l. 2ª. 2). Ello parecía cohererarse con la redacción del art. 53.1 CE que indica que los derechos fundamentales "vinculan a todos los poderes públicos" y con el art. 161.1.b) CE que dejaba un campo de libre configuración legal del amparo al establecer que el TC entendería de este recurso "en los casos y formas que la ley establezca", pudiéndose entender que la LOTC estableció tal recurso sólo en los casos en los que se hubiera seguido la vía contencioso-administrativa. El TC, sin embargo, ha admitido el

recurso de amparo en todos los casos de agotamiento de la vía judicial previa, haciendo una interpretación del art. 44.1.a LOTC desconectada de la d.t. 2ª.2 LOTC. No obstante, habida cuenta de la potencial amenaza que para el derecho a la intimidad representan los poderes públicos, la garantía jurisdiccional contencioso-administrativa sigue siendo muy importante.

D. Garantías jurisdiccionales constitucionales.

En primer lugar, debe mencionarse el recurso de inconstitucionalidad, cuyo objeto es controlar la constitucionalidad de las leyes que puedan violar, limitar o afectar el contenido y alcance constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 161.1.a CE). Se ha planteado la hipótesis de que el art. 53.1 CE, al referirse a la garantía del recurso de inconstitucionalidad de las leyes que regulan el ejercicio de los derechos fundamentales, sea un enunciado vacío o superfluo en la medida en que toda ley o disposición con fuerza de ley -y no sólo las que regulan el ejercicio de tales derechos- se halla sujeta al control de constitucionalidad en virtud del art. 161.1.a CE. Pérez Luño, sin embargo, considera que la razón de ser de la remisión, aparentemente superflua, del art. 53.1 al art. 161.1.a CE, es la asunción por parte de la CE de la inquietud del constitucionalismo comparado actual por asegurar la integridad del estatuto de los derechos libertades no sólo frente a posibles abusos del Ejecutivo, sino también frente a su eventual menoscabo por el Legislativo (629).

El recurso de inconstitucionalidad está configurado con una legitimación restringida, lo que, como es claro, beneficia a la mayoría parlamentaria que dicta la ley. Esa legitimación puede ser de dos tipos: general o específica. Con carácter general, están legitimados para interponer ese recurso el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados o cincuenta senadores (arts. 162.1.a CE y art. 32.1 LOTC). Con carácter específico, están legitimados los órganos

colegiados ejecutivos y las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto (arts. 162.1.a CE y art. 32.2 LOTC). Este último supuesto ha sido interpretado de diversa manera por el TC. En principio, fue interpretado de forma restrictiva al considerar que estos órganos autonómicos sólo tienen legitimación para recurrir una ley estatal cuando ésta afecte a su ámbito competencial estatutariamente reconocido (630). Y dado que los derechos fundamentales, "atañen al conjunto estatal", "no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado", "fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles", "son elemento unificador", y son "patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente" y "actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna", tal y como afirma el TC (631), podría concluirse que no sería posible que un órgano autonómico tuviera legitimación para recurrir una ley que afectara al derecho a la intimidad, habida cuenta que ni los derechos fundamentales en general ni ese en concreto son competencia de ninguna Comunidad Autónoma.

El Tribunal Constitucional ha flexibilizado el criterio de determinación de la legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad. En este sentido ha manifestado que tal legitimación no está objetivamente limitada a la defensa de sus competencias propias, si esta expresión se entiende en su sentido habitual, esto es, como acción dirigida a reivindicar para sí la titularidad de una competencia ejercida por otro (632). Por ello, la expresión "propio ámbito de autonomía" (art. 32.2 LOTC) no se identifica con el conjunto de competencias estatutarias, y, por tanto, tampoco el recurso de inconstitucionalidad por las CC.AA. puede equipararse al conflicto de competencias. La expresión legal referida remite más ampliamente a la posición institucional en el ordenamiento de las CC.AA., esto es, de un lado, al conjunto de sus competencias, facultades o mandatos impuestos por los estatutos, pero, de otro, también a las garantías, constitucionales

y estatutarias que dan forma y preservan dicha autonomía. Por ello, el ámbito de una C.A. puede verse afectado, no sólo cuando las competencias autonómicas se digan menoscabadas, directa o indirectamente, por el Estado, sino también -con los mismos efectos positivos sobre la legitimación- en los casos en los que el órgano de la C.A. aduzca una conculcación, por reglas estatales, de cualesquiera de las garantías que, en la Constitución y el Estatuto, han de ser consideradas como el presupuesto y la base misma de la autonomía, o como su proyección en la organización integral del Estado (633). Creemos, que, aun a la vista de este criterio amplio de legitimación, las consideraciones que hizo el TC en un principio acerca del carácter o ámbito nacional de los derechos fundamentales mantienen su vigencia, por lo que parece que puede negarse la legitimación de los órganos autonómicos para impugnar leyes que afecten al derecho a la intimidad.

En segundo lugar, la cuestión de inconstitucionalidad aparece como una importante garantía jurisdiccional constitucional que permite mitigar los efectos negativos que pudiera tener sobre los derechos fundamentales y sobre la Constitución en general, la legitimación restrictiva para interponer el recurso de inconstitucionalidad. Esta cuestión la podrá plantear cualquier órgano judicial cuando considere, en el marco de un proceso, que cualquier norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución. La cuestión se formulará mediante auto una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia (art. 163 CE, arts. 35-37 LOTC).

En tercer lugar, el recurso de amparo constitucional, o simplemente recurso de amparo, constituye la garantía específica de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE, art. 161.1.b CE). Algunos rasgos que caracterizan a este instrumento, son los siguientes:

a.) En cuanto a su naturaleza, el problema ha sido muy discutido. Ciertamente, es de naturaleza subsidiaria (art. 44.1.a LOTC) y sólo puede acudir a él una vez agotadas todas las instancias judiciales, pero ello no significa que sea de un procedimiento autónomo. Gimeno, se pronuncia en el sentido de considerarlo como una casación especial o casación constitucional únicamente limitada, partiendo de los hechos fijados por los tribunales de instancia, a examinar la aplicación e interpretación que los tribunales ordinarios hagan de las normas constitucionales reguladoras de los derechos constitucionales (634).

b.) Su ámbito de aplicación está determinado por todos los derechos y libertades aludidos en el art. 53.2 CE, esto es, a los comprendidos en los arts. 14 a 29 y 30.2 CE (d.t. 2ª.2 LOTC). Por ello, como ha señalado la doctrina (635) y la jurisprudencia (636) los derechos subjetivos públicos consagrados en el CEDH no pueden por sí solos fundamentar un recurso de amparo, sino que quien quiera alegarlos deberá conectarlos con alguno de los derechos constitucionales protegidos. El problema como ya se vio, se plantea sobre todo respecto a la noción de "vida familiar" del art. 8 CEDH que es más amplia que la de "intimidad familiar" del art. 18.1 CE.

c.) El objeto del recurso de amparo se centra en la tutela de los derechos fundamentales protegidos frente a cualquier vulneración de los mismos realizada por los poderes públicos (art. 41.2 LOTC). A este respecto conviene distinguir entre titularidad material del derecho fundamental y legitimidad procesal para hacer valer tal derecho concretamente en el recurso de amparo. Esta distinción es importante en orden al tratamiento de la eficacia inter privatos de los derechos fundamentales . Es posible o no reconocer la titularidad o la eficacia material de esos derechos en la relaciones inter privatos (el derecho a la intimidad tiene reconocida tal eficacia en el art. 1.1 de la L.O. 1/1982), pero eso no quiere decir que tal reconocimiento tenga que reflejarse en la

configuración de la legitimación pasiva o activa del recurso de amparo constitucional, como dice Cascajo (637). El TC ha reconocido en alguna resolución, no obstante, la posibilidad de formular recurso de amparo en ejercicio del derecho a la intimidad frente a violaciones del mismo por particulares, si bien conforme al expediente acuñado por él desde un temprano momento de atribuir la violación hecha por el sujeto privado al órgano jurisdiccional que no la reparó (638). Aquí, por lo demás, ha influido el olvido del TC de la regla de la d.t. 2ª.2 LOTC que abre el recurso de amparo sólo tras el agotamiento de la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

El recurso de amparo ha sido la vía merced a la cual se han dictado la gran mayoría de las resoluciones del TC que afectan al derecho a la intimidad.

5. DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHO COMUNITARIO.

a) LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO COMUNITARIO.

1.- El Derecho Comunitario no cuenta con una declaración de derechos fundamentales. Ni en los Tratados fundacionales ni en el resto del Derecho originario, ni en el Derecho derivado existe tal catálogo.

Ciertamente en los albores de la construcción europea de la segunda post-guerra el asunto no fue ignorado. El Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa de 27 de mayo de 1.952, que no pudo entrar en vigor al no ser ratificado por Francia, estableció en su art. 3 que la Comunidad sólo intervendría en la medida en que fuera necesario para cumplir su función debiendo salvaguardar, en caso de intervención, los derechos civiles y fundamentales de los individuos (1).

Idéntica idea se recoge en el Proyecto de Estatuto de la Comunidad Política Europea de 1.953, cuyo art. 2 incluía como una de sus funciones la de contribuir a la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales en los Estados miembros, declarando en el art. 3 la parte sustantiva del C.E.D.H. como integrante del Estatuto (2).

Pescatore apunta que, al firmarse en 1.957 los Tratados C.E.E. y C.E.E.A., debido a los fracasos de los proyectos de unión política europea, el énfasis pasó a la perspectiva económica-técnica, omitiendo toda referencia expresa y directa al tema de los derechos humanos, si bien esto no excluye que en los tratados se encuentren preceptos relativos a posibles derechos fundamentales (3) aunque este aspecto es discutido por la doctrina (4).

En efecto, en los Tratados se pueden encontrar los siguientes derechos: prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y sexo (art. 7, 48, 60, 119 T. C.E.E.); el derecho a la propiedad privada (arts. 222 T. C.E.E.) y su manifestación de propiedad industrial y comercial (art. 36 T. C.E.E.); promoción de derechos sindicales básicos (art. 118 T. C.E.E.

Y 46.2 T. C.E.C.A); secreto profesional (art. 214 T. C.E.E.); a los que habría que añadir las libertades económicas garantizadas por los Tratados.

De lo anterior puede deducirse un primer dato de gran importancia y es que no hay transferencia de competencia de los Estados miembros a la Comunidad en materia de derechos humanos (5). Este dato es clave para entender la postura del T.J.C.E. y de los tribunales constitucionales que se "rebelaron" contra aquél.

La situación puede quedar alterada sustancialmente si se ratifica por los Estados miembros el Tratado que instituye la Unión Europea. Dicho Tratado prevé en su parte dispositiva que:

"La Unión respeta los derechos fundamentales tal como están garantizados por el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales y tal como éstos resultan de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros en tanto que principios generales del Derecho comunitario.

La Unión se dota de los medios necesarios para alcanzar estos objetivos y para conducir con éxito su política" (6).

El texto que se expone a continuación parte de un análisis de la situación actual del Derecho Comunitario cuando el Tratado de la Unión Política no ha sido aún ratificado. En cualquier caso, muchas de las consideraciones que se hacen en las páginas siguientes mantienen su validez respecto al nuevo régimen establecido en Mastrigue.

2.- La introducción de la categoría genérica de los derechos fundamentales, inexistente en el Derecho escrito comunitario, se ha operado por el T.J.C.E. tras varias vacilaciones. La doctrina mayoritaria distingue dos fases en la asunción por el T.J.C.E. de la competencia no transferida por los Estados miembros de la protección de los derechos

fundamentales: la "inhibicionista" y la "proteccionista" (7), si bien algún autor divide la evolución en tres etapas (8).

a.1) Fase "inhibicionista";

En un inicio, el Tribunal se declaró incompetente para pronunciarse sobre una supuesta vulneración del Derecho interno (art. 2 y 12 G.G.) por parte de una medida comunitaria. Ahora bien, tampoco entró a considerar si la medida comunitaria en litigio se excedió de las competencias transferidas a las Comunidades para invadir la competencia sobre los derechos fundamentales cuya titularidad ostentan los Estados (9).

En esta primera fase las notas predominantes, serán por un lado, la autonomía del ordenamiento comunitario, y, por otro, la aportación de algunas consideraciones sobre la noción de principios generales del Derecho, noción que posteriormente será utilizada por el T.J.C.E. para referirla a los Derechos fundamentales (10).

Elo no obstante, los autores no cita una sentencia que cronológicamente se situaría en la fase "inhibicionista", pero que contiene una doctrina que no se ajusta a la que caracteriza esta fase (11). El problema estudiado en ese caso reside en los límites de los poderes de la Alta Autoridad en la aplicación del art. 47.1 T.C.E.C.A. que reconoce que "la Alta Autoridad podrá recabar las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión. Podrá disponer que se proceda a las comprobaciones necesarias". Los demandantes intentaban conectar ese art. 47.1 con el art. 86.4 T.C.E.C.A que establece que:

"Los agentes de la Alta Autoridad encargados por ésta de realizar funciones de control dispondrán, en el territorio de los Estados miembros y en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión, de los derechos y competencias que las legislaciones de estos Estados atribuyen a los agentes de la Administración Tributaria. Las funciones de

control y la calidad de los agentes encargados de éstas serán debidamente notificados al Estado interesado. Los agentes de este Estado, podrán, a instancia de éste o de la Alta Autoridad, asistir a los agentes de la Alta Autoridad en el cumplimiento de su misión”.

Según el Tribunal, ese art. 86.4 no tiene por objeto regular la extensión del poder de información y verificación atribuido a la Alta Autoridad por el art. 47 del Tratado, sino únicamente poner a disposición de sus agentes los medios coercitivos en materia fiscal previstos por los Derechos Nacionales para la ejecución directa y forzada por estos de misiones de control susceptibles de afectar la esfera de las libertades individuales y derogar el principio de la inviolabilidad de domicilio. Por ello, el Tribunal concluye que, en ausencia de una regla formal a este respecto en el Derecho Comunitario, corresponde al Tribunal verificar si las medidas de investigación tomadas por la Alta Autoridad fueron o no excesivas (12).

En definitiva, en esta sentencia el T.J. no se "inhibe" ante el problema de los Derechos fundamentales, sino que lo afronta, reconociendo que puede haber medidas o misiones comunitarias de control susceptibles de "afectar la esfera de las libertades individuales y de derogar el principio de la inviolabilidad de domicilio". Ante esta hipotética situación el Tribunal se sitúa en una postura ambigua: no renuncia a controlar las medidas que afectan a derechos fundamentales (derechos fundamentales del derecho constitucional interno evidentemente), pero para efectuar ese control se limita únicamente al criterio de la proporcionalidad, examinando si las medidas son o no "excesivas", sin entrar en la consideración de si la vulneración de Derechos fundamentales per se atentaría al Derecho Comunitario. La doctrina recogida aquí y el texto del art. 86.4 T.C.E.C.A. supone un reconocimiento de la existencia de dos ordenamientos distintos que versan sobre un mismo asunto y de un mecanismo de colaboración entre

ambos que evite las invasiones en las competencias respectivas. En efecto, el Derecho Comunitario, si bien no tiene competencias en materia de Derechos fundamentales, puede amparar medidas que afecten "a la esfera de las libertades individuales" y deroguen el "principio de la inviolabilidad de domicilio", si bien en esos supuestos los agentes de la Alta Autoridad dispondrían en el territorio de los Estados miembros de los derechos y competencias que las legislaciones de estos Estados atribuyen a los agentes de la Administración Tributaria. Esto supone afirmar en primer lugar, que el criterio para determinar la procedencia o proporcionalidad de estas medidas no es unitario o comunitario, sino nacional; y, en segundo lugar, que no está claro qué jurisdicción debe controlar esa situación, si la comunitaria o la nacional. Respecto a esta última cuestión, el T.J. se pronuncia implícitamente en el sentido de considerarse competente al sostener que "en ausencia de regla formal a este respecto en el Derecho Comunitario, corresponde al Tribunal verificar si las medidas de investigación tomadas por la Alta Autoridad no eran excesivas" (13), a fin de no generar desprotección.

Ese pronunciamiento del T.J. y el propio tenor del art. 86.4 T.C.E.C.A., por tanto, obligan a matizar, al menos por lo que afecta al ámbito C.E.C.A., la afirmación de López Garrido de que "en ejecución de las competencias que los Tratados les confieren, las Comunidades pueden afectar a los Derechos y Libertades de los particulares, que se ven automáticamente desprovistos de la protección que le dan sus Derechos Nacionales", por lo que "en las materias en que es competente la Comunidad hay un "abandono", por así decirlo, de esa competencia por parte de los Derechos Nacionales", de suerte que en el sector entregado a la Comunidad "desaparece la protección del Derecho Constitucional Interno, ya que siempre y, en todo caso, el Derecho Comunitario prevalece sobre éste" (14). Como, ya se ha advertido, el texto del art. 86.4 T.C.E.C.A. y la s. San Michele relativizan las afirmaciones de este autor.

Puede afirmarse, por tanto, que esta primera fase es "generalmente" inhibicionista respecto al asunto que tratamos, pero con una notable excepción, (la s. San Michele de 1.962), si bien en todo caso no hay una invasión clara de competencias de los Estados por el T.J.C.E.

a.2) Fase "Proteccionista".

Esta fase se inicia con la sentencia del caso Stauder (15), donde el Tribunal hace una breve afirmación que, sin embargo, tendrá una importante trascendencia futura. El T.J. sostiene aquí que la disposición objeto de litigio "no pone de relieve ningún elemento susceptible de poner en entredicho los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los Principios Generales del Derecho comunitario, cuyo respeto asegura el Tribunal" (16). Los principios generales serían el continente y los derechos fundamentales el contenido (17).

La doctrina sentada en la S. Stauder encontrará su confirmación en la sentencia Internationale Handelsgesellschaft (18) en términos radicales que provocarán una importante reacción. Esta sentencia, a la vez que reafirma la doctrina Stauder, afirmará los principios de autonomía y primacía del Derecho comunitario. Por lo que hace al principio de autonomía afirmará que la validez de los actos comunitarios "sólo puede ser apreciada en función del Derecho Comunitario, nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma". En cuanto al principio de primacía sostendrá que este Derecho "no podría en razón de su naturaleza, aceptar que se le opongan reglas de Derecho Nacional cualesquiera que sean, sin perder su carácter Comunitario y sin que sea puesta en entredicho la base jurídica de la Comunidad misma". Por lo que "la invocación de atentados, sea a los derechos fundamentales tal como son formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de este Estado" (subrayados nuestros). Esta doctrina de los principios de

autonomía y primacía es el presupuesto sobre el que reafirma el T.J.C.E. la doctrina Stauder. Así afirma que "conviene examinar si alguna garantía análoga (análoga a los derechos fundamentales de las Constituciones de los Estados miembros o a los principios de una estructura constitucional nacional), inherente al Derecho Comunitario, hubiera sido desconocida". En este sentido, la Sentencia considera que el respeto a los derechos fundamentales es parte integrante de los principios generales del derecho Comunitario "cuya observancia asegura el T.J." y que la salvaguarda de esos derechos "aunque se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, debe ser garantizada en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad".

El problema de la S. Internationale Handelsgesellschaft es su noción de los principios de autonomía y de primacía. Estos principios tienen su principal formulación en la Sentencia Costa (19). En esta sentencia se afirma que la Comunidad está dotada de atribuciones propias "de poderes reales surgidos de una limitación de competencias o de una transferencia de atribuciones de los Estados de la Comunidad". Estos Estados "han limitado aunque sea en ámbitos restringidos sus derechos soberanos" (subrayado nuestro) y han creado de esta manera un cuerpo de Derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos", de suerte tal que "la recepción de las disposiciones del Derecho comunitario en el Derecho de los Estados miembros... tiene por consecuencia que a los Estados les sea imposible introducir medidas unilaterales posteriores en contra de un ordenamiento jurídico aceptado por ellos sobre la base de la reciprocidad" (20).

Entre la s. Costa y la Internationale Handelsgesellschaft hay una profunda diferencia no suficientemente subrayada por la doctrina. En efecto, López Garrido afirma acertadamente que el "principio de primacía no equivale a jerarquía legal", pues las relaciones entre Estado y Comunidad "se rigen por el principio de competencia y no por el principio

de jerarquía", pues se trata de transferencia de competencias (21). El mismo autor apostilla adecuadamente la S. Internationale Handelsgesellschaft al leer que "el Derecho Comunitario tiene un efecto superior a las Constituciones Nacionales (en la materia propia de las Comunidades naturalmente" (s.n.)) (22). Pero la doctrina no ha llevado a sus últimas consecuencias la crítica pertinente a la S. Internationale Handelsgesellschaft. Mientras en la S. Costa el T.J. caracterizó el Derecho Comunitario como ordenamiento basado en el pacto con competencias transferidas por los Estados "en ámbitos restringidos", de modo que su primacía sólo se da en esos ámbitos restringidos expresamente transferidos, en la s. Internationale Handelsgesellschaft se afirma una supuesta primacía del Derecho Comunitario sobre cualesquiera reglas de Derecho Nacional, ya se refieran a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución de los Estados miembros, ya se refieran a los principios de una estructura constitucional nacional. Pero dado que estas materias evidentemente no han sido transferidas (por lo menos hasta que se ratifique el Tratado de Unión Europea) a las Comunidades, parece claro que la S. Internationale Handelsgesellschaft convierte (o pervierte) el principio de primacía o de competencia en principio de jerarquía absoluta con la correlativa invasión de competencias al margen de los procedimientos establecidos para ello.

Frente a esta doctrina se alzarán con justicia los Tribunales Constitucionales alemán e italiano que, lejos de "rebelarse" como afirman muchos autores (23) sitúan el principio de primacía en el lugar adecuado que es el determinado por la s. Costa, pero no más allá.

A partir de este momento y principalmente como reacción a la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano en el caso Frontini de 1.973 y ante un eventual pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal que formalmente se produjo con el auto de 29 de mayo de 1.974 llamado Solange I, se abre un nuevo período en la jurisprudencia del T.J.C.E. Es

el período de protección del "standard" máximo al que seguirá, sin embargo, un periodo distinto o de protección del "standard" mínimo. Por ello parece oportuno distinguir, en esta fase "proteccionista" dos subetapas caracterizadas por el diferente nivel de protección ofrecido a los derechos.

A) El periodo del nivel de protección máximo.

Como ya se ha advertido, la S. Internationale Handelsgesellschaft supuso una auténtica mutación de la naturaleza del Derecho Comunitario. Ante ella reaccionaron el Tribunal Constitucional italiano y Tribunal Constitucional Federal alemán. El T.J.C.E., presumiblemente consciente de haber ido demasiado lejos, intentó paliar la situación creada. A esta causa, muy probablemente, se debe la Sentencia Nold (24). El T.J. reafirma en ella la doctrina Stauder al afirmar que "los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho" cuyo respeto asegura el Tribunal. Además, reitera la doctrina Internationale Handelsgesellschaft en lo que concierne a la afirmación de que el T.J. "asegurando estos derechos se inspira en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros". Pero el T.J. añade dos cosas nuevas: en primer lugar, que "los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos del hombre en los que los estados miembros han cooperado o a los que se han adherido pueden igualmente proporcionar indicaciones que es conveniente tener en cuenta en el cuadro del Derecho Comunitario"; y, en segundo lugar, y ésta es la aportación más importante, que el T.J., en su labor de garantía de los derechos fundamentales en cuanto principios generales del Derecho Comunitario y cuyo aseguramiento se realiza bajo la inspiración de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, no podría admitir medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados" (25).

La doctrina meritada supone según diversos autores el reconocimiento de un "standard", criterio o nivel máximo de protección (26). No obstante, Robles se ha mostrado un tanto indeciso. En su opinión, la expresión en plural "por las Constituciones" suscita la duda de si han de estar reconocidos en todas las Constituciones (polo minimalista o nivel mínimo de protección) o si, por el contrario, basta con que incluso sólo estén reconocidos en una (polo maximalista o nivel máximo de protección). Este autor, al amparo del principio in dubio pro libertate se inclina por la segunda posibilidad (27).

En rigor la postura maximalista o de "standard" máximo es la menos incompatible con el hecho indiscutible de que la Comunidad carezca de competencias en materia de derechos fundamentales. La posición del T.J.C.E. se explica como defensa ante una posible sensación de invadir competencias del Estado no transferidas y declarar el principio de primacía sobre tales competencias invadidas. Ante esa situación, el reconocimiento por el T.J.C.E. de un nivel de protección menor al otorgado por el Derecho Nacional podría provocar las intervenciones de los órganos de defensa de la Constitución y, en particular, de defensa o amparo de los derechos fundamentales.

Ya antes de la Sentencia Nold, e incluso antes de la Sentencia Frontini del TCI, el Parlamento europeo lanzó una grave advertencia aprobando el 4 de abril de 1.973 una Resolución relativa a la salvaguardia de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros en la elaboración del Derecho comunitario, en la que invitaba a la Comisión a prevenir, durante la elaboración de los reglamentos, las directivas y las decisiones, los conflictos que pueden surgir con el Derecho constitucional nacional y a examinar sobre todo cómo deben ser garantizados los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados miembros (28). Esta advertencia parte de la convicción de que

los derechos fundamentales no son una competencia propia de las Comunidades.

En virtud de estas consideraciones parece acertada la tesis que ofrece López Garrido de que los Derechos de los Estados miembros constituyen una fuente básica de derechos fundamentales en Derecho Comunitario (29). Por lo mismo creemos desafortunado el rechazo que Robles hace a la tesis de López Garrido (30), al menos examinado el asunto desde el punto de vista de la protección máxima del Derecho Comunitario a los derechos fundamentales.

La posición maximalista queda ya perfectamente definida por la Sentencia del caso Hauer (31). El T.J.C.E. se pronuncia claramente a favor de la postura maximalista (32) y no resulta ajeno a ello el que tras la sentencia Nold, el Tribunal Constitucional alemán dictara su famoso auto de 29 de mayo de 1.974 (Solange I), de suerte que este enérgico pronunciamiento hubiese sido un acicate para acentuar la protección dispensable por el T.J.C.E.

Por lo demás, en la S. Hauer ya se hace una mención expresa al C.E.D.H. así como a la Declaración común de la Asamblea, del Consejo y de la Comisión de 5 de abril de 1.977 (33). Esta Declaración recoge la doctrina acumulada de las ss. Stauder, Internationale Handelsgesellschaft y Nold, tal y como se recoge en esta última, si bien se añade una mención específica del C.E.D.H., ya que con la ratificación por Francia del mismo en 1.974, todos los Estados miembros de la Comunidad lo eran también del C.E.D.H.

La declaración común, no obstante, precisa algunos extremos respecto a la jurisprudencia del T.J.C.E.. El preámbulo dice que el Derecho en cuyo respeto se basan los Tratados Constitutivos, "además de las normas de los Tratados y del Derecho Comunitario derivado", comprende "los principios generales del Derecho y en particular los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se basa el

Derecho Constitucional de los Estados miembros". No es ocioso advertir que no se habla de principios generales del Derecho Comunitario ni de derechos fundamentales comunitarios, sino de principios y derechos "sobre los que se basa el Derecho Constitucional de los Estados miembros". Parece indicarse que la defensa de estos derechos es competencia de los Estados no transferida. Esta suposición parece avalada por los dos puntos de la Declaración. El punto primero afirma que las tres instituciones "subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las Constituciones de los Estados miembros, así como del Convenio Europeo para la protección de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales". Es decir, la protección de los derechos fundamentales no es propiamente resultado del Derecho Comunitario, sino de las Constituciones de los Estados. Se trata de competencias nacionales no transferidas a las Comunidades y objeto de una transferencia parcial al Consejo de Europa mediante el C.E.D.H. también citado expresamente. Se trata, por tanto, de una afirmación del principio de competencia frente a la doctrina de la S. Internationale Handelsgesellschaft y consecuencia, frente a la tesis de esta última de identificar primacía con jerarquía, y de ubicar los derechos fundamentales en el Derecho Comunitario. Los derechos resultan de las Constituciones no del Derecho Comunitario. El punto segundo de la Declaración abona idéntica conclusión, pues afirma que "en el ejercicio de sus competencias y en cumplimiento de los objetivos de las Comunidades Europeas respetarán y seguirán respetando las instituciones comunitarias tales derechos", respeto que no resulta de las competencias de las Comunidades, sino de los Estados.

Un poco antes de adoptarse la Declaración común citada, la Comisión de la C.E.E en un informe de 4 de febrero de 1.976, interpretando la jurisprudencia del T.J.C.E. (en especial la S. Nold), se pronuncio a favor del principio según el cual el contenido material de los

derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Comunitario debe ser definido con referencia a la norma nacional más protectora de la persona, es decir, se pronuncia a favor del nivel de protección máximo o criterio maximalista de protección de los derechos fundamentales, y declina la hipótesis de acudir al "standard mínimo" o mínimo común denominador de los diferentes niveles de protección existentes en los Estados miembros (34).

En el mismo sentido se pronuncia la resolución del Parlamento Europeo del 16 de noviembre de 1.977, algo posterior a la Declaración común de 5 de abril de 1.977, donde se invita a la Comisión a promover un acuerdo entre los Estados miembros, sobre la base del art. 235 T.C.E.E., o, en su caso, del art. 236 T.C.E.E., con el fin de considerar como parte integrante de los Tratados "Constitucionales" de la Comunidad Europea, entre otros "los derechos civiles y políticos previstos en las Constituciones o en las Legislaciones de los Estados miembros" (punto 2.c). Esto significa dos cosas: en primer lugar la aceptación del criterio maximalista; y en segundo lugar, el reconocimiento palmario de que la protección y defensa de esos derechos no son ahora competencia de las Comunidades, no forman parte de su Derecho.

No obstante lo anterior, Muñoz Machado ha observado que el que las Constituciones nacionales, al igual que los convenios internacionales de derechos humanos, deban tenerse en cuenta por el TJCE al determinar el alcance de los derechos fundamentales, no resuelve el problema en la medida en que se trata de una libre apreciación comparativa que puede pasar por encima de las peculiaridades nacionales. En estos casos, cree que podría "rebelarse" la jurisprudencia interna contra el principio de primacía del Derecho Comunitario (35).

B) El período del nivel de protección mínimo.

Esta fase se inicia con la Sentencia del caso National Panasonic (36) que ofrece alguna novedad respecto a la cuestión de la protección general de los derechos fundamentales. En primer lugar, equipara los instrumentos internacionales sobre tales derechos en los que los Estados han colaborado o a los que se han adherido, a las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros considerando a ambos como fuentes, al menos de inspiración, de los principios generales del Derecho Comunitario en los que se integran los derechos fundamentales (37). Sin embargo, en segundo lugar, el hecho de que aluda a las tradiciones constitucionales "comunes" a los Estados miembros y, sobre todo, el que omita la cláusula de las SS. Nold y Hauer que decía que no podrían ser admitidas en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados (38), parece indicar un cambio, si bien sutil, en la orientación del Tribunal abandonando el criterio de máxima protección o "standard máximo". No se proclama expresamente el nivel de protección mínimo pero deja de proclamarse expresamente el nivel máximo por lo que esta sentencia debe ser juzgada como un paso atrás.

Esta línea recesiva encuentra su continuación en la Sentencia del caso A.M.&S. (39). Si bien en esta sentencia no hay pronunciamientos de carácter general sobre los derechos fundamentales (en el asunto debatido, en concreto, el secreto profesional de los abogados), el Tribunal afirmará que la protección que brinda este secreto profesional no puede ser extendida más allá del marco "determinado por las reglas comunes relativas al ejercicio de la profesión de abogado" (40). Parece adoptarse de forma decidida el principio del mínimo común denominador o nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales.

Esta línea parece interrumpirse momentáneamente con la sentencia del caso Johnston (41). Sin embargo, aquí el supuesto es la

anulación de una norma nacional de ejecución del derecho derivado. Dicha norma no reconocía el derecho a un recurso jurisdiccional, pese a que la Directiva Comunitaria que trataba de ejecutar sí lo hizo. Por tanto, el caso es inverso al supuesto habitual en que la norma comunitaria ofrece menos protección que la nacional. Aquí es la norma nacional la que ofrece menos protección que la comunitaria. En cualquier caso, es una sentencia esperanzadora, pero que se encuentra aislada en este período dominado por la idea del nivel de protección mínimo.

En efecto, poco antes de dictarse esta sentencia se firma el Acta Unica Europea. Esta firma tuvo lugar en Luxemburgo el día 17 de febrero de 1.986 (si bien Grecia, Italia y Dinamarca firmaron el 28 de febrero). El párrafo 3º del preámbulo del A.U.E. afirma que los firmantes están "decididos a promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales ~~reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros~~ (subrayado nuestro), en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social". El párrafo 5º del Preámbulo reitera la responsabilidad que incumbe a Europa de "defender muy especialmente los principios de la democracia y el respeto del Derecho y de los derechos humanos que reafirman, a fin de aportar conjuntamente su propia contribución al mantenimiento de la paz y seguridad internacionales de acuerdo con el compromiso que asumieron en el marco de las Naciones Unidas".

Estas afirmaciones suponen la primera aparición explícita de los derechos fundamentales en un texto comunitario de rango "constitucional" o primario. El hecho es significativo, pero no demasiado. Como afirma Verde, en la conferencia de Luxemburgo en la que se acordó el A.U.E., la delegación belga había propuesto que las disposiciones de la Declaración común de las tres instituciones comunitarias de 5 de abril de 1.977 se incluyeran en la parte dispositiva (y

no sólo en el Preámbulo) del art. 4 del T.C.E.E. con lo que aquella declaración habría obtenido un valor jurídico más competente y habría consolidado la jurisprudencia del T.J.C.E. La propuesta fue descartada y los derechos fundamentales sólo son mencionados en el Preámbulo (42).

Ahora bien, en la medida en que el A.U.E. (sobre todo en el párrafo 3º del Preámbulo) reitera lo que dice la Declaración común de 1.977, lo considerado respecto de ésta es de aplicación para aquél. En efecto, de un lado, se consagra la tesis maximalista o del nivel máximo, a la vez que, de otro, la negativa a ubicar estos textos en la parte dispositiva revela la negativa de los Estados a transferir competencias sobre esta materia.

Esta tesis parece avalada en la "Declaración de derechos y libertades fundamentales" aprobada por resolución del Parlamento Europeo del 12 de abril de 1.989 (43). Este texto, si bien no tiene valor normativo evidencia lo que se ha venido reiterando: las Comunidades Europeas no tienen competencia en materia de derechos fundamentales. No sólo eso, sino que además dedica el art. 27 al problema del nivel de protección. El texto dice así:

"Ninguna de las disposiciones de la presente Declaración se podrá interpretar en el sentido de limitar la protección ofrecida por el Derecho Comunitario, el Derecho de los Estados miembros, el Derecho Internacional y los tratados y acuerdos internacionales relativos a los derechos y libertades fundamentales, ni de oponerse a su desarrollo".

Se consagra, por tanto, el nivel de protección máximo, de forma expresa.

Pero si las demás instituciones comunitarias se inclinan por el nivel máximo, el Tribunal en su sentencia del caso Hoechst (44), sin embargo, retomaría la línea de las SS. National Panasonic y A.M.&S., contrastando de forma marcadísima con las afirmaciones del A.U.E. y la

Declaración del Parlamento de 1.989. La cláusula de las SS. Nold y Hauer de que "no podrían ser admitidas en la Comunidad medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y garantizados por las Constituciones de los Estados" (45) asegurando el nivel máximo de protección, se omite también (46).

La omisión en esta S. Hoechst está preñada de sentido. En efecto, para resolver el caso de autos, el T.J.C.E. recurrirá a dos criterios. El primero es la exigencia de que el derecho fundamental enjuiciado constituya un principio común a los Derechos de los Estados miembros. El segundo es el recurso al C.E.D.H. Ambos criterios desembocan en el nivel de protección mínimo o criterio minimalista. De un lado, la exigencia de que el derecho en cuestión sea común a todos los Estados y éste reconocido en todos supone privar de protección a aquellos derechos que sólo estén reconocidos en uno o varios Estados, pero no en todos. De otro lado, el C.E.D.H., como afirma su art. 60, es un convenio de mínimos que no suponen menoscabo alguno respecto a otros derechos reconocidos por un Estado miembro y que superen el nivel ofrecido por el C.E.D.H.

Y, en efecto, en el caso Hoechst, el derecho alegado (inviolabilidad del domicilio de una persona jurídica) por una empresa alemana que tiene tal derecho reconocido por la Ley Fundamental de Bonn, no será acogido por el T.J.C.E. en virtud de los dos criterios expuestos anteriormente (47). El paso al nivel minimalista de protección queda consumado.

Desgraciadamente, la doctrina Hoechst pronto encontrará su ratificación en las sentencias de los casos Dow Benelux y Dow Chemical Ibérica (48). La S. Dow Benelux reitera las afirmaciones generales efectuadas en la Hoechst así como el criterio minimalista en relación al derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (49). La s. Dow Chemical Ibérica aparte de reproducir las consideraciones de la Dow

Benelux y que a su vez son confirmación de la S. Hoechst (50), reitera la formulación de los principios de autonomía y de primacía, tal y como aparecen en la S. Internationale Handelsgesellschaft (a la que ya se aludió anteriormente), al afirmar que "la validez de los actos comunitarios sólo podría ser apreciada en función del Derecho Comunitario", por lo que "la invocación de lesiones, sea a los derechos fundamentales tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, sea a los principios de una estructura constitucional nacional no podría afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el Territorio de ese Estado" (51). Todo lo dicho anteriormente sobre la S. Internationale Handelsgesellschaft debe ser reiterado aquí. El T.J.C.E. y el Derecho Comunitario, en definitiva, invaden competencias propias de los Estados y nunca transferidas. No sólo eso, sino que además se produce el atrevimiento de disminuir la protección que el Estado dispensa en esa materia.

En definitiva, estas últimas sentencias suponen la confirmación de la línea recesiva en la protección de los derechos fundamentales caracterizada como nivel mínimo, de forma tanto más grave cuanto que contrarían el sentir de los Estados expresado en el A.U.E. y el sentir del propio Parlamento Europeo.

b) EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL DERECHO COMUNITARIO.

Es claro, por todo lo que se lleva dicho, que en el Derecho Comunitario primario no hay ninguna referencia al derecho a la intimidad como tal. Como mucho, se alude a la figura del "secreto profesional" que de alguna manera está emparentada con el derecho a la intimidad. En este sentido, el art. 47 T.C.E.C.A. y el art. 214 T.C.E.E. garantizan el secreto profesional por parte de los miembros de las instituciones comunitarias que, en el ejercicio de sus funciones, conozcan determinados datos relativos a la empresa y que se refieran a sus

relaciones comerciales o a los elementos de sus costes. El art. 194 T.C.E.E.A. igualmente garantiza el secreto profesional en la materia regulada por dicho instrumento.

En los Tratados fundacionales hay asimismo algunas normas que pueden afectar al derecho a la intimidad o a alguna de sus manifestaciones. El art. 86.4 T.C.E.C.A., citado, considera que los agentes de la Alta Autoridad encargados por ésta de realizar funciones de control "dispondrán en el territorio de los Estados miembros y en la medida necesaria para el cumplimiento de su misión de los derechos y competencias que los legisladores de estos Estados atribuyen a los agentes de la Administración Tributaria". Como ya se observó antes, en el ámbito C.E.C.A. las garantías del Derecho interno quedan así plenamente resguardadas.

No tan claro es el art. 213 T.C.E.E. que dispone que "para la realización de las funciones que le son atribuidas, la Comisión podrá recabar todo tipo de informaciones y proceder a las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijadas por el Consejo, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado". Es fácil deducir, y se han planteado casos en ese sentido, que en el ejercicio de esa actividad puedan quedar afectados el derecho a la intimidad o alguna de sus manifestaciones (por ejemplo: inviolabilidad de domicilio). Este artículo es mucho menos preciso que el art. 86.4 T.C.E.C.A. Sin embargo, necesariamente debe desembocar en idéntico resultado que el precepto del T.C.E.C.A. pues, tanto por los antecedentes de la elaboración del T.C.E.E. (negativa a que regulara derechos fundamentales), como por sus consecuentes (jurisprudencia del T.J.C.E.E. y declaraciones institucionales de las Comunidades y A.U.E.), es indudable que los Estados no hicieron dejación alguna de sus competencias en materia de derechos fundamentales. Por ello, esas actividades de la Comisión no sólo deben ejecutarse únicamente "dentro

de los límites y en las condiciones fijadas por el Consejo", sino también "de conformidad con las disposiciones del presente Tratado", esto es, dentro del marco competencial diseñado por el Tratado que no puede ser transgredido.

El único documento que alude al derecho a la intimidad expresamente es la ya citada resolución del 12 de abril de 1989 del Parlamento Europeo por la que se aprueba una Declaración de los derechos y libertades fundamentales. En esta declaración de alcance puramente testimonial, hay varios preceptos que tratan sobre el derecho a la intimidad.

El primero es el art. 6 que dice:

"1. Toda persona tiene derecho al respeto y a la protección de su intimidad.

2. Se garantizará el respeto de la esfera privada y de la vida familiar, del honor, del domicilio y de las comunicaciones privadas".

Además de esto, el art. 11.2, que trata sobre el derecho de asociación, afirma:

"No podrá obligarse a nadie, en su vida privada, a revelar su pertenencia a una asociación, a no ser que ésta sea ilegal".

Finalmente, el art. 18 regula el "Derecho de acceso a la información" o "Derecho a la autodeterminación informativa" en los siguientes términos:

"Toda persona tiene derecho de acceso y de rectificación en lo que se refiere a los documentos administrativos y los datos que le afecten".

Debe destacarse la inclusión del derecho al honor junto al derecho a la intimidad, como sucede en la C.E., en la D.U.D.H. y en el P.I.D.C.P., (a diferencia de lo que ocurre en el art. 8 C.E.D.H.) y la

consagración de un precepto, el 18, al derecho a la autodeterminación informativa de forma ostensiblemente separada del derecho a la intimidad.

A continuación se examinará el tratamiento del Derecho Comunitario de las diversas manifestaciones del derecho a la intimidad.

b.1) Derecho a la intimidad personal.

Como ya se ha afirmado, este derecho no está recogido en ningún precepto comunitario, aunque lo prevé la Declaración de derechos y libertades fundamentales de 1.989 en su art. 6. Este derecho ha sido objeto de diversas sentencias del T.J.C.E.

En su manifestación de derecho al respeto y a la protección de la identidad propia, la S.T.J.C.E. Stauder, ya citada, lo ha tratado (52). El caso meritado se refiere a si una norma comunitaria (o más correctamente, las versiones alemana y holandesa de esa norma) podría imponer la obligación de revelar determinados datos personales (ser beneficiario de la asistencia social) para obtener productos lácteos a bajo precio. Según el T.J.C.E. "la disposición litigiosa debe ser interpretada en el sentido de que no impone -sin por ello prohibirlo- la identificación nominativa de los beneficiarios" de tales precios reducidos de manera que "cada uno de los Estados miembros está en consecuencia habilitado para elegir entre diversos métodos de individualización" (53) por lo que concluye que "la disposición litigiosa no pone de relieve ningún elemento susceptible de poner en entredicho los derechos fundamentales de la persona comprendidos en los principios generales del Derecho Comunitario cuyo respeto asegura el Tribunal" (54).

Pese a que parezca reconocer el derecho a la Intimidad, el hecho de que afirme que la disposición litigiosa no prohíbe la proposición de la identificación nominativa, hace que haya que guardar ciertas reservas respecto a esta sentencia.

También en relación con el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad se encuentra la sentencia del caso *Watson y Belmann* (55). El asunto trata sobre la legislación italiana que impone la obligación de los extranjeros de advertir su presencia en Italia y, en su defecto de los italianos de informar en veinticuatro horas de los nombres de los extranjeros a los que hospedan. La cuestión se planteó desde la perspectiva de los arts 8 y 14 C.E.D.H. (derecho a la intimidad y el principio de igualdad). El abogado general no se evadió del problema y consideró que el derecho a la intimidad estaba en juego y quedaba comprendido en el Derecho Comunitario si bien consideró que no hubo violación. La Comisión, sin embargo, defendió que se trataba de una violación a la intimidad que debía sancionar el T.J.C.E. Este, sin embargo, eludió el problema sin invocar el C.E.D.H. ni controlar la posible violación del derecho a la intimidad. Para el T.J.C.E. como la obligación impuesta a los residentes del Estado miembro en cuestión de comunicar a las autoridades públicas la identidad de los extranjeros que hospedan deriva de una disposición que pertenece básicamente al ordenamiento interno del Estado, no puede ser contemplada desde la perspectiva del derecho comunitario más que en la medida en que produzca indirectamente una restricción a la libre circulación de las personas (56).

El Tribunal aquí, por tanto, evitó pronunciarse sobre el fondo, pues como afirma López Garrido, de haberlo hecho hubiera estado sustituyendo las competencias del T.E.D.H. (57). No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto en muchos casos el T.J.C.E. no está asumiendo las competencias de los Tribunales Constitucionales de los Estados miembros.

b.2) Derecho al respeto de la vida familiar.

El derecho al respeto de la vida familiar (art. 6.2 de la Declaración de 1.989) aparece con una formulación más próxima a la del art. 8.1 C.E.D.H. que a la del art. 18.1 C.E. Ahora bien, debe distinguirse del art. 7

de la Declaración de 1.989 que afirma que "se protegerá a la familia en los ámbitos jurídico, económico y social".

El derecho a la vida familiar en el sentido del art. 8.1 C.E.D.H. aparece recogido por la sentencia del caso Comisión c. Alemania (58). Esta sentencia fue dictada a propósito reglamento nº 1.612/68 impone que el requisito de disponer de una vivienda -del tipo considerado como normal para los trabajadores nacionales- para que los miembros de la familia de un trabajador emigrante puedan ejercer el derecho a instalarse en él en territorio del Estado miembro en que está empleado. Esta condición se supone únicamente para el momento de la acogida de la familia en la vivienda del trabajador. Una vez llevada a cabo la reagrupación de la familia, la situación del trabajador emigrante no puede diferenciarse de la de los trabajadores nacionales respecto a las exigencias de alojamiento. La norma alemana combatida por la Comisión preveía la no renovación del permiso de residencia y aún su reducción a posteriori en el supuesto de que la vivienda de la familiar, por algún acontecimiento nuevo, deje de cumplir esas condiciones en cualquier momento de la permanencia del trabajador en el país.

En esta sentencia se declara que "es preciso interpretar el Reglamento nº 1.612/68 a la luz de las exigencias del respeto de la vida familiar mencionado en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" y se añade que "este respeto forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, reafirmada en el Preámbulo del Acta Unica Europea, están reconocidos en Derecho Comunitario" (59). Consecuentemente con lo anterior, se afirma que el Consejo al dictar ese Reglamento tuvo en cuenta "la importancia que reviste para el trabajador, desde el punto de vista humano, la reagrupación en torno suyo de su familia" (60).

b.3 Derecho al secreto de las comunicaciones.

No existe en el Derecho Comunitario primario ninguna norma que garantice el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, que sí está previsto en el art. 6.2 de la Declaración de 1.989 bajo la forma de "respeto de las comunicaciones privadas". Ahora bien, parece que en una importante norma del Derecho Comunitario derivado se contempla la posibilidad no ya de garantizar sino de lesionar este derecho. Nos referimos al Reglamento 17/62 (61).

Su art. 11.1 dice así:

"1. En el cumplimiento de las tareas que le sean asignadas por el art. 89 y de las disposiciones promulgadas en aplicación del art. 87 del Tratado (C.E.E.), la Comisión podrá recabar todas las informaciones que considere necesarias de los Gobiernos y autoridades competentes de los Estados miembros, así como de las empresas y de las asociaciones de empresas.....

5. Si una empresa o asociación de empresas no facilitare la información requerida en el plazo fijado por la Comisión, o la suministrase de forma incompleta, la Comisión la pedirá mediante decisión".

El art. 14.1 a) y b) dice:

"En el cumplimiento de las tareas que le son asignadas por el art. 89 y por las disposiciones adoptadas en aplicación del art. 87 del Tratado, la Comisión podrá proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas y las asociaciones de empresas.

A este fin, los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

- a) Controlar los libros y demás documentos profesionales.
- b) Hacer copias o extractos de los libros y demás documentos profesionales".

Estas verificaciones pueden realizarse bien con base en un mandato escrito, previo aviso de la misión y de la identidad de los agentes acreditados a la autoridad competente del Estado miembro en cuyo territorio deberá ser efectuada tal verificación (art. 4.2 del Reglamento); o bien mediante decisión que ordene la verificación (art. 14.3 del Reglamento).

Acerca del art. 14.1 a) y b) ha tenido ocasión de pronunciarse la Sentencia del caso A.M.&S. ya citada. Esta sentencia considera que la correspondencia entre abogado y cliente, en la medida en que verse sobre la actividad de una empresa en el mercado y, en especial, en lo relativo al respeto a las reglas de la competencia, corresponde a la categoría de los documentos previstos en el art. 14 del Reglamento citado (62) (subrayados nuestros). Ello no obstante, el T.J.C.E. considera dicha correspondencia, no desde el ángulo de la inviolabilidad o respeto de la correspondencia, sino desde la perspectiva del derecho de defensa del cliente o del reconocimiento de la naturaleza misma de la profesión de abogado (secreto profesional) (63). Ahora bien, Díez de Velasco enumera esta sentencia y el caso debatido dentro de la "protección de las comunicaciones privadas" reconocida en el art. 6.2 de la Declaración de 1.989 (64). Cabría preguntarse si, desde la perspectiva constitucional española, es lícito discriminar entre diversos tipos de correspondencias a efectos de su protección, pues el art. 18.3 C.E. no lo hace. Así, pues, la no consideración del caso desde esta última perspectiva podría suponer una disminución de las garantías prestadas a esa correspondencia como ocurre en la sentencia que comentamos.

El Reglamento 17/62 (65) está destinado a asegurar la realización del objetivo previsto en el T.C.E.E. que prevé que la acción de la Comunidad llevará consigo "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común" (art. 3.f del Tratado). Para estos fines, dicho Reglamento, confiere a la

Comisión un amplio poder de investigación y de verificación precisando que ésta debe disponer en el ámbito de mercado común, "del poder de exigir las informaciones y de proceder a las verificaciones que sean necesarias para descubrir los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas prohibidas por el art. 85.1, así como la explotación abusiva de una posición dominante prohibida por el art. 86" (8º Considerando). Ese poder de información se concreta en el art. 11 del Reglamento y el de verificación en el art. 14, antes transcritos parcialmente.

El T.J.C.E. tras considerar que la correspondencia entre abogado y cliente se encuentra entre los documentos previstos en los arts. 11 y 14 del Reglamento (66) afirma que la Comisión puede exigir todos aquellos documentos de entre los previstos en esos artículos que juzgue "necesario" conocer para desvelar una infracción de las reglas de la competencia, por lo que, en principio, "corresponde a la misma Comisión y no a la empresa interesada o a un tercero, experto o árbitro, decidir si un documento debe o no serle presentado" (67) (subrayado nuestro). Esta afirmación del T.J.C.E. significa pura y simplemente negar el derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia en la medida en que la exhibición o presentación de la correspondencia (y, en consecuencia, la claudicación del secreto de la misma) se impone directamente por la Comisión y no por el juez. La ausencia de garantía judicial no es una omisión casual. Los trabajos preparatorios del Reglamento muestran que el informe Deringer del Parlamento Europeo, que constituyó el núcleo esencial del Reglamento, sugería, citando a la Ley Fundamental de Bonn, la conveniencia de recoger en la redacción del citado Reglamento la necesidad de cumplir con la exigencia de la obtención de un mandato judicial allí donde fuese constitucionalmente exigible (tesis concordante con la del nivel máximo de protección). Esta sugerencia no fue estimada (68). De ahí que no puede extrañar (aunque sí preocupar) la afirmación del T.J.C.E. referida de que corresponde a la

propia Comisión y no a un "tercero" decidir si un documento debe o no serle presentado.

Por lo demás, si se enfocara el asunto desde una perspectiva distinta a la del secreto de las comunicaciones, el problema pudiera ser, bien de la inviolabilidad de domicilio frente las incursiones de la Comisión buscando esos documentos, o bien del derecho a la intimidad en su manifestación del secreto documental. Creemos que las consecuencias serían las mismas que desde el secreto de las comunicaciones. Sobre la inviolabilidad de domicilio se tratará en el siguiente epígrafe. Acerca del tratamiento del caso desde el punto de vista del derecho a la intimidad manifestado como secreto documental, puede decirse que es un derecho susceptible de ser ostentado por una persona jurídica, al igual que ocurre con el secreto de la correspondencia. Si se niega el secreto documental a las personas jurídicas quedan pocos argumentos para afirmar que gozan del secreto de las comunicaciones, al menos en un nivel teórico.

Ciertamente, el art. 14.6 del Reglamento establece que:

"Cuando una empresa se oponga a una verificación ordenada en virtud del presente artículo, el Estado miembro interesado prestará a los agentes acreditados por la Comisión la asistencia necesaria para permitirles cumplir su misión de verificación".

Este artículo puede entenderse en el sentido de que, ante la oposición de la empresa, la asistencia que el Estado preste para la ejecución de la medida sea la que esté conforme con el Derecho de ese Estado y que puede exigir un mandato judicial. Sin embargo, debe matizarse la afirmación del art. 14.6. De un lado, el art. 15.1 c) señala que:

"La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y a la asociaciones de empresas multas... cuando deliberadamente o por negligencia:

.....

c) Presenten de forma incompleta... los libros u otros documentos profesionales requeridos o no se sometan a las verificaciones ordenadas mediante decisión...".

De otro lado, el art. 16.1 d) declara que:

"La Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas coercitivas... para obligarlas:

.....

d) A someterse a una verificación que la Comisión hubiere ordenado mediante decisión.."

De lo anterior se deduce que la negativa a acceder a las medidas de verificación (en este caso exhibición de correspondencia) se sanciona independientemente de que exista o no mandato judicial, lo que de hecho supone desproteger la inviolabilidad de la correspondencia, en la medida en que no hay inmunidad frente a agresiones a este derecho no justificadas mediante resolución judicial.

El T.J.C.E. en la sentencia A.M.&S. que comentamos ciertamente no excluye la posibilidad de reconocer bajo ciertas condiciones, el carácter confidencial de los documentos profesionales consistentes en la correspondencia entre abogado y cliente. Ahora bien, debe advertirse que el secreto de la correspondencia es un derecho que, tanto en la C.E. como en el C.E.D.H. y otros instrumentos internacionales, puede ser limitado, pero no condicionado. El T.J.C.E. considera que la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente no responde a la exigencia de la inviolabilidad de la correspondencia, sino a la de que todo justiciable debe tener la posibilidad de dirigirse con toda libertad a su abogado, cuya profesión conlleva el dar, de forma independiente, consejos jurídicos a todos los que los precisen (69). Según el T.J.C.E., más allá de sus divergencias, los Derechos internos de

los Estados miembros manifiestan, sin embargo, la existencia de criterios comunes para proteger en condiciones similares, la confidencialidad de la correspondencia entre abogados y clientes en la medida en que se den dos condiciones: primera, que se trate de correspondencia intercambiada en el marco y para los fines del derecho de defensa del cliente, y segundo, que emane de abogados independientes, no ligados al cliente por una relación de empleo (70). Por ello, para el T.J.C.E., el Reglamento 17/62 debe interpretarse en el sentido de que protege la confidencialidad entre abogados y clientes con los límites de esas dos condiciones, retomando así los elementos constitutivos de esta protección comunes a los Derechos de los Estados miembros (71).

Las dos condiciones (así llamadas expresamente por el T.J.C.E., y no límites) son explicadas a continuación en la sentencia (72). Ahora bien, el T.J.C.E. concluye con la tajante declaración de que esta protección prestada a la correspondencia (es decir, que sea correspondencia entre abogado y cliente y que cumpla las dos condiciones referidas) "no podría ser entendida más allá de este marco determinado por el alcance de las reglas comunes relativas al ejercicio de la profesión de abogado" (73).

Esto significa dos cosas: en primer lugar, la asunción del nivel mínimo de protección de los derechos fundamentales; y en segundo lugar, que toda correspondencia que no cumpla esas dos condiciones queda desprotegida en Derecho comunitario, no sirviendo la alegación del derecho a la intimidad o del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia.

La desprotección de la correspondencia es tal que el procedimiento para aplicar la protección de la confidencialidad, tal y como lo configura el T.J.C.E. en esta sentencia, es de carácter sumamente lesivo del derecho. En efecto, para el T.J.C.E., en primer lugar hay una inversión de la carga de la prueba en perjuicio del

particular. Si una empresa sometida a verificación rechaza presentar entre los documentos exigidos por la Comisión, la correspondencia intercambiada con su abogado, le incumbe, en todo caso, proporcionar a los agentes mandados por la Comisión -sin por ello desvelarles el contenido de la correspondencia en cuestión- los elementos útiles para probar que esta cumple las condiciones arriba referidas que justifican su protección (74).

En segundo lugar, si la Comisión estimara que tal prueba no ha sido aportada, la apreciación de esas dos condiciones no podría ser dejada a un árbitro o a una autoridad nacional (subrayado nuestro) pues tratándose de una aprobación y de una decisión que afectan a las condiciones de acción de la Comisión en un terreno tan esencial para el funcionamiento del Mercado Común, como es el del respeto de las reglas de la competencia, la solución de los litigios relativos a la aplicación de la protección de la confidencialidad de la correspondencia entre los abogados y sus clientes sólo puede ser buscada en el nivel comunitario (75). Aquí el T.J.C.E., parece olvidar que un derecho fundamental es más importante que las reglas de la competencia y que no se puede buscar la protección de éstas a costa de la de aquél. Por lo demás, el mismo hecho de que la protección de un derecho fundamental sea más importante que las reglas de la competencia y que esa materia corresponda a los Estados no habiendo sido transferida a la Comunidad debería, haber supuesto para el T.J.C.E., de un lado, su incompetencia para tratar el asunto y, de otro, en caso de asumir, como así fue, el asunto, el deber buscar formas de exigir el respeto a las reglas de la competencia que no vulneren los derechos fundamentales.

En tercer lugar, el T.J.C.E. corona su construcción señalando que corresponde a la Comisión ordenar, en aplicación del art. 14.3 del Reglamento, la presentación de la correspondencia litigiosa y, si fuera necesario, infligir a la empresa una multa en virtud del mismo Reglamento

para sancionar su negativa aportar elementos de prueba suplementarios considerados por la Comisión como necesarios o a presentar la correspondencia en cuestión que la Comisión estimara que no tengan un carácter confidencial legalmente protegido (76).

Finalmente, en cuarto lugar, y en cuanto al régimen de recursos, el TJCE tranquiliza a la comisión al recordarle que un recurso presentado por la empresa afectada contra tales decisiones no tiene carácter suspensivo, por lo que dicho recurso no afectará a la eficacia del control de la Comisión sobre el respeto a las reglas de la competencia del T.C.E.E. Por otra parte, el Tribunal considera que los intereses de la empresa afectada están salvaguardados por la posibilidad de ver ordenado el aplazamiento de la ejecución de la decisión tomada o de cualquier otra medida provisional (77). Es decir, hay sólo una leve expectativa de inviolabilidad de la correspondencia.

La conclusión es evidente: el nivel de protección ofrecido por el Derecho Comunitario al derecho al secreto de la correspondencia es mucho menor del ofrecido por las Constituciones de muchos Estados, entre ellos España.

No es compartible, por tanto, el entusiasmo de algún autor que, al hilo de la S.T.J.C.E. de 18 de mayo, caso A.M.&S. considera que: "merece destacarse la sensibilidad del Tribunal en materia de derechos fundamentales, al reconocer como necesario y digno de protección, en el ámbito del derecho de defensa, el derecho al asesoramiento público (recte jurídico) y a la confidencialidad de la correspondencia entre abogado y cliente ya desde el marco de los procedimientos de investigación previa y, particularmente entre ellos, las verificaciones" (78).

Pudiera alegarse que en este tipo de casos, la naturaleza de las comunicaciones que aquí están en juego se refiere más a la propiedad y a la empresa que a la intimidad personal. Dejando al margen el problema de la titularidad por personas jurídicas del derecho a la intimidad, lo cierto

es que, utilizando la terminología del T.C., el secreto de las comunicaciones es una garantía "formal" y no "material", cuya eficacia no depende del contenido de la comunicación pues existe una presunción ius et de iure de que lo comunicado es secreto o íntimo. El secreto de la comunicación es una garantía preventiva que adelanta la barrera de protección de la intimidad de forma eficaz al establecer dicha presunción.

b.4) El derecho a la inviolabilidad de domicilio.

Muchas de las consideraciones hechas respecto al derecho fundamental al secreto de la correspondencia deben ser reiteradas aquí. Como éste, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no está contemplado en el Derecho Comunitario primario. Se recoge en el art. 6.2 de la Declaración de 1.989 ("respeto del domicilio") y se encuentra afectado por una norma de Derecho Comunitario derivado que es el Reglamento 17/62.

Ya hubo ocasión de comentar, al tratar de la evolución experimentada en la postura del T.J.C.E. sobre los derechos fundamentales, la doctrina expuesta por la sentencia del caso San Michele, respecto al ámbito C.E.C.A. En aquella ocasión el Tribunal observó que el art. 86.4 T.C.E.C.A, no tiene por objeto regular la extensión del poder de información y de verificación atribuido a la A.A. por el art. 47 del mismo tratado, sino únicamente poner a disposición de ésta los medios coercitivos que los Derechos nacionales establecen en materia fiscal, para la ejecución directa y forzada por los agentes de la A.A. de misiones de control "susceptibles de afectar a la esfera de las libertades individuales y de derogar el principio de inviolabilidad de domicilio"(79). También se comentó lo acertado de la solución propuesta por el art. 86.4 T.C.E.C.A.

El problema, sin embargo, se planteará desde una perspectiva diversa en el ámbito C.E.E. a raíz de dictarse el Reglamento 17/62 del Consejo. Como ya se refirió, no se aceptó la propuesta de incluir la

exigencia de la obtención de un mandato judicial allí donde fuese constitucionalmente exigible. El problema se plantea especialmente respecto al art. 14.1 c) y d) del Reglamento que dice así:

"En el cumplimiento de las tareas que le son asignadas por el art. 89 y por las disposiciones adoptadas en aplicación del art. 87 del Tratado, la Comisión podrá proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en la empresa y en las asociaciones de empresas.

A este fin, los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

.....

c) Pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales;

d) Acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas".

Las verificaciones pueden realizarse, bien con base en un mandato escrito, previo aviso a la autoridad competente del Estado miembro de la misión y de la identidad de los agentes acreditados (art. 14.2), bien mediante una decisión que ordene tal verificación.

De igual modo que respecto al secreto de la correspondencia, la oposición a las verificaciones alegando vulneración del derecho a la inviolabilidad de domicilio no queda amparada por él y lleva consigo sanciones pecuniarias (arts. 15 y 16).

Dicho lo anterior hay que advertir que se han presentado ya cuatro casos en torno al art. 14.1 d) del Reglamento (80). No obstante, la solución no ha sido siempre igual. La diferencia radica en el problema de la titularidad por las personas jurídicas del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio.

En la sentencia del caso National Panasonic, la empresa reclamante invocó en particular el art. 8 C.E.D.H. y en concreto estimó que estas garantías del C.E.D.H. deben ser aseguradas mutatis mutandis igualmente a las personas morales o jurídicas (81). El T.J.C.E. consideró respecto al art. 8 C.E.D.H. que "en la medida en que se aplique a personas morales o jurídicas, (subrayado nuestro) el enunciado del principio de la no injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio de los derechos" (del art. 8.1 C.E.D.H.), se admite, en el art. 8.2 CEDH, "que tal injerencia es posible en la medida en que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o la moral y la protección de los derechos y libertades de los demás" (82). Esto ha sido interpretado de forma casi unánime por la doctrina en el sentido de que el T.J.C.E. reconoce el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas (83) y apenas un autor considera que ante esta cuestión el T.J.C.E. mantiene una postura "ambigua" (84). Es evidente que el T.J.C.E. no niega la titularidad por las personas jurídicas de ese derecho y la admite implícitamente en la medida en que considera las medidas litigiosas justificadas a la luz del art. 8.2, precepto que señala las injerencias permitidas en el derecho reconocido en el art. 8.1. Sólo puede argumentarse sobre el art. 8.2 C.E.D.H. partiendo de la base de reconocer el derecho del art. 8.1.

La orientación del Tribunal, respecto a esta cuestión, cambiará radicalmente desde la sentencia del caso Hoechst, ya referida. Esta sentencia, ya examinada como un punto relevante en la evolución de la postura del TJCE sobre los derechos fundamentales, se pronuncia expresamente a favor del nivel mínimo de protección, precisamente en conexión con el problema de la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio por las personas jurídicas. La recurrente es una empresa alemana y partía del hecho de que ese derecho fundamental se

reconoce en Alemania a las personas jurídicas. El Tribunal afirma que, si bien "el reconocimiento de tal derecho en lo referente al domicilio privado de las personas físicas se impone en el ordenamiento jurídico comunitario en tanto que principio común a los Derechos de los Estados miembros, no sucede lo mismo en lo que se refiere a empresas, pues los sistemas jurídicos de los Estados miembros presentan divergencias no desdeñables en lo que se refiere a la naturaleza y al grado de protección de los locales comerciales de cara a las intervenciones de las autoridades públicas". (85). El T.J.C.E. acude al art. 8 del C.E.D.H. para afirmar que el objeto de protección del art. 8.1 del C.E.D.H. "afecta al terreno del desarrollo de la libertad personal del hombre y no podría por tanto ser extendido a los locales comerciales". Por otra parte, el T.J.C.E. constata "la ausencia de una jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este aspecto" (86). El T.J.C.E., pese a negar ese derecho a las personas jurídicas afirma que "no deja de ser cierto que, en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros, las intervenciones del poder público en la esfera privada de toda persona, sea física o jurídica, deben tener un fundamento legal y estar justificadas por las razones previstas por la ley". Estos sistemas "prevén, en consecuencia, si bien con modalidades diferentes, una protección de cara a las intervenciones que fueran arbitrarias o desproporcionadas" concluyendo el TJCE que "la exigencia de tal protección debe ser reconocida como un principio general del Derecho Comunitario". La sentencia prosigue recordando que "el Tribunal ha afirmado su competencia de control respecto a un carácter eventualmente excesivo de las verificaciones efectuadas por la Comisión en el marco del Tratado C.E.C.A.", mencionando la sentencia del caso San Michele ya citada aquí (87). Es decir, no reconoce el T.J.C.E. a las personas jurídicas un derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, pero sí una "protección frente a las intervenciones que fueran arbitrarias o desproporcionadas", que además se califica de "principio general del Derecho Comunitario igual

que los derechos fundamentales". Construcción complicada que sólo sirve para contradecir su anterior jurisprudencia y rebajar al mínimo el nivel de protección de los derechos fundamentales. En efecto, conviene recordar que el C.E.D.H., en el que se basa el T.J.C.E. para restringir la titularidad del derecho en cuestión, es, según su art. 60, una norma de mínimos y con toda seguridad ofrece una menor protección que el Derecho Constitucional alemán.

En lo que las cuatro sentencias coincidirán será en aplicar la doctrina comunitaria del "efecto útil". La sentencia National Panasonic afirma que los poderes conferidos a la Comisión por el art. 14 del Reglamento 17/62 "tienen por fin permitir a ésta cumplir la misión que le está concedida por el Tratado C.E.E. de vigilar el respeto de las reglas, de la competencia en el mercado común". Dichas reglas tienen por función "evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general de las empresas individuales y de los consumidores" (88); por ello, "el ejercicio de los poderes conferidos a la Comisión por el Reglamento nº 17, concurre al mantenimiento del régimen de la competencia querido por el Tratado cuyo respeto se impone imperativamente a las empresas". El T.J.C.E. concluye que "en estas condiciones, no parece pues que el Reglamento nº 17, confiriendo a la Comisión poderes para proceder a verificaciones sin previa comunicación, conlleve una lesión al derecho invocado por la reclamante" (89). Por tanto, el T.J.C.E. consagra la tesis de que el fin (el "efecto útil") justifica los medios (la lesión de derechos fundamentales) con el argumento sofisticado de que dado que se atiende al fin previsto por la norma, en consecuencia los medios son justos y no violan derechos fundamentales. De este modo, la doctrina del "efecto útil" despliega todas sus consecuencias deletéreas.

Esta doctrina aparece confirmada y ampliada a partir de la sentencia del caso Hoechst. El Tribunal añade a las consideraciones

expuestas en la National Panasonic que los considerandos 7º y 8º del Reglamento nº 17 abonan esa tesis del efecto útil. Dichos considerandos dicen lo siguiente:

"Considerando que, a fin de asegurar una aplicación uniforme en el mercado común de las disposiciones de los arts. 85 y 86 es preciso fijar las reglas según las cuales la Comisión, actuando en estrecha y constante colaboración con las autoridades competentes de los Estados miembros, podrá adoptar las medidas necesarias para la aplicación de los arts. 85 y 86;

Considerando que, para ello, la Comisión debe obtener la colaboración de las autoridades competentes de los Estados miembros y debe disponer, además en el ámbito del mercado común, del poder de exigir las informaciones y proceder a las verificaciones que sean necesarias para descubrir los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas prohibidas por el art. 85.1, así como la explotación abusiva de una posición dominante prohibida en el art. 86".

A partir de aquí el T.J.C.E. afirma que "tanto la finalidad del Reglamento nº 17 como la enunciación por el art. 14 de los poderes de los que están investidos los agentes de la Comisión, revelan que las verificaciones pueden tener un alcance muy amplio". A este respecto, dice el T.J.C.E. "el derecho de acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte presenta una importancia particular en la medida en que debe permitir a la Comisión recabar las pruebas de las infracciones a las reglas de la competencia en los lugares donde se encuentran normalmente, esto es, en los locales comerciales de las empresas" (90).

El T.J.C.E. añade algo que es compartible y es que "este derecho de acceso estaría desprovisto de utilidad si los agentes de la Comisión debieran limitarse a demandar la presentación de documentos o de informaciones que deban identificar previamente de forma precisa", pues tal derecho de acceso implica, al contrario, "la facultad de buscar

elementos de información diversos que no son aún conocidos o no están plenamente identificados" ya que "sin tal facultad le sería imposible a la Comisión recabar los elementos de información necesarios para la verificación en el caso en que se encontrara con un rechazo de colaboración o con una actitud de obstrucción por las empresas afectadas" (91). Ahora bien, una cosa es que el derecho de acceso se configure eficazmente y otra distinta que, so capa de utilidad, se vulneren los derechos. Los poderes de verificación deben moverse en el marco del respeto a los derechos fundamentales y es dentro de ese marco y sin transgredirlo donde deben ser establecidos del modo que resulten lo más eficaces que sea posible.

El T.J.C.E. establece unas condiciones para el ejercicio de los poderes de verificación de la Comisión de naturaleza tal que, en su opinión, permitan garantizar el respeto de los derechos de las empresas afectadas.

En primer lugar, debe aludirse a la obligación impuesta a la Comisión de indicar el objeto y el fin de la verificación. Esta obligación constituye una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención pretendida en el interés de las empresas afectadas, sino también para poner a éstas en situación de captar el alcance de su deber de colaboración preservando a la vez sus derechos de defensa (92).

En segundo lugar, las condiciones varían en función del procedimiento elegido por la Comisión. Las verificaciones pueden realizarse con la colaboración en las empresas afectadas, bien de manera voluntaria en la hipótesis de un mandato escrito de verificación ex. art. 14.2 del Reglamento, bien en virtud de una obligación derivada de una decisión de verificación, si bien en esta última hipótesis los agentes de la Comisión no podrán forzar el acceso a los locales o a los muebles, ni obligar a los empleados de la empresa a proporcionales tal acceso, ni

emprender registros sin la autorización de los responsables de la empresa (93).

En tercer lugar, caso de que los agentes de la Comisión se enfrenten a la oposición de las empresas afectadas, en virtud del art. 14.6 pueden buscar, sin la colaboración de aquellas, todos los elementos de información necesarios para la verificación con el concurso de las autoridades nacionales que deben proporcionar la asistencia necesaria para el cumplimiento de su misión. Esta asistencia puede igualmente ser pedida a título preventivo para remontar la oposición eventual de las empresas (94).

En cuarto lugar, y caso de que se solicite, corresponde a cada Estado miembro regular las condiciones en las cuales se proporciona la asistencia de las autoridades nacionales a los agentes de la Comisión. Los Estados miembros deben asegurar la eficacia (subrayado nuestro) de la acción de la Comunidad respetando los principios generales susodichos. Se supone que, con estos límites, es el Derecho nacional el que define las modalidades procedimentales apropiadas para garantizar el respeto a los derechos de las empresas (95).

En quinto lugar, formalmente, la Comisión debe velar para que esta instancia competente según el Derecho nacional disponga de todos los elementos necesarios para permitirle ejercer el control que le es propio. Importa subrayar que esta instancia, sea judicial o no, no podría, en esta ocasión, sustituir con su propio criterio sobre el carácter necesario de las verificaciones ordenadas, el criterio de la Comunidad, cuyas evaluaciones de hecho y de derecho sólo están sometidas al control de legalidad del T.J.C.E.. Por contra, se hallan entre los poderes de la instancia nacional de un lado, el examinar, después de haber constatado la autenticidad de la decisión de verificación, si las medidas coactivas previstas no son arbitrarias o excesivas en relación con el

objeto de la verificación, y, de otro lado, el velar por el respeto a las normas de Derecho nacional en la ejecución de estas medidas (96).

Todas estas condiciones serían plausibles sino fuera porque, caso de oposición de las empresas a las medidas de verificación, la Comisión, independientemente de acudir a las autoridades nacionales, impone en virtud de los arts. 15 y 16 de Reglamento fuertes multas coercitivas. Es evidente que nadie puede ser sancionado por el ejercicio legítimo de un derecho fundamental. Aquí (buen ejemplo de ello es el caso Hoechst) la Comisión impone multas a las empresas que ejercen su derecho a la inviolabilidad de domicilio y niegan el acceso a sus agentes para realizar las verificaciones si no están provistos de un mandato judicial.

Una posibilidad interesante que debería explorar el T.J.C.E. para afrontar los casos de presuntas infracciones al régimen de la competencia, sin grave quebranto de las garantías jurídicas de la empresa, ni de la eficacia de la verificación, sería la adaptación al Derecho comunitario de las órdenes Anton Piller del derecho inglés. Este tipo de órdenes garantiza la imprescindible intervención judicial y, a la vez, tienen la suficiente flexibilidad para ser adoptadas en el marco de los problemas de la infracción al régimen de la competencia.

En conclusión, no puede decirse que la regulación del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio en el Derecho Comunitario sea satisfactoria.

b.5) Derecho a la autodeterminación informativa.

Igual que sucede con los anteriores, no hay normas comunitarias que prevean este nuevo derecho. Ello no obstante, algún autor, como Díez de Velasco, al examinar el derecho al respeto a la vida privada, trata del problema de la "protección de los datos personales", aspecto éste que sería encuadrable en la figura del derecho a la autodeterminación

informativa. En este contexto menciona Díez de Velasco el art. 214 T.C.E.E. según el cual los funcionarios y agentes de las instituciones comunitarias están obligados a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas. Igualmente, este autor refiere el art. 20 del Reglamento nº 17/62 que también protege los secretos comerciales de los operadores económicos (97). A dichos preceptos cabría añadir los concordantes del T.C.E.C.A. y T.C.E.E.A. que versan sobre idéntico asunto, esto es, el secreto profesional (98).

El derecho a la autodeterminación informativa, sin embargo encuentra parcial plasmación en el art. 18 de la Declaración de derechos del Parlamento Europeo de 1989, de forma independiente respecto al derecho a la intimidad recogido en el art. 6 del mismo instrumento. Según el art. 18.:

"Toda persona tiene derecho de acceso y de rectificación en lo que se refiere a los documentos administrativos y los datos que les afecten".

Díez de Velasco considera que el derecho de acceso en lo que se refiere a documentos administrativos en procedimientos contradictorios ha sido reconocido por el Tribunal en el contexto de la definición de los derechos de defensa, sobre todo en materia de procedimientos de competencia. Así en la sentencia del caso Hoffmann la Roche (99) el Tribunal afirmó que el respeto del derecho de defensa exige que a la persona contra la que la Comisión ha iniciado un procedimiento administrativo se le haya dado ocasión de manifestar su punto de vista sobre la realidad y la oportunidad de los hechos y circunstancias alegados y sobre los documentos admitidos por la Comisión en apoyo de su alegación sobre la existencia de una infracción del Derecho Comunitario. De igual modo, en la sentencia del caso Pontlieu (100)

respecto a los procedimientos seguidos ante el Tribunal se reconoció el principio del art. 18 de la Declaración que implica la exclusión de documentos no accesibles a la otra parte (101).

Finalmente, debe considerarse la preocupación manifestada por el Parlamento Europeo en diversas resoluciones. En este sentido, debe mencionarse el Informe Mansfield elaborado en nombre de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo el 19 de febrero de 1974, el Informe Bayerl hecho también en nombre de la Comisión Jurídica del Parlamento Europeo el 4 de mayo de 1979 y la Recomendación de la Comisión Europea de 29 de julio de 1981 sobre el Convenio del Consejo de Europa sobre la protección de las personas ante el tratamiento automatizado de los datos personales (102).

En definitiva, la regulación comunitaria acerca de este derecho es mínima y no ha planteado problemas hasta el momento.

C) EL PROBLEMA ANTE EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL.

c.1) El conflicto Derecho-Comunitario- Derecho Constitucional Español.

A) Los precedentes extranjeros.

a') Italia.

Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno (básicamente constitucional) han sido objeto de numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional italiano (Corte Costituzionale) desde una fecha bastante temprana.

La primera resolución sobre este asunto es de 1963 (103). El asunto trata acerca del recurso de inconstitucionalidad contra una ley de la Región Sicilia que excedía sus límites competenciales propios. Para el

T.C.I. el problema concierne a la constitucionalidad de los actos normativos de una Región en materias que han sido objeto de un Tratado Internacional dictados sin observar las directrices impartidas por el Estado en orden al respeto a las obligaciones internacionales que ha contraído (104). En concreto, la Región Sicilia omitió el proporcionar noticias y aclaraciones sobre dicha ley pedidas por la Comisión de la C.E.E. conforme a la normativa comunitaria. Ello vició de inconstitucionalidad esa ley regional (105). Aquí ya se aplica el principio de competencia para regular las relaciones entre los ordenamientos estatal y comunitario.

El siguiente pronunciamiento al respecto es la sentencia *Costa c. ENEL* (106) donde se hace un planteamiento muy radical del problema. El T.C.I. afirma que el art. 11 de la Constitución italiana, que permite la adhesión a las Comunidades, no concede a la ley que, en virtud del mismo, hace ejecutivo el Tratado en Italia, una eficacia superior a la que es propia del resto de las leyes. De esta suerte, las leyes que contemplan disposiciones contrarias a ese Tratado, si bien comprometen la responsabilidad del Estado en el plano internacional, no por ello privan de su plena eficacia a la ley que se contradice con él. Es decir, el Derecho comunitario y el Derecho interno son dos Derechos distintos e independientes entre sí. Por todo ello concluye que puesto que permanece el principio de que la ley posterior prevalece sobre la anterior, según la regla de sucesión de las leyes en el tiempo, las leyes posteriores a la ley de ejecución del Tratado no pueden dar lugar a una cuestión de inconstitucionalidad (107). Esta sentencia suscitó la rápida respuesta del S.T.J.C.E. en su famosa sentencia de 15 de julio de 1.964, caso *Costa c. ENEL*, ya citada, que subraya la primacía y autonomía del Derecho comunitario que implica la imposibilidad de que éste pueda ser derogado por normas internas.

Poco después se dictó la sentencia del caso *Acciaierie San Michele* (108) que reproduce un supuesto antes planteado en el T.J.C.E. y resuelto en una sentencia ya citada. El T.C.I. sigue manteniendo que las leyes que ejecutan un Tratado ex. art. 11 Constitución italiana son similares a las demás y, por tanto, están expuestas, al control de constitucionalidad (109). Igualmente reafirma que el ordenamiento comunitario es totalmente distinto del interno habiendo éste reconocido al ordenamiento comunitario, no para insertarlo en su sistema, sino, en primer lugar, para hacer en éste operativa la cooperación internacional que está entre sus fines y, en segundo lugar, para delimitar los casos en los que tiene efectos internos la actividad que los órganos de comunidad están legitimados para desempeñar en el ámbito de sus competencias respectivas (nella cerchia della rispettiva competenza) (subrayado nuestro) (110). Esta afirmación del principio de competencia es de una especial transcendencia y estará presente en todos los pronunciamientos del T.C.I. sobre esta cuestión.

Combinando ambos principios: autonomía y competencia el Tribunal llega a una conclusión que diverge de la anterior. En efecto, puestos como están, el T.J.C.E. y el T.C.I. en ámbitos jurídicos separados, "los órganos de la jurisprudencia internos no tienen competencias (s.n.) para controlar los actos de los órganos de la C.E.C.A. porque estos órganos no están sujetos al poder soberano de los Estados que participan en la Comunidad, no viven en el ordenamiento de ninguno de tales Estados, y sus actos sólo son objeto de calificación legislativa por parte de los ordenamientos de los Estados en los límites en los que pueda existir una obligación de no desconocer sus efectos" (111).

Ahora bien, esos efectos del Derecho comunitario están determinados sin perjuicio del derecho del individuo a la tutela jurisdiccional, que es un derecho que está entre los inviolables del

hombre que la Constitución garantiza en el art. 2. El T.C.I., no obstante, declara que el ordenamiento comunitario asegura la tutela jurisdiccional, contra los actos de sus órganos que se refieren a sujetos singulares, ante el T.J.C.E. que está constituido y opera según reglas que se corresponden a las líneas fundamentales del ordenamiento jurisdiccional italiano (por lo que es órgano al que se le puede atribuir naturaleza jurisdiccional) (112). En este sentido el T.C.I. afirma que, en el ámbito del ordenamiento de la C.E.C.A., resulta comprendida la tutela jurisdiccional de los derechos y los intereses legítimos previstos por el art. 113 de la Constitución italiana (113).

Se trata, pues de una importante sentencia que afirma varias cosas relevantes: en primer lugar, el principio de competencia para regular las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno; en segundo lugar, que la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución condiciona la eficacia del Derecho comunitario, en concreto, el T.C.I. habla del derecho a la tutela jurisdiccional; y en tercer lugar, que este derecho está recogido y protegido en el ámbito del ordenamiento C.E.C.A.

El T.C.I. dará un paso más con su importante sentencia de 1.973, o caso Frontini (114), primera de las sentencias cuyo ponente fue Astuti. El T.C.I. reitera que, como ya se afirmó en la sentencia San Michele, recién examinada, la ley de ratificación y ejecución de un Tratado internacional ex. art. 11 es susceptible de ser controlada por el T.C. (115). El Tribunal observa que Italia y los otros Estados miembros de la Comunidad Económica le han conferido y reconocido determinados poderes soberanos (s.n) constituyéndola como institución caracterizada por un ordenamiento jurídico autónomo e independiente. Ha sido realizada por cada uno de los Estados miembros una transferencia parcial a los órganos comunitarios de la función legislativa a partir de un preciso criterio de reparto de competencias para las materias

analíticamente indicadas en las Partes II y III del Tratado, en correlación necesaria con las finalidades de interés general establecidas por el mismo Tratado para la política económica y social de la Comunidad. Esta atribución de potestad normativa a los órganos de la C.E.E. con la correspondiente limitación de la propia de los órganos constitucionales de los Estados miembros, no ha sido consentida unilateralmente, ni sin que antes Italia haya adquirido poderes en el ámbito de la nueva institución (116).

El Tribunal perfila ya nitidamente los principios de autonomía y competencia que, según él, presiden las relaciones entre el Derecho comunitario europeo y el Derecho interno. De este modo, considera que los reglamentos emanados de la Comunidad Europea ex. art. 189 T.C.E.E. pertenecen al ordenamiento propio de la Comunidad; el Derecho de ésta y el Derecho interno de los Estados miembros pueden configurarse como sistemas jurídicos autónomos y distintos, aunque coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado (117).

Para el Tribunal, si bien el Derecho Comunitario no es objeto de las garantías que la Constitución italiana establece para la actividad legislativa del Estado (referida a la formación y publicación de las leyes, posibilidades de referéndum abrogativo y control de legitimidad constitucional), está caracterizado por un complejo de garantías propio y por un sistema propio de tutela jurídica. En concreto, por lo que respecta a los reglamentos, ex art. 189 T.C.E.E., además de los ya precisados límites de competencias sectoriales "ratione materiae" puestos por las disposiciones del Tratado a la potestad normativa del Consejo y de la Comisión, debe recordarse que la actuación de estos órganos está sujeta al control de la Asamblea y que su acción se desenvuelve con la constante y directa participación del Gobierno italiano y por tanto también

bajo el control, indirecto, pero no por ello menos vigilante y atento, del Parlamento italiano (118).

Dicho lo anterior, el T.C.I. aborda el problema de los derechos fundamentales. En su opinión, son infundadas las dudas relativas a la carencia de un control jurisdiccional por el T.C.I. para la salvaguarda de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución italiana a los ciudadanos por dos razones. En primer lugar, porque el ordenamiento de la C.E.E. contiene un sistema especial de tutela jurisdiccional caracterizado por la plenitud de las funciones atribuidas al T.J.C.E. por los arts. 164 ss. T.C.E.E., habiéndose ya pronunciado el T.C.I. en este sentido en la sentencia del caso San Michele (98/1965). Pero en segundo lugar, y esto es más importante, aquellas dudas son infundadas porque "la competencia normativa de los órganos de la C.E.E. está prevista por el art. 189 del Tratado de Roma limitadamente a materias referidas a relaciones económicas" por lo que parece difícil configurar, aún en abstracto, la hipótesis de que un reglamento comunitario pueda incidir en materia de relaciones civiles, ético-sociales, políticas, con disposiciones que contradigan a la Constitución italiana. En consecuencia, el Tribunal concluye que "en virtud del art. 11 de la Constitución han sido consentidas limitaciones de soberanía únicamente para conseguir las finalidades antes indicadas, y por tanto, debe excluirse que semejantes limitaciones, concretamente puntualizadas en el Tratado de Roma suscrito por países cuyos ordenamientos se inspiran en los principios del Estado de Derecho y garantizan la libertad esencial de los ciudadanos, puedan de cualquier modo, conllevar para los órganos de la C.E.E. un inadmisibles poder de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de las personas humanas" (s.n.). Es obvio, por tanto, para el T.C.I. que si alguna vez se diera al art. 189 una interpretación tan aberrante, en tal hipótesis estaría siempre asegurada la garantía del control jurisdiccional de este Tribunal sobre la compatibilidad del Tratado con los precitados

principios fundamentales. En cambio, se excluye que el T.C.I. pueda controlar simples reglamentos comunitarios, pues el art. 134 de la Constitución italiana sólo reserva el control de constitucionalidad para confrontar las leyes o los actos que tengan fuerza de ley del Estado o de las Regiones mientras que reglamentos comunitarios no son tales pues, como ya se vió, pertenecen a un ordenamiento distinto (119).

En conclusión, esta importante sentencia determina en primer lugar, que, afirmando la jurisprudencia anterior, los principios de autonomía y competencia, marcan las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno; segundo, que en virtud del principio de autonomía, el Derecho comunitario no es objeto de control; tercero, que sólo es objeto de control el Derecho derivado primario, o mejor, la ley que lo ejecuta en Italia; cuarto, que la protección de los derechos fundamentales constituye una competencia no sólo no transferida sino intransferible al menos en orden a disminuir su nivel de protección.

Esta sentencia marcará el rumbo de la jurisprudencia del T.C.I. hasta el cambio parcial sufrido con la sentencia nº 170/1.984. En este sentido se manifiesta la sentencia del caso I.N.C.I. (120). En ella reafirma la doctrina de la sentencia de 1.973, principalmente en lo que se refiere a los principios de autonomía y competencia para regular las relaciones entre los dos ordenamientos (121), excluyéndose expresamente la tesis de una "prevalencia general" del Derecho comunitario. La posterior sentencia del caso Unil-L.T. (122), que también versa sobre las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno se centra en la cuestión de la aplicación del Derecho, caso de conflicto entre ambos, sintetizando la doctrina que mantendría el T.C.I. hasta 1.984, a saber: ante un conflicto entre norma comunitaria y norma interna, hay que seguir los siguientes criterios: primero, que toda norma comunitaria deroga las normas internas anteriores infraconstitucionales incompatibles con aquella si es dictada en ejercicio de competencias propias; segundo, que

si la norma interna es posterior a la norma comunitaria, el control corresponde a la jurisdicción ordinaria caso de normas infralegales y a la jurisdicción constitucional para el supuesto de normas legales o con fuerza de ley (123).

Tras este grupo de sentencias que pudiera llamarse "doctrina Astuli", a partir de 1.981, parece iniciarse una línea de matización de la posición anterior. En sendas sentencias de esa fecha (124) cuyo ponente es La Pergola, el T.C.I., sin desautorizar o modificar su jurisprudencia anterior, rehúsa pronunciarse sobre la misma. El T.C.I., no obstante, en la primera de ellas, la 176/1.981, señala que "la observancia del Tratado institutivo de la C.E.E. y de la normativa derivada del mismo, se considera en el ordenamiento interno como un límite al cual la ley debe conformarse". Así, "según la Constitución, el Derecho comunitario prevalece sobre el Derecho interno incompatible", algo que, según el T.C.I., ha sido declarado por él "en varios pronunciamientos" (125). No obstante, ese pronunciamiento, como tal, no se encuentra en anteriores decisiones del T.C.I. donde la afirmación aparece matizada por el principio de la competencia.

Será en la sentencia del caso Granital (126), en la que el T.C.I., matice su postura de forma más explícita. Ahora bien, el Tribunal declara que "hay un punto firme en la construcción jurisprudencial de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno: los dos sistemas son configurados como autónomos y distintos, si bien coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado". Es decir, los principios de autonomía y de competencia son reafirmados para caracterizar las relaciones entre los dos derechos. Para el Tribunal, la fuente comunitaria pertenece a otro ordenamiento diverso del Estatal. Las normas derivadas de aquella, si bien en virtud del art. 11 de la Constitución vienen a recibir directa aplicación en el territorio italiano, permanecen extrañas al sistema de fuentes interno y, si ello es

así, no pueden, lógicamente, ser valoradas según los esquemas dispuestos para la solución de los conflictos entre las normas del ordenamiento interno. Por ello, "la coordinación entre los dos ordenamientos procede de que la ley de ejecución del Tratado haya transferido a los órganos comunitarios, de conformidad con el art. 11 de la Constitución, las competencias que estos ejercen, bien entendido que en las materias reservadas a ellos (117).

De ahí que no pueda extrañar que para el Tribunal el efecto conexo con la vigencia de la norma comunitaria no es el de caducar, abrogar o derogar la norma interna, sino el de impedir que tal norma tenga relieve para la definición de la controversia ante el Juez nacional. Otra cosa ocurriría si el ordenamiento de la Comunidad y el del Estado compusieran una unidad. Pero en opinión del Tribunal, en cuanto coordinados, son distintos y recíprocamente autónomos. Por la razón propia de la distinción entre los dos ordenamientos la prevalencia del reglamento adoptado por la C.E.E. es entendida "en el sentido de que la ley interna no interfiera en la esfera ocupada por tal acto, la cual está enteramente absorbida bajo el Derecho Comunitario". En consecuencia, "fuera del ámbito material y de los límites temporales en los que rige la disciplina comunitaria así configurada, la regla nacional conserva intacto su propio valor y despliega su eficacia y, por otra parte, apenas es necesario decirlo, se somete al régimen previsto para el acto del legislador ordinario; incluso al control de constitucionalidad" (128).

El Tribunal colige de lo anterior que, a diferencia de lo sostenido en sentencias anteriores (doctrina Astuti), el reglamento comunitario siempre es aplicado ya preceda o siga en el tiempo a la ley nacional incompatible con él (129). Ahora bien, el T.C.I. se culpa de advertir que lo anterior no implica que el sector de las relaciones entre Derecho comunitario y Derecho interno sea sustraído a la competencia del Tribunal. A este respecto reafirma la doctrina establecida en la S.

183/1973 que manifiesta que la ley de ejecución del Tratado puede estar sujeta al control del T.C.I. en relación a los principios fundamentales del ordenamiento constitucional italiano o derechos inalienables de la persona humana, en la hipótesis contemplada en ese lugar. En ese caso, el Tribunal estaría llamado a constatar si el legislador ordinario había ignorado injustificadamente alguno de los límites de la soberanía estatal mediante la ley de ejecución del Tratado, en directo y puntual cumplimiento del art. 11 de la Constitución (130).

Puede decirse, en definitiva, que la S.T.C.I. 170/1984 no modifica demasiado la situación anterior (131) y mantiene las ideas axiales de la doctrina del Tribunal desde sus más tempranos pronunciamientos: primero, los principios de competencia y autonomía rigen las relaciones entre los dos ordenamientos; segundo, la protección de los derechos fundamentales es una competencia intransferida e intransferible si va a disminuirse su nivel de protección; tercero, el Derecho Comunitario primario, o mejor, la ley de ejecución del Derecho comunitario primario es objeto del control de constitucionalidad; cuarto, el Derecho comunitario secundario no es objeto de control de constitucionalidad. En virtud de estos postulados, puede decirse que una jurisprudencia del T.J.C.E. cercenante del nivel de protección de los derechos fundamentales reconocido por la Constitución italiana supondría, de un lado, una invasión indebida de competencias y, de otro lado, y a consecuencia de lo anterior, un peligro para la unidad europea por cuanto desvirtuaría el consentimiento prestado por Italia al adherirse a la Comunidad haciéndolo inconstitucional.

La "doctrina La Pergola" recogida en la ss. 170/1984 y que matiza la anterior "doctrina Astuti" encontrará confirmación en posteriores sentencias del T.C.I. En este sentido, las sents. nº 47 y 48 del 1.985 (130) que contienen un único e idéntico fundamento de Derecho reafirmarán la doctrina sobre la aplicación del Derecho Comunitario por los jueces

ordinarios afirmada en la sent. nº 170/1984, en el sentido de que debe aplicarse el reglamento comunitario frente a leyes nacionales incompatibles con él ya anteriores, ya posteriores al mismo. En efecto, el reglamento es tomado en consideración por el ordenamiento italiano en cuanto y porque acto comunitario, con el resultado de que "la esfera por él ocupada queda precluída para la ley estatal". Esta, por su parte, forma parte de un ordenamiento que no quiere interferirse en la producción jurídica del sistema autónomo y distinto de la Comunidad, si bien garantiza, gracias a lo dispuesto al art. 11 de la Constitución, la plena e ininterrumpida observancia de tal sistema dentro del ámbito territorial del Estado.

De estas sentencias se deduce una clara e indubitada afirmación del principio de autonomía y un reconocimiento más tímido que en otros pronunciamientos del principio de competencia: sólo en la esfera (competencia) ocupada por el Reglamento queda vedada la aplicación estatal. No obstante la utilización del término "ocupada" y no "atribuida" para referirse a la esfera (o competencia) de la norma comunitaria parece indicar un retroceso del T.C.I. sobre sus propias posiciones al respecto.

Esta línea parece acentuarse con la sentencia 113/1985 (133). Esta sentencia reafirma la doctrina de la sentencia 170/1984. Subraya el principio de autonomía recíproca entre los dos ordenamientos y, como en las dos sentencias antes citadas (47 y 48/1985), el principio de competencia no se afirma expresamente sino de modo implícito. Así, se dice que los dos ordenamientos, si bien recíprocamente autónomos, están "coordinados según las previsiones del Tratado de Roma (134) cuya observancia es objeto , en virtud del art. 11 de la Constitución, de una garantía específica, plena y continua" (135). Ahora bien, lo novedoso de la S. nº 113/1985 es que el régimen que el T.C.I. establece para el Derecho comunitario aparece por primera vez extendido a la

jurisprudencia del T.J.C.E., lo cual puede tener graves consecuencias. Para el Tribunal, la "normativa comunitaria" entra y permanece en vigor en Italia, sin que sus efectos puedan ser cercenados por la ley ordinaria del Estado, cuando satisfaga el requisito de la aplicabilidad inmediata. Pues bien, según el T.C.I. la "normativa comunitaria" a estos efectos, no sólo está constituida "por la disciplina producida por los órganos de la C.E.E. mediante, reglamento, sino también (y esto es lo importante) por las regulaciones ("statuizioni") resultantes de las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia" (136). Esto, si bien puede entenderse limitado por el hecho de que sean "sentencias interpretativas" de normas escritas, con lo que se excluirían las sentencias más puramente "activistas" o creadoras de un Derecho no recogido en los Tratados y demás normas escritas, puede tener graves consecuencias respecto a los derechos fundamentales. En efecto, la jurisprudencia del T.J.C.E. ha invadido claramente ámbitos competenciales que sin ningún género de dudas sólo pertenecen a los Estados cual es el de la protección de los derechos fundamentales. Dado lo anterior, si se considerara que esta jurisprudencia es "normativa comunitaria" cuyo vigor no puede ser cercenado por leyes ordinarias internas, podría llegarse a consagrar la invasión competencial operada, aunque quedaría como reducto la Constitución, no comprendida por el T.C.I. entre esa "leyes ordinarias internas" que deben plegarse ante esa "normativa comunitaria" en sentido amplio. Sin embargo, para el T.J.C.E., a diferencia del T.C.I., la Constitución se considera como "Derecho interno" que corre la misma suerte que las demás normas internas en el conflicto frente al Derecho comunitario. Por ello, esta sentencia, pudiera resultar peligrosa para el nivel de protección de los derechos fundamentales.

B) República Federal Alemana.

En la República Federal Alemana el problema se planteará en términos parecidos, pero no idénticos. Inicialmente el Tribunal

Constitucional Federal Alemán (T.C.F.A.) había aceptado la superioridad del Derecho comunitario. Así, en su S. de 18 de octubre de 1.967 había aceptado la autonomía del ordenamiento comunitario y su carácter originario, y en su S. de 9 de junio afirmaba la superioridad del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional (137). Sin embargo, a raíz de que el Tribunal alemán que planteó la cuestión prejudicial que dió lugar a la S.T.J.C.E. Internationale Handelsgesellschaft, no quedara satisfecho con la decisión del Tribunal europeo: formuló aquella cuestión de inconstitucionalidad ex. art. 100.1 G.G. ante el T.C.F.A. Este dictó un auto conocido como "Solange I" de gran trascendencia (138). Para el Tribunal, en caso de conflicto entre el Derecho comunitario y el Derecho alemán, no es suficiente hablar de "primacia" entendida como prevalencia siempre y en todo caso del primero. En efecto, el art. 25 G.G. da primacía al Derecho internacional sobre el Derecho legal nacional, pero no sobre el constitucional alemán. Por una parte, el art. 24 G.G. que habla de "transferencia de derechos de soberanía a instituciones internacionales" para facilitar la integración en las Comunidades europeas, requiere una interpretación en el contexto de la Constitución, de suerte tal que no pueda aceptarse que dicho precepto abra el camino para cambiar la estructura fundamental de la Constitución a través de la legislación de una organización interestatal cual la Comunidad. Hay elementos de la Constitución que no pueden ser alterados, pues los Tratados se realizaron sobre la base de no afectar la esencia constitucional básica (salva rei substantia). Uno de esos elementos esenciales de la estructura constitucional son los derechos fundamentales. A este respecto, el Tribunal considera las deficiencias de la C.E.E. en esta materia como la carencia de un Parlamento elegido directa y democráticamente con competencias (s.n.) legislativas y principalmente, la carencia de un catálogo codificado de derechos fundamentales (s.n) similar al garantizado en la ley fundamental y "cuyo contenido sea igualmente fidedigno y establecido para el futuro inequívocamente", de forma que

produzca una seguridad jurídica similar a la que genera la Ley Fundamental. En tanto ("solange") no se dé esta seguridad jurídica, que no está garantizada por la jurisprudencia del T.J.C.E., mantiene su vigor la reserva ex. art. 24 G.G.

En conclusión, "para proteger los derechos fundamentales garantizados en la ley fundamental sólo es competente el Tribunal Constitucional Federal" incluso cuando estos derechos se vean afectados por los actos de autoridades o jueces alemanes que se apoyen en el Derecho comunitario (139) de manera que el T.C.F.A. no decide sobre la validez de las normas comunitarias sino sobre la obligación de inaplicar que corresponde a las autoridades o Tribunales germano-federales los cuales pueden e, incluso, deben llevar el caso ante el T.C.F.A. cuando ese tribunal o autoridad considere inaplicable el precepto relevante para su decisión tras haber sido interpretado por el T.J.C.E. conforme al art. 177 T.C.E.E., debido a que colisione con los derechos fundamentales consagrados en la ley fundamental.

Si bien el T.C.F.A. no plantea directamente, como lo hizo el T.C.I. el problema en función del principio de competencia, es lo cierto que dicho principio late indudablemente en la resolución examinada. En efecto, la carencia de un Parlamento de elección directa y democrática con competencias legislativas en materia de derechos fundamentales y la ausencia de un catálogo de derechos fundamentales que forme parte del ordenamiento comunitario europeo son manifestaciones de la ausencia de competencias de la C.E.E. en materia de derechos fundamentales.

Tras esta enérgica decisión, el T.C.F.A. empezó a ofrecer indicios de que matizaría su postura. En 1.979 (140) afirmó obiter dictum que es cuestionable si para futuras normas del Derecho comunitario derivado seguían teniendo ilimitada validez los principios del auto de 29 de mayo de 1.974 debido al desarrollo efectuado en el ámbito europeo. La cuestión quedaba abierta.

Después de esta decisión, el T.C.F.A. dictó dos autos acerca de una organización internacional (Eurocontrol) distinta de la Comunidad Europea, pero cuya doctrina se supuso por los interpretes que podía afectar al problema del Derecho comunitario (141). En el auto Eurocontrol I, se indica que, al transmitirse derechos de soberanía a instituciones internacionales ex. art. 24.1 G.G., debe respetarse el derecho reconocido en el art. 19.4 G.G. ("toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial"). Ahora bien, esto no significa que el sistema de protección judicial contra resoluciones de la organización internacional tuviera que corresponderse exactamente con el previsto por el ordenamiento de la República Federal Alemana. Para el T.C.F.A., un ajuste de la configuración jurídica de una institución internacional a las determinaciones jurídico-internas de un Estado-parte contradiría en última instancia la decisión constitucional a favor de una colaboración internacional expresada en el art. 24.1 G.G. ("La Federación podrá transferir derechos de soberanía, mediante ley, a instituciones internacionales"). En las condiciones antedichas, esa colaboración con otros Estados sería difícilmente realizable y convertiría en la práctica a la R.F.A. (en el campo de las instituciones en el sentido del art. 24. G.G.) no raramente en "incapaz de concertar tratados internacionales" o "intratable" (Vertragsunfähig). En definitiva, parece deducirse que la decisión constitucional a favor de la cooperación internacional supondría una limitación implícita del nivel de protección de los derechos fundamentales.

En este contexto, y tras un auto de 1.983 (142) que presagiaba la nueva línea, se dictó la decisión de 1.986 conocida como Solange II (143). Esta decisión introduce algunos elementos nuevos. El principal de ellos es la consideración del T.J.C.E. como "juez legal" en el sentido del art. 101.1 G.G. Esto supone matizar el principio de autonomía y separación de los dos ordenamientos, mantenido en la Solange-I, para considerar que ambos ordenamientos ni son inconciliables ni están

incomunicados entre sí, sino que se relacionan de múltiples maneras y están abiertos a influencias recíprocas (p.e.j: art. 215 T.C.E. alude a los "principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros"). Se trata de una perspectiva más próxima a la mantenida por el T.C.I. Se considera que son dos ordenamientos distintos y no uno solo, pero coordinados. En este sentido el art. 177 T.C.E.E. opera una "integración funcional parcial" del T.J.C.E. "para el ámbito de competencia (s.n.) que en virtud (del T.C.E.E.) le es atribuido con carácter exclusivo". Es decir, el T.C.F.A. coincide con el T.C.I. en la afirmación básica de los principios de autonomía y competencia para gobernar las relaciones entre ambos ordenamientos y ambas jurisdicciones (estatal y comunitaria).

En este sentido, el auto Solange II, recuerda que, en un sentido similar al indicado por el T.C.I., la autorización conferida en virtud del art. 24.1 G.G. para transferir, mediante ley, derechos de soberanía a instituciones internacionales no carece de límites constitucionales. En efecto, ese precepto no autoriza a renunciar a la identidad del ordenamiento constitucional vigente mediante un quebrantamiento de sus rasgos fundamentales. Elo es especialmente válido en relación con actos de producción de normas jurídicas por parte de las organizaciones internacionales, que, llegado el caso, supusieran un socavamiento de las estructuras esenciales de la Ley Fundamental a consecuencia de una interpretación en este sentido o del desarrollo del Derecho convencional que le sirve de fundamento (s.n.). En cualquier caso, los principios jurídicos que subyacen al apartado de la Ley Fundamental dedicado a los derechos fundamentales constituyen un elemento esencial perteneciente a los rasgos fundamentales de la Ley Fundamental al que no cabe renunciar, como declaró el T.C.F.A., en sus autos Solange I y Eurocontrol I. Por ello, si se produce una transferencia de soberanía ex. art. 24.1 G.G. y, a causa de la misma se produjera una privación de la protección jurídica existente en toda la extensión que le confiere la norma

constitucional, es preciso que en su lugar se garantice un reconocimiento de los derechos fundamentales que equivalga esencialmente en su contenido y en su efecto a la protección jurídica de los derechos fundamentales que según la Ley Fundamental es inalienable (144).

El T.C.F.A., considera ahora que, entre la Solange-I y la Solange-II se ha desarrollado, en el ámbito de la soberanía de las Comunidades Europeas, un grado de protección de los derechos fundamentales que debe considerarse equivalente al modelo de derechos fundamentales recogido en la Ley Fundamental pues las instituciones de la Comunidad han reconocido en forma jurídica relevante, según el T.C.F.A., que en el ejercicio de sus poderes y en la consecución de los objetivos de la Comunidad deben dejarse llevar por el respeto de los derechos fundamentales, tal y como se desprende en especial de las Constituciones de los Estados miembros y del C.E.D.H. (subrayado T.C.F.A.), sin que haya razones para pensar que el modelo de derechos fundamentales alcanzado por el Derecho Comunitario no esté suficientemente consolidado y tenga únicamente carácter provisional.

Ese reconocimiento jurídico relevante de los derechos fundamentales operado en las CC. EE. no queda contradicho según el T.C.F.A., por el hecho de que la Declaración común de las instituciones de 1977 carezca de la naturaleza de Derecho convencional y porque las CC.EE. no sean parte en el C.E.D.H., pues tiene un alto valor interpretativo. Ello no obstante, hechos posteriores como el A.U.E. o la Declaración de Derechos propuesta por el Parlamento Europeo en 1989 revelan, como ya se vió, que, pese a la sumisa tesis del T.C.F.A., ese reconocimiento dista de ser jurídico y relevante.

Por lo demás, y en cuanto al reconocimiento del nivel de protección de los derechos fundamentales, el T.C.F.A. se muestra singularmente ambiguo en su afán evidente de "congraciarse" con los "comunitaristas" y hacer olvidar las críticas hechas al auto "Solange-I". De

un lado el T.C.F.A. parece abogar por un reconocimiento del nivel de protección máximo de los derechos. Así, manifiesta que las Comunidades "deben dejarse guiar por el respeto a los derechos fundamentales, tal y como se desprende en especial de las Constituciones de los Estados miembros" (145). Además, se entiende que para la consideración del nivel de garantía ofrecido a los derechos por las CC.EE. es "decisiva la postura fundamental que el T.J. ha adoptado entre tanto en relación con la vinculación de la Comunidad a los derechos fundamentales, con la conexión normativa de dichos derechos con las Constituciones de los Estados miembros". Igualmente cree que "tampoco cabe esperar que se produzca un descenso del nivel del modelo comunitario de derechos fundamentales obtenidos por el engarce normativo del Derecho comunitario con las Constituciones de los Estados miembros" de forma que "el T.J. no está obligado a situar los principios fundamentales del Derecho comunitario en el nivel del mínimo común denominador que se derive de la comparación de las Constituciones de los Estados miembros" (146). Todas estas consideraciones del T.C.F.A. parecen identificables con una defensa del nivel máximo de protección.

Sin embargo, de otro lado, el T.C.F.A. hace pronunciamientos en la misma decisión que son claramente próximos a la tesis del nivel mínimo de protección. Aparte de situar generalmente la protección del C.E.D.H. en el mismo nivel que los de las Constituciones (omitiendo que según su art. 60, el C.E.D.H. es sólo norma de mínimos sin perjuicio de la protección que por exceso brindan los Estados), el T.C.F.A. dice expresamente que la toma en consideración del C.E.D.H. "en el plano normativo, así como la jurisprudencia del T.E.D.H.... garantiza un nivel de protección mínimo de los derechos fundamentales que satisface en principio las exigencias desde el punto de vista del Derecho Constitucional" (II). A esta muy sorprendente afirmación, cabe añadir la singular teoría del T.C.F.A. según la cual "los derechos fundamentales garantizados por la ley Fundamental se sitúan también en el sistema

constitucional como una unidad de concepto normativo y, por tanto, deben interpretarse y aplicarse en concordancia con otros bienes jurídicos regulados por la Constitución o reconocidos por ella", entre los que cita "el reconocimiento en el preámbulo de la Ley Fundamental de una Europa unida, así como de formas especiales de cooperación supranacional autorizadas por el art. 24.1 G.G." (147). Este último argumento muy próximo al defendido en el auto Eurocontrol I nos parece susceptible de crítica. Por un lado, porque entendemos que el fin de una organización política es la protección de los derechos fundamentales. Por ello no parece muy comprensible que para conseguir la unión política europea (es decir, una organización política más, definida por un territorio que abarca a Europa) -es decir, el medio-, haya que sacrificar el fin (la protección de los derechos fundamentales). Si esa nueva organización otorga menor protección a ese respecto que los Estados, hay que plantearse qué sentido tiene promover la unidad europea. Pero además, debe decirse que hoy por hoy la mejor garantía de los derechos y postulados del Derecho Internacional está en el Derecho constitucional. Si como dice el adagio there is no law without remedy, hoy por hoy el único remedy para hacer eficaz los derechos y principios del Derecho Internacional es el Derecho Constitucional.

Este auto Solange II concluye con una afirmación, próxima a la hecha en Solange I, declarando que a la vista de la evolución de la protección de los derechos fundamentales en las CC.EE., sobre todo por parte del T.J.C.E., "en tanto (Solange) que las CC.EE.... garanticen de manera general una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de las Comunidades, que ha de considerarse equivalente en lo esencial a la protección de los derechos fundamentales incondicionalmente ofrecida por la Ley Fundamental, toda que vez que garantiza con carácter general el contenido esencial de los derechos fundamentales, el T.C.F.A. no ejercerá en lo sucesivo su competencia jurisdiccional en materia de aplicación del Derecho comunitario derivado

que se alegue como fundamento de una conducta de los órganos jurisdiccionales o de las autoridades en el ámbito de soberanía de la R.F.A. y, en consecuencia, no revisará dicho Derecho derivado a la luz de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental" (148) (s.n.)

En definitiva, el T.C.F.A. sigue afirmando su jurisdicción en última instancia para controlar actos que afectan a los derechos fundamentales reconocidos en la G.G. Estos derechos aparecen protegidos por una jurisdicción compartida o concurrente. Ahora bien, la decisión final corresponde al T.C.F.A., y no al T.J.C.E. que puede incluso controlar decisiones de este último cuando recaigan sobre la materia de los derechos fundamentales, cuya garantía última por el Defensor de la Constitución es irrenunciable. El T.C.F.A., integra parcialmente al T.J.C.E. en el sistema de protección de los derechos fundamentales "ex GG", de suerte que éste, más que un órgano comunitario podría verse como un órgano jurisdiccional "alemán" (no en vano este auto considera al T.J.C.E. como "juez legal" a efectos del art. 100.1 GG) y como tal situado bajo el T.C.F.A., en lo que respecta a la defensa de la Constitución. Esta última consideración ha sido recientemente reafirmada (149).

La competencia sustancial sobre la materia de los derechos fundamentales parece que sigue siendo alemana ("los derechos fundamentales de la Ley Fundamental"). No obstante, la competencia jurisdiccional parece considerarse como compartida. El T.J.C.E. se integra como un "juez legal" a efectos del art. 100.1 GG para proteger los derechos de la G.G.

Con posterioridad a la Solange II se han dictado nuevas resoluciones del TCFA que aclaran la postura de este Tribunal ante los conflictos con el Derecho Comunitario subrayando su papel de defensor de la Constitución. Una de ellas es la sentencia de 11 de abril de 1989 (150). Esta sentencia versa sobre la relación entre Derecho constitucional y Derecho comunitario derivado, pero no respecto a derechos

fundamentales sino respecto al principio del Estado federal de la Ley Fundamental. El caso versa sobre un conflicto entre el Land Baviera y el Gobierno federal. Este último considera que del principio del Estado federal resultan "límites a la transferencia de derechos de soberanía" operada según el art. 24.1 G.G.. Según el T.C.F.A., de cooperar el Gobierno federal en la adopción de una norma de Derecho comunitario que vulnere las competencias que corresponden a Baviera, dicho Gobierno vulneraría la posición jurídico-constitucional de ese Land. En opinión del Tribunal, la temida eficacia, por Baviera, del precedente de la actuación del Gobierno federal, especialmente en el supuesto de que el Gobierno federal no pueda imponer sus planteamientos en el Consejo de la C.E.E. y, en consecuencia, sea derrotado en la votación, tropiezaría con una decisión del T.C.F.A. en el asunto planteado, en la medida en que la posición jurídica del Land demandante estuviera fundada.

Esta sentencia, por tanto, considera los actos de aplicación por órganos alemanes de Derecho Comunitario derivado como objeto de control por el T.C.F.A. en la medida en que vulneren un principio esencial de la Ley Fundamental cual es el principio federal.

La última resolución de la que tenemos constancia es el importantísimo auto "Soweit" de 12 de mayo de 1989 (151). El asunto versa acerca de una petición formulada por empresarios tabaqueros que solicitan una orden provisional de carácter cautelar, (einstweilige Anordnung) dirigida al Gobierno federal para que vote en contra de un proyecto de directiva del Consejo sobre etiquetado de productos tabaqueros y pida la retirada de ese proyecto, sobre la base de que tal directiva pudiera lesionar sus derechos fundamentales.

Para el Tribunal, el recurso de amparo (Verfassungsbeschwerde) no puede dirigirse contra la participación del Gobierno federal en la génesis del Derecho comunitario secundario, porque el voto favorable del Gobierno federal para forjar una posición común del Consejo de Ministros

de la C.E.E. según el art. 140.2 a) T.C.E.E. no representa un acto de soberanía inmediata recurrible. La participación del Gobierno federal en la adopción de esas normas no es ningún acto de un poder público contra el demandante sino que contribuye únicamente a la generación de una directiva que sólo tras su entrada en vigor y su conversión en Derecho nacional afecta al demandante.

El recurso de amparo, prosigue, tampoco sería admisible desde la perspectiva de considerar que el voto a favor del poder soberano alemán pudiera ser causa determinante de la violación del derecho fundamental cometida. Si se aprobara la directiva que presuntamente lesiona derechos fundamentales con el voto favorable del poder estatal alemán, las reglas de la directiva sólo alcanzarían al titular de los derechos fundamentales tras un acto de recepción jurídica del poder estatal alemán que ya de por sí es impugnabile. La directiva obliga a los Estados miembros a convertir su contenido en Derecho nacional y abre por tanto un espacio de configuración legal. Para el T.C.F.A., el legislador nacional está sujeto a la Ley Fundamental en la conversión de esa directiva. La cuestión de si lesiona derechos fundamentales o derechos similares del recurrente en la conversión de la directiva en el marco del espacio de configuración permitido por la directiva, está sometida en toda su amplitud al control del juez de la constitucionalidad.

Por ello, en la medida ("Soweit") en que una directiva pueda lesionar el nivel de protección de los derechos fundamentales del Derecho comunitario corresponde al T.J.C.E. la tutela de ese derecho. Si por esa vía no se pudiera conseguir el nivel de protección de los derechos fundamentales ordenado como indispensable ("Unabdingbar") por la Ley Fundamental puede recurrirse al T.C.F.A. (152) (s.n.).

Este último pronunciamiento del auto "Soweit" aclara algunas ambigüedades presentes en el auto Solange II, ya advertidas previamente. En concreto, parece desautorizar la afirmación (que ya

calificamos como sorprendente) contenida en el auto Solange II de que "el C.E.D.H. en el plano normativo... garantiza un nivel de protección mínima en los derechos fundamentales que satisface en principio las exigencias desde el punto de vista del Derecho constitucional" (153). El auto "Soweit" deja muy claro que no es el nivel mínimo otorgado por el C.E.D.H., sino el nivel de protección de la G.G., el canon de enjuiciamiento. En efecto, se trata de un nivel de protección de los derechos fundamentales que está "ordenado como indispensable por la Ley Fundamental" (subrayado nuestro). El T.C.F.A. no admite rebaja alguna en el nivel de protección de los derechos fundamentales ofrecidos por la G.G. Por lo demás, queda claro en el primer inciso del párrafo clave del auto Soweit que se reconoce que el Derecho comunitario brinda un nivel de protección de los derechos fundamentales y que el juez competente para controlarlo es el T.J.C.E.. Ahora bien, dicho nivel y dicha actuación quedan condicionados a no rebajar el nivel de protección de la Ley Fundamental. En definitiva, la decisión final en esta materia es alemana.

De todo lo anterior, pueden extraerse algunas conclusiones: primera, para el T.C.F.A., el Derecho comunitario originario no es objeto de control de constitucionalidad a diferencia de lo que sostiene el T.C.I.; segunda, el Derecho comunitario secundario tampoco es objeto de control de constitucionalidad a semejanza de lo que ocurre en Italia; tercero, toda actuación de un poder público alemán aplicando Derecho comunitario derivado con violación de principios estructurales básicos de la Ley Fundamental, es controlable por el T.C.F.A.; cuarto, a semejanza de lo que opina el T.C.I., se mantiene que Derecho comunitario y Derecho interno son dos ordenamientos distintos, si bien tienen relaciones mutuas, más intensas de lo que se reconoce en Italia; quinto, el principio de competencia caracteriza las relaciones entre ambos ordenamientos, si bien a diferencia de lo que se postula en Italia, este principio no es subrayado y sólo se reconoce implícitamente,

considerándose, por lo demás, que la competencia sustantiva de protección de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental y la competencia jurisdiccional para tutelarlos es compatible con las CC.EE., bien entendido que la decisión última de esta materia es nacional y no comunitaria.

c) Francia.

El Consejo de Estado francés ha mantenido una actitud que ha sido calificada de "belicosa" en el tratamiento de las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario. Aunque se sitúe en un nivel distinto del propio de los Tribunales Constitucionales italiano y germano-federal, es oportuno hacer una breve referencia a la doctrina de éste órgano.

El Consejo de Estado se vale de la teoría del acto claro por lo menos desde 1964. En virtud de tal doctrina, según Soulas de Russel y Engels, le es suficiente declarar que la disposición comunitaria es luminosa para evitar todo procedimiento de interpretación del TJCE. Mediante esta teoría, escapa a los mecanismos comunitarios de unificación-interpretación cuantas veces lo desea (154). El problema se plantea en el terreno de la primacía del Derecho comunitario. Las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional se pueden enfocar desde diversos puntos de vista. Desde el principio de competencia, resultará que las normas comunitarias dictadas sobre las competencias, prevalecerán frente a las normas nacionales, sean anteriores o posteriores a la norma comunitaria. Este es un enfoque que ofrecen los Tribunales Constitucionales alemán e italiano. Pero esas relaciones pueden también ser enfocadas desde el principio de temporalidad, conforme al cual lex posterior derogat legi priori. Desde este punto de vista, la norma estatal posterior derogaría la norma comunitaria anterior enervando así el principio de primacía del Derecho comunitario. Este enfoque es el que sostuvo el TCI en su sentencia Costa (155) aunque

pronto fué abandonado (tras la severa protesta del TJCE) en favor del principio de competencia que sí es cohonestable con el principio de primacía (156). El Consejo de Estado francés, sin embargo, ha mantenido el principio de sucesión temporal de las normas para tratar las relaciones entre los dos ordenamientos en conflicto. Como ha advertido Chueca, esto significa que la comunitarización es algo efímero, sometido a los vaivenes de la voluntad de cada legislador estatal, que puede "renacionalizar" o "reestatalizar" lo comunitarizado poco antes, convirtiendo los principios de primacía y de aplicación uniforme del ordenamiento comunitario en pura teoría académico-judicial, sin trascendencia real alguna (157). Esta posición se ha mantenido por el Consejo de Estado en importantes decisiones siendo la última de 1985 (158).

Esta postura francesa, si bien de difícil justificación, puede tener una explicación. A diferencia de Italia y de la República Federal Alemana que son Estados compuestos, Francia ha venido siendo un Estado fuertemente centralizado. En los primeros, la existencia de varios ordenamientos internos hizo necesaria la articulación de técnicas de conexión entre los diversos ordenamientos intraestatales, siendo el principio de la competencia el que ha regido con más nitidez esas relaciones. La familiaridad con tal principio podría explicar la facilidad con que se ha asumido el mismo para las relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario. Sin embargo, en Francia, la no existencia de varios ordenamientos intraestatales con la consiguiente ausencia de familiaridad con la técnica de conexión basada en el principio de la competencia, podría explicar la adopción del principio de sucesión temporal de las normas, que, evidentemente, sólo es válido cuando nos encontramos ante un sólo ordenamiento, para el tratamiento de las relaciones del Derecho francés con el comunitario.

II. La posición el T.C.

El Tribunal Constitucional español al abordar los posibles problemas que plantean las relaciones entre el Derecho comunitario y los Derechos nacionales podía partir de la experiencia acumulada por otros ordenamientos de grandes similitudes con el nuestro como el alemán y el italiano. Además, ya antes de nuestro ingreso en las Comunidades Europeas, la doctrina se ocupó de estos problemas (159).

Ha sido recientemente cuando el T.C. se ha pronunciado sobre este problema con dos importantes sentencias. La primera es la S.T.C. de 14 de febrero de 1.991 (160) en la que se decide acerca de la constitucionalidad del art. 211.2 d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General que prohíbe el doble mandato para los diputados autonómicos y nacionales que deseen presentarse al Parlamento Europeo. El recurrente (Parlamento Vasco) argumenta sucintamente en torno a la oposición de ese precepto con el art. 3 del Acta Electoral Europea (A.E.E.), norma de Derecho Comunitario originario o primario y no secundario como se deduce de la argumentación del T.C. en el F.J.4 (161).

El T.C. hilvana sus razonamientos en torno al art. 93 y al art. 96.1 C.E. En cuanto al art. 93, para el T.C. la norma comunitaria no puede convertirse en medida de enjuiciamiento o canon de la constitucionalidad en virtud del mismo. El Tribunal parte de considerar que el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico propio, si bien está integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y se impone a sus órganos jurisdiccionales. Esto significa que España está vinculada al Derecho comunitario. De aquí el T.C. extrae varias consecuencias. La primera, y que parece indiscutida, es que esa vinculación no significa que por mor del art. 93 C.E. se haya dotado a la norma del Derecho comunitario de rango y fuerza constitucionales. La segunda, y que sí

parece más controvertida, es que la vinculación citada no impide que la eventual infracción de las normas comunitarias por una disposición española entrañe necesariamente una conculcación del art.93 C.E. Para el T.C. el art. 93 C.E. es el canon de la constitucionalidad de los Tratados Internacionales, que forman el Derecho comunitario originario, pero no es canon de constitucionalidad del Derecho comunitario secundario (162). Aquí parece acogerse la tesis del T.C.I. de que sólo es objeto del control de constitucionalidad el Derecho comunitario primario. Ahora bien, como ha advertido Mangas esta tesis resulta discutible. En efecto, el art. 93 C.E. es una norma de carácter competencial y, de modo abierto, señala qué competencias son transferidas a las CC.EE. y cuales no. De esta forma, para Mangas, el art. 93 C.E. supone una garantía del reparto competencial entre las CC.EE. y España, de suerte que la violación de ese reparto por parte de España supone una violación del art. 93 C.E. (163). El planteamiento de Mangas, desde el principio de la competencia parece correcto y encuentra gran proximidad con la noción de "bloque de la constitucionalidad". En efecto, según el art. 28.1 L.O.T.C. "Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de la Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular y armonizar el ejercicio de las competencias de éstas". De esta suerte, normas distintas de la Constitución pueden ser utilizadas como criterio para advertir la constitucionalidad o no de una norma. Algo similar ocurriría con el art. 93 C.E. Toda norma que viole el reparto competencial operado ex. art. 93 C.E. tendrá que ser enjuiciada sobre la base de las normas extraconstitucionales que concretan el reparto de competencias, esto es, los Tratados comunitarios. Una norma dictada por el Estado sobre una competencia atribuida a las CC.EE. sería inconstitucional por

violación del art. 9.3 C.E. en la medida que pretenda aplicarse a ese ámbito transferido.

Por lo que respecta al art. 96, el T.C. excluye igualmente que el Tratado de Adhesión a las Comunidades y el Derecho de éstas, integren en virtud de dicho precepto el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del Estado español. Puesto que las normas constitucionales que reconocen derechos y libertades han de interpretarse "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España" (art. 10.2 C.E.), tampoco en un supuesto de esta naturaleza se convertiría per se el Tratado en medida de la constitucionalidad de la ley examinada, pues tal medida seguiría estando integrada por el precepto consitucional definidor del derecho de libertad, si bien interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el Tratado o acuerdo internacional" (164).

Para Mangas todo el problema de la compatibilidad de los Tratados con la Constitución, debe enjuiciarse desde el art. 93 C.E., ya sea porque algún precepto de los Tratados verse sobre alguna materia o competencia cuya transferencia no esté permitida por la Constitución, ya sea porque la primacía de toda norma comunitaria sobre toda norma interna (subrayado nuestro) hace inconstitucional la adhesión misma (165). El planteamiento de Mangas es correcto en el primer supuesto, pero no así en el segundo. En el segundo caso, la propia Mangas se contradice con sus afirmaciones sobre el principio de competencia como rector de las relaciones Derecho comunitario-Derecho español. La primacía, como dejaron claro las sentencias Van Gend & Loos, y Costa sólo opera sobre las competencias propias de la Comunidad (166). En la S. Van Gend & Loos se afirma que "la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, en provecho del cual, los Estados han limitado, bien que en ámbitos restringidos (subrayado

nuestro), sus derechos soberanos". Por su parte, la S. Costa reitera que el Tratado C.E.E. ha creado una Comunidad "dotada de atribuciones propias ... y de poderes reales surgidos de una limitación de competencias o de una transformación de atribuciones de los Estados de la Comunidad, los cuales han limitado aunque sea en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos". En consecuencia, no es defendible sostener que toda norma comunitaria (aun la que se dicta sobre competencias de los Estados no atribuidas) prima sobre toda norma interna (aun la que se dicta sobre competencias propias no atribuidas). En este caso, la invasión de competencias por las CC.EE. no implica un juicio sobre la compatibilidad de los Tratados con el art. 93 C.E., pues se parte de normas que precisamente no tienen habilitación en los Tratados y no se discuten los Tratados.

El problema de los conflictos de competencias entre la Comunidad y los Estados no está regulado por los Tratados en el sentido de que no hay una determinación del órgano que dice la "última palabra" sobre estos asuntos. La "competencia de la competencia" no está como tal ni planteada en los Tratados, ni mucho menos, claro está, atribuida al T.J.C.E. Lo cual no significa que sea un problema irresoluble. La cuestión aparece especialmente delicada en el supuesto en el que es la norma comunitaria la que invade competencias no transferidas por el Estado. Ya Montesquieu observó que "es una experiencia eterna, que todo hombre que tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites." (167). Las CC.EE. no son una excepción. De ahí que el problema de la invasión de competencias estatales por parte de las CC.EE. no sea un mero ejercicio especulativo, sino un hecho real: los derechos fundamentales son un ejemplo. Dado que no hay un tercero, el conflicto de competencias o se resuelve por la jurisdicción nacional o se resuelve por la jurisdicción comunitaria. No hay otra opción. En favor de la jurisdicción comunitaria se pronuncian Mangas Martín y Pérez Tremps. El planteamiento de Mangas, es el siguiente: si nos encontramos ante

una norma comunitaria (directiva) que concede márgenes de actuación, en los márgenes de actuación que permanecen bajo competencia nacional la contradicción de la ley nacional que desarrolla ese Derecho comunitario y la Constitución podrá ser objeto de control de constitucionalidad. Ahora bien, si la disposición comunitaria no contempla ningún margen en su ejecución cualquier incompatibilidad entre la norma comunitaria y la norma nacional sólo tendrá su marco jurídico de contraste en el propio Derecho comunitario pues su contenido de fondo dejó de ser competencia nacional (168). Pero cabe preguntarse ¿dejó de ser competencia nacional porque una norma de Derecho comunitario derivado ocupase, por su propia cuenta, tal competencia al margen de que la misma haya sido atribuida en los Tratados? Esa parece ser la opinión de Mangas. Así expuesto el problema, Mangas sostiene que en cualquiera de los hipotéticos conflictos Constitución-Tratados o Constitución-Derecho derivado, la Constitución de cada Estado no es ajena al propio Derecho comunitario y a la competencia del T.J.C.E. (subrayado nuestro), el cual tiene por misión "asegurar el respeto del Derecho" (art. 164 C.E.E.), (con mayúscula en la versión española): el Derecho, sin adjetivaciones, en la interpretación y en la aplicación de los Tratados y del Derecho derivado, de suerte que "la atribución de competencias no es ilimitada e incontrolada y el T.J.C.E. debe velar por el respeto de los principios comunes a las Constituciones de los Estados miembros" (169). Es decir, el T.J.C.E. debe decidir estos conflictos de competencias.

Por su parte, Pérez Tremps, menos radical que Mangas concretando más específicamente el problema en lo que se refiere a un conflicto de competencias en materia de derechos fundamentales, afirma que la cuestión "no es tanto de límites constitucionales (en la atribución de competencias), sino sencillamente de interpretación de derechos y primacía de doctrinas, una discrepancia entre cómo entiende un determinado derecho el T.J.C.E. y cómo lo entienden los Tribunales

nacionales, en especial el T.C. "intérprete supremo de la Constitución". En virtud de lo anterior afirma que "aceptar las estructuras comunitarias supone aceptar también que la interpretación del T.J. debe prevalecer aunque sólo sea respecto de las normas comunitarias". En su opinión ello tiene incluso apoyo constitucional en el art. 10.2 C.E. en tanto que obliga a interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con "los Tratados y acuerdos internacionales". Pérez Tremps reconoce que los Tratados de las CC.EE. no contienen una declaración de derechos, pero la acción del T.J.C.E. considerándolos principios generales del Derecho comunitario "posibilita, quizá, una conexión entre el art. 10.2 C.E. y la doctrina del T.J.". Por ello afirma que el problema "es comunitario y debe aceptarse esa supremacía interpretativa del T.J., aunque sea limitada a las materias cedidas, en la interpretación de los derechos (170). Esta matización ("aunque sea limitada a las materias cedidas") se diluye al afirmar que "los límites existentes a la atribución de competencias a la Comunidad vienen fijados por el propio Derecho comunitario y, por tanto, corresponde también a sus órganos, en concreto el T.J., su determinación" (171).

La tesis de Mangas y de Pérez Tremps es difícilmente compartible. En primer lugar, y por lo que hace al art. 10.2, hay que advertir varias cosas. Primero, que el art. 10.2 habla de "tratados", es decir, documentos donde expresamente, el Estado atribuye competencias sobre derechos fundamentales, o reconoce derechos fundamentales. No es el caso de las CC.EE. en muchos derechos fundamentales Segundo, el art. 10.2 no convierte a los Tratados en canon de constitucionalidad, sino que sólo tiene alcance interpretativo para los Tribunales españoles, por lo que no parece que signifique que la interpretación "activista" por el T.J.C.E. de un Derecho sin declaración de derechos sea la prevalente; y, tercero, el art. 10.2 por su propia naturaleza, no puede ser esgrimido para reducir o suprimir el nivel de protección de los derechos fundamentales, por lo que no puede

prevalecer una interpretación del T.J.C.E. sobre esa materia que suponga reducir dicho nivel respecto al que reconoce el T.C.

En segundo lugar, no debe olvidarse la cuestión de la defensa de la Constitución. Esta defensa sólo puede ser llevada a cabo por un órgano constitucional, no por uno extraconstitucional. No sólo eso, sino que la C.E., además, designa expresamente al T.C. como defensor de la Constitución por excelencia. La defensa de la Constitución no es una "competencia" constitucional más, sino una competencia estrechamente vinculada a la soberanía como tal y debe recordarse que los Estados mantienen su soberanía.

En tercer lugar, toda reforma constitucional (y el art. 93 C.E. permite, sin duda, una reforma constitucional) no puede afectar a la "sustancia" de la Constitución, a sus principios estructurales esenciales. No cabe duda de que la defensa de la Constitución o el nivel de protección de los derechos fundamentales son dos de esos principios.

En cuarto lugar, si quiere afectarse a esos principios esenciales se requiere una intervención del poder constituyente, intervención que, por su enorme importancia está rodeada de ciertas exigencias que, desde luego, no se han producido, ni se podrían producir ex. art. 93 C.E.

En quinto lugar, dado que son los Estados los que tienen soberanía originaria y que las transferencias de competencias que han hecho han sido expresas, debe deducirse que la "competencia residual" corresponde sin ninguna duda a los Estados. Toda competencia no expresamente atribuida a las Comunidades, debe entenderse que permanece en el Estado. En el supuesto español ello es tanto más evidente cuanto que en realidad toda competencia es del Estado, pues en virtud del art. 93 C.E. sólo se atribuye el ejercicio de las competencias, nunca la titularidad.

Por todo lo anterior, la "competencia de la competencia", es decir, la competencia entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional, corresponde, en última instancia, al Estado, esto es, al órgano que el Estado establezca para tal menester, y no a las CC.EE. ni, por tanto, al T.J.C.E.

La segunda sentencia, a que se hacía alusión es la S.T.C. 64/91. Esta sentencia contempla, más específicamente, el tema de los derechos fundamentales. Esta sentencia reitera la doctrina de la S.T.C. 28/1991 antes referida, respecto a los arts. 93 y 10.2 C.E. Aparte lo anterior, el Tribunal declara que la adhesión de España a las CC.EE. "no ha alterado ni el canon de validez en los procesos de amparo ni el carácter del Tribunal Constitucional como "intérprete supremo de la Constitución" (art. 1.1 L.O.T.C.) en tales procesos y respecto de las materias sobre las que se ha producido, en favor de los órganos comunitarios, la atribución del "ejercicio de competencias derivadas de la Constitución" (art. 93 de la C.)." El T.C. parece acoger la tesis de que ha habido atribución de competencias sobre derechos fundamentales, objeto de los recursos de amparo, a las CC.EE, algo que parece extremadamente discutible. Sea como fuere, el T.C. matiza que "la vinculación al Derecho comunitario ... y su primacía sobre el Derecho nacional en las referidas materias (¿?) no pueden relativizar o alterar las previsiones de los arts. 53.2 y 161.1.b) de la Constitución". Fundado en dichos preceptos, el T.C. sostiene que "no cabe formular recurso de amparo frente a normas o actos de las instituciones de la Comunidad, sino sólo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 41.2 de la L.O.T.C., contra disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos internos", y alegando únicamente los art 14 al 29 y 30.2 C.E., "con exclusión, por tanto, de la eventuales vulneraciones de Derecho comunitario, cuyas normas, además de contar con específicos medios de tutela, únicamente podrían llegar a tener, en su caso, el valor interpretativo que a los Tratados Internacionales les corresponde según el art. 10.2 de la C.". Aparte de esto, las normas

comunitarias pueden ser consideradas "un elemento más para verificar la consistencia o inconsistencia de aquella infracción, lo mismo que sucede con la legislación interna en las materias ajenas a la competencia de la Comunidad". La doctrina del T.C. se condensa en el siguiente párrafo:

"... en la medida en que se impugne en amparo un acto del poder público que, habiéndose dictado en ejecución del Derecho comunitario europeo, pudiera lesionar un derecho fundamental, el conocimiento de tal pretensión corresponde a esta jurisdicción constitucional, con independencia de si aquel acto es o no regular desde la estricta perspectiva del ordenamiento comunitario europeo, y sin perjuicio del valor que éste tenga a los efectos de lo dispuestos en el art. 10.2 de la Constitución".

Para el Alto Tribunal "la cesión del ejercicio de competencias en favor de organismos supranacionales no implica que las autoridades nacionales dejen de estar sometidas al ordenamiento interno cuando actúan cumpliendo obligaciones adquiridas frente a tales organismos, pues también en estos casos siguen siendo poder público que está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico español (art. 9.1 de la Constitución)" (172).

Recientemente, el T.C. ha subrayado que a la luz del art. 10.2 C.E., tienen valor interpretativo de nuestra Constitución en materia de derechos fundamentales, -con la peculiar incidencia de sus normas en el ordenamiento los países miembros-, las normas comunitarias, tanto de Derecho originario (p.ej. art 119 T.C.E.E. sobre no discriminación en retribuciones salariales), como de Derecho derivado (p. ej. directiva 75/117 de 14 de febrero, sobre el mismo asunto tal y como han sido interpretadas por el T.J.C.E. (173)). Se trata de preceptos que suponen aplicaciones concretas del principio de igualdad. Lo importante es que incluye para los efectos del art. 10.2 C.E. a las directivas que no son

tratados internacionales ni han sido ratificados por España. En cualquier caso, aquí no hay muchas dudas porque los preceptos escritos existen.

A la vista de estas sentencias pueden deducirse los principios que, en Derecho español, inspiran las relaciones entre ambos ordenamientos:

Primero, el Derecho comunitario y el español son dos ordenamientos distintos, si bien el comunitario se integra en el de los Estados;

Segundo, el Derecho comunitario primario puede ser objeto de control de constitucionalidad ex art. 93 C.E., no así el Derecho comunitario secundario a semejanza de lo que sostiene el T.C.I.;

Tercero, el Derecho comunitario secundario no puede ser objeto de control de constitucionalidad de forma directa;

Cuarto, toda actuación de un poder público interno que suponga aplicación de Derecho comunitario que colisione con ciertas normas de Derecho interno, en concreto, con los derechos fundamentales, es objeto del control de constitucionalidad: no cabe amparo frente a norma o actos comunitarios, sino sólo frente a normas o actos de poderes públicos que apliquen aquél, siguiéndose la solución ofrecida por el T.C.F.A.;

Quinto, el principio de competencia, aparece desdibujado y apenas se atisba respecto a los derechos fundamentales considerados como competencia concurrente en la que el derecho nacional tiene prevalencia;

Sexto, en cuanto la Constitución es el único canon para enjuiciar la constitucionalidad de las normas y actos de los poderes públicos relativos a los derechos fundamentales, puede deducirse que no es admisible un nivel de protección de los derechos fundamentales que esté por debajo del ofrecido por la Constitución con la excusa de aplicar Derecho comunitario, controlándose los actos de los poderes públicos

españoles que cercenen dicho nivel de protección constitucional; a diferencia de lo que sostuvo en Alemania, la Solange II, no se habla de protección equivalente o similar, sino de la protección que brinda específicamente la Constitución.

Dos observaciones cabría hacer a este planteamiento. De un lado, la escasa elaboración ofrecida del principio de la competencia pese a que el art. 93 C.E. es una excelente base para ello, y, a que, además, resulta congruente con el principio de subsidiariedad que domina el Derecho comunitario. De otro lado y, en cierto modo, de forma incompatible con lo anterior, debe recordarse que el art. 93 transfiere el ejercicio de competencias del Estado, pero no habilita para sustraer derechos de los ciudadanos. De ahí que el T.C. considere acertadamente que los derechos tal y como los reconoce la Constitución, sin sustitutivos más o menos equivalentes, o sucedáneos (como pretendió hacer el T.C.F.A. en el auto Solange II, y corrigió su auto Soweit) requieren protección frente a posibles vulneraciones. Se podría (y sería algo discutible) transferir ex. art. 93 C.E. el ejercicio de la competencia de amparo de los derechos fundamentales, pero en ningún caso se pueden transferir derechos que no son del Estado, sino de los ciudadanos, por lo que cualquier acto comunitario (legislación o sentencia) que vulnere dichos derechos exige la puesta en marcha de los necesarios mecanismos de garantía. Repetimos que sería dudoso que el ejercicio de las funciones de tutela de los derechos atribuidas al Estado, pueda ser objeto de transferencia. Lo que es indudable es que el art. 93 C.E. no permite ninguna sustracción o merma de derechos porque sus titulares son los ciudadanos, no el Estado.

C.2) DOS PROBLEMAS CONCRETOS.

A) El secreto de las comunicaciones.

La inviolabilidad de las comunicaciones está ampliamente reconocida en el art. 18.3 C.E. Dicho precepto establece que:

"Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, es especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial".

Dicho precepto no circunscribe el secreto de las comunicaciones a un determinado tipo de comunicación, sino que está redactado en los términos más amplios: postales, telegráficas y telefónicas. Debe, por tanto, incluirse todo intercambio de correspondencia.

Dicho precepto establece de forma clara que ese derecho al secreto de las comunicaciones y, en concreto, de la correspondencia, sólo puede ser limitado conforme a una resolución judicial, en ningún caso en virtud de una autorización administrativa.

El secreto de las comunicaciones es un derecho que, si bien conectado con el derecho a la intimidad, (no en vano está inserto en el art. 18 C.E.) tiene una virtualidad propia. Su eficacia no depende de que efectivamente el contenido de la correspondencia afecte a la intimidad; antes bien, se adelanta la barrera frente a posibles agresiones considerando objeto de protección toda correspondencia sea cual sea su contenido.

Frente a esta regulación constitucional española tan clara, debe recordarse la normativa y jurisprudencia comunitaria al respecto. En efecto, el tantas veces citado art. 14.1 a) y b) del Reglamento 17/62 es muy expresivo:

"En el cumplimiento de las tareas que le son asignadas por el art. 89 y por las disposiciones adoptadas en aplicación del art. 87 del Tratado (C.E.E.), la Comisión podrá proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en las empresas y asociaciones de empresas.

A este fin, los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

- a) Controlar los libros y demás documentos profesionales.

b) Hacer copias de extractos de los libros y documentos profesionales'.

Caso de oposición de una empresa a una verificación del tipo visto, de un lado, el Estado miembro interesado prestará a los agentes acreditados por la Comisión la asistencia necesaria para permitirle cumplir su misión de verificación (art. 14.6) que, en el caso de España, sólo puede consistir en una resolución judicial. Pero, de otro lado, el art. 15.1 c) establece que se impondrá una multa a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, presenten de forma incompleta, en el caso de verificaciones efectuadas en virtud del art. 14, los libros u otros documentos profesionales requeridos o no se sometan a las verificaciones ordenadas mediante decisión tomada en aplicación del art. 14.3. Además, el art. 16.1 d) del citado Reglamento dispone que la Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas multas coercitivas para obligarlas a someterse a una verificación que la Comisión hubiere ordenado mediante decisión tomada en aplicación del art. 14.3. Es decir, siempre que una empresa se oponga a que los agentes verifiquen sus documentos profesionales será sancionada. Ahora bien, si se reconoce un derecho fundamental, el ejercicio legítimo de ese derecho no puede ser sancionado. En el caso que a continuación se expondrá, sin embargo, se sanciona al que ejercita su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, lo que equivale a no reconocer ese derecho.

El T.J.C.E. tuvo ocasión de conocer de un supuesto en el que se cuestionaba una verificación de la Comisión sobre una correspondencia de una empresa. Es la sentencia del caso A.M.&S., ya citado. El T.J.C.E. pudo haber declarado que entre los documentos profesionales del art. 14.1 a) y b) del Reglamento no se incluía la correspondencia de la empresa. Pudo hacerlo, pero no lo hizo. Antes bien, declara claramente que "la correspondencia" (subrayado nuestro) entre abogado y cliente, en

la medida en que verse sobre tal actividad (relacionada con la competencia), corresponde a la categoría de los documentos profesionales previsto en ... el art. 14 ..." (174). El texto del Reglamento el T.J.C.E. afirma que "corresponde a la misma Comisión y no a la empresa interesada o a un tercero, experto o árbitro, decidir si un documento debe serle o no presentado" (175). El Tribunal establece, en definitiva, el siguiente régimen jurídico para la correspondencia en relación con el art. 14 del Reglamento citado:

1º El art. 14 "habilita a la Comisión para exigir la presentación, como consecuencia de una verificación en el sentido del mencionado art., de todos los documentos profesionales que estima necesario conocer, incluida la correspondencia entre abogado y cliente, para la persecución de eventuales infracciones a los arts. 85 y 86 del Tratado" (176).

2º Este poder encuentra, sin embargo, un límite en la existencia del respeto de la confidencialidad cuando se cumplan estas dos condiciones: de un lado, que se trate de correspondencia intercambiada en el marco y para los fines del derecho de defensa del cliente, y de otro, que se intercambie con un abogado independiente, esto es, no ligado al cliente por una relación de empleo (177). Para el T.J.C.E., "esta protección (a la confidencialidad) no podría ser extendida más allá de este marco" (subrayado nuestro) (178). O, lo que es lo mismo, que puede haber correspondencia no sometida a protección: en concreto, la que se considere que no se intercambia para los fines del derecho a la defensa o la que se cruce con un abogado empleado de la empresa.

3º La apreciación de la concurrencia de tales condiciones en la correspondencia no puede ser dejada a un árbitro o a una autoridad nacional (es decir, un juez nacional), debiéndose buscar la solución a este problema sólo en el marco del Derecho comunitario (179).

4º Y, último, corresponde a la Comisión ordenar, en aplicación del art. 14.3 del Reglamento nº 17/62, la presentación de la correspondencia litigiosa y, si fuera necesario, infligir a la empresa una multa para sancionar la negativa de ésta, ora de aportar elementos de prueba suplementarios considerados por la Comisión como necesarios, ora de presentar la correspondencia en cuestión "que la Comisión estimara que no tenga un carácter confidencial legalmente protegido" (subrayado nuestro) (180). Esto último parece indicar que, según el T.J.C.E., ya que el litigio sobre el carácter de la correspondencia sólo puede ser resuelto en el nivel comunitario, dentro de este nivel, corresponde a la Comisión la decisión.

A la vista de la regulación constitucional española y de la regulación comunitaria parece evidente que ésta disminuye el nivel de protección que aquella brinda. Cabría argumentar que, hasta ahora, el T.C. no se ha pronunciado sobre la titularidad para personas jurídicas de este derecho. No obstante, como ya hubo ocasión de considerar al respecto, puede estimarse que las personas jurídicas son titulares del derecho fundamental reconocido en el art. 18.3 C.E., sobre todo habida cuenta de que este precepto no distingue entre tipos de correspondencia sino que abriga a todos por igual. Cabe concluir, por tanto, que el art. 14.1 a) y b), y concordantes son frontalmente contrarios al art. 18.3 C.E., y que la jurisprudencia emanada del T.J.C.E., (caso A.M.&S.) igualmente lo es, por lo que, conforme a la doctrina del T.C., en su S.T.C. 64/1991, todo acto de un poder público español (juez, legislador o autoridad gubernamental-administrativa) que aplique dicha normativa comunitaria y, como consecuencia de ello, pueda lesionar el derecho fundamental a la inviolabilidad de comunicaciones, es impugnabile por vía de amparo ante el T.C.

Creemos que se llegaría a idéntica conclusión si se estimase que esa correspondencia no está protegida por la garantía formal del secreto

de las comunicaciones y se discutiese desde la perspectiva del secreto documental y el derecho a la intimidad de las personas jurídicas. Parece que, siguiendo el criterio establecido en el art. 19.2 G.G., ese derecho "por su propia naturaleza" sería susceptible de ser ostentado por una persona jurídica.

II. La inviolabilidad de domicilio.

El art. 18.2 C.E. recoge el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio con el siguiente tenor:

"El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito".

La Constitución, como sucede con el art. 18.3, no distingue entre domicilios de personas físicas o jurídicas, sino que se refiere al "domicilio", por lo que no parece prudente distinguir allí donde la Constitución no lo hace. Ahora bien, es igualmente cierto que este precepto se conecta con el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 C.E., lo que, en principio, podría suponer conectarlo con la intimidad de las personas físicas, como ha hecho alguna vez el T.C. (181), si bien en cierta ocasión (S.T.C. 137/1985) ha declarado que el derecho a la intimidad no tiene "estimable concomitancia alguna" con la inviolabilidad de domicilio (182). Parece que la tesis dominante es la primera. No obstante, la STC 137/1985 resulta especialmente importante para el supuesto aquí estudiado. Esta importante sentencia afirma que "nuestro texto constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad de domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo, pues, extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales (como el art. 24)" (183).

Esta doctrina del T.C. ha encontrado eco en la legislación española. El art. 34.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio, de defensa de la competencia declara:

"El acceso a los locales (de negocio) podrá realizarse con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial".

En la misma línea cabría situar el art. 87.2 L.O.P.J.:

"Corresponde también a los juzgados de instrucción la autorización en resolución motivada para la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de los actos de la Administración".

Dicha doctrina, sin embargo, choca con el art. 5 del Reglamento (184) de aplicación de los arts. 85 y 86 T.C.E.E. (sobre lo que también versa el Reglamento nº 17/62. Ese precepto dispone:

"Cuando una Empresa se oponga a una verificación ordenada en aplicación de la normativa comunitaria, a realizar por agentes de la Comisión debidamente acreditados, la Dirección General de Defensa de la Competencia prestará la ayuda necesaria para permitirles cumplir su misión, siendo posible recurrir a la asistencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad".

Parece deducirse, como advierte Echevarría (185), que este precepto faculta a la Dirección General a requerir la asistencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin necesidad de mandato judicial. A la vista de los datos anteriores, cabría plantearse la constitucionalidad del art. 5 del R.D. 1882/1986.

Ahora bien, ha surgido un nuevo y sorprendente elemento en el debate que trastorna el anterior planteamiento. Un reciente auto del T.C. ha modificado de forma radical la doctrina establecida en el S.T.C. 137/1985. Para el T.C., "la invocación que se hace del art. 18.2 C.E., no

puede ser tenida en consideración" pues el actor "no denuncia una invasión de su domicilio, sino de una de las oficinas o almacén de una sociedad de la que es representante legal". Según el T.C. "sabido es que lo que se protege por el mencionado precepto constitucional es el domicilio inviolable, esto es, el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en el mismo considerado, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ellas, lo que, como es obvio, no es predicable respecto al solicitante de amparo de los locales en que, en el caso debatido, se produjo la entrada y registro por parte de los agentes de la autoridad" (185).

Parece que este auto diverge de la tesis mantenida en la S.T.C. 137/1985, en la medida en que restringe el derecho a la inviolabilidad de domicilio a las personas físicas. El hecho es tanto más grave cuanto parece que la Sección que dictó ese auto ha ignorado el art. 13 L.O.T.C. que debe presidir su actuación. Dicho artículo prescribe que "cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno". Lo predicable de la Sala (lo más) debe serlo de las Secciones de la Sala (lo menos). Lo curioso es que el T.C. se aparte de su doctrina no mediante resolución del Pleno, cualitativamente más relevante, sino por un Auto de una Sección, de menor importancia. Esta misma irregularidad supone que el problema sigue abierto, pues no está cerrado formalmente al menos.

Si esta es la situación en el Derecho Constitucional español, en el Derecho comunitario, la situación está más clara:

De un lado, la normativa del Reglamento 17/62 es inequívoca. El art. 14.1 c) y d) afirma que:

"En el cumplimiento de las tareas que le son asignadas ... la Comisión podrá proceder a cuantas verificaciones considere necesarias en la empresa y en asociaciones de empresas.

A este fin, los agentes acreditados por la Comisión estarán facultados para:

.....

c) Pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales.

d) acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas".

Los preceptos concordantes (art. 14.6, 15.1 c), 16.1 d)) llevan a una conclusión bastante similar a la planteada respecto al secreto de las comunicaciones: no se reconoce el derecho a la inviolabilidad de domicilio de las empresas en la medida en que la empresa que ejercite tal derecho, oponiéndose a la entrada de los locales sin autorización judicial es sancionada.

La jurisprudencia del T.J.C.E., tras una inicial vacilación, se ha decantado por idéntica solución. La sentencia National Panasonic, ya citada, considera aplicable a las personas jurídicas el derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio (187), como sostiene la doctrina de forma casi unánime. Sin embargo, esa sentencia no cuestiona la legalidad del art. 14 del Reglamento citado. Esta tesis ha sufrido un brusco giro, como ya se vió, con las sentencias citadas a partir del caso Hoechst que niegan explícitamente ese derecho a las personas jurídicas (188).

A la vista de esta situación, cabe plantearse qué repercusión constitucional tienen la legislación y la jurisprudencia comunitaria sobre el derecho a la inviolabilidad de domicilio reconocido en España. Collado (189) y Echevarría (190) sostienen que la jurisprudencia del T.J.C.E.

contradice a la del T.C. Sabemos, sin embargo, que esto no es totalmente cierto. El A.T.C. 171/1989 (de 3 de abril) que modifica la doctrina de la S.T.C. 137/1985 es anterior a las sentencias Hoechst, Dow Benelux y Dow Chemical Ibérica (21 de septiembre y 17 de octubre de 1.989). Sin embargo, queda en pie la cuestión de hasta qué punto el ATC 171/1.989, vulnera el art. 13 L.O.T.C. y realmente ha modificado la doctrina de la S.T.C. 137/1985. De resolverse el problema a favor de la titularidad por la persona jurídica del derecho fundamental a la inviolabilidad de domicilio, el tratamiento jurídico, conforme a la S.T.C. 64/1991, sería similar al expuesto respecto al derecho fundamental al secreto de la correspondencia. De lo contrario, si se confirmase la doctrina del A.T.C. 171/1989 se plantearía otro problema: hasta qué punto pueden inaplicarse normas nacionales meramente legales, infraconstitucionales que colisionan con el Derecho comunitario, cuando esas normas eleven el nivel de protección de los derechos fundamentales. El T.C. ha señalado ya que el único canon de constitucionalidad es el de los correspondientes artículos de la Constitución. Sería un problema nuevo. Es arriesgado proponer una solución, pero podría avanzarse que, en virtud del principio de competencia y, dado que el ejercicio de la materia de los "derechos de la persona" (no serían ya propiamente fundamentales) no ha sido objeto de expresa atribución y dado el principio del favor libertatis, podría concluirse que la normativa comunitaria se ha dictado violando la distribución del reparto del ejercicio de la competencia realizado ex. art. 93 C.E. Cuestión conexa es quien entendería de tal conflicto. Parece que sólo podría ser el T.C., no por la vía del recurso del amparo al no ser ya un derecho fundamental, sino por la de la cuestión de inconstitucionalidad por violación del reparto competencial operado ex. art. 93 C.E., si bien en este caso, el T.C. debería a su vez modificar su jurisprudencia contenida en las S.S.T.C. 28/1991 y 64/1991, para admitir el enjuiciamiento de los conflictos Derecho nacional-Derecho derivado desde la perspectiva del

art. 93 C.E. cosa que hasta ahora, creemos que injustificadamente, ha negado.

III. CONCLUSIONES.

1ª En un estudio sobre el derecho a la intimidad deben hacerse dos tipos de precisiones. En primer lugar, es preciso distinguir el fenómeno, la idea y el derecho a la intimidad. El fenómeno de la intimidad alude a la realidad social de la intimidad. La intimidad como fenómeno puede decirse que es una dimensión natural del ser humano. Ese fenómeno natural, presentará sin embargo caracteres más o menos marcados en cada contexto socio-económico a lo largo de la historia. La idea de intimidad es un producto histórico. No todas las sociedades ni épocas han presentado un grado de reflexión similar sobre la intimidad. El derecho a la intimidad como algo más que una mera pauta social de comportamiento tiene también un desarrollo histórico diferente en cada pueblo y época. La mutua imbricación de las tres dimensiones de la intimidad permitirá explicar su desarrollo de la intimidad hasta nuestros días.

En segundo lugar, puede distinguirse entre lo privado y lo íntimo. Lo privado se definiría como espacio no público, englobando también ciertas relaciones interpersonales. Lo íntimo sería un concepto más estricto de dimensiones más propiamente individuales. Sería sólo una parte de lo privado. No obstante, se utiliza generalmente el término íntimo en un sentido amplio que englobaría a lo privado. Aquí se usan ambos sentidos.

2ª El origen de la idea de intimidad se ha formulado mediante dos teorías distintas. La teoría racionalista conecta esta idea con el ascenso de la burguesía y su pretensión de asegurar su propiedad. La teoría histórica considera que el factor explicativo no es de tipo ideológico-burgués, sino que tiene raíces más hondas en el tiempo.

3ª Un estudio del desarrollo histórico de las tres dimensiones de la intimidad (fenómeno, idea, derecho) revela que es más fiable la teoría

llamada histórica. En la Antigüedad Preclásica se vislumbra sólo el fenómeno de la intimidad. En Grecia, la idea de intimidad se va formulando, aunque la intimidad como fenómeno tiene poco desarrollo. En Roma, hay manifestaciones jurídicas de protección de la intimidad. El Cristianismo y San Agustín, en concreto, supone un elevadísimo grado de teorización de la intimidad. Entre los pueblos célticos se encuentran instituciones jurídicas protectoras de la intimidad (p.ej. inviolabilidad de domicilio) aun cuando no haya un desarrollo de esta idea. En la Edad Media se produce una fusión de los elementos célticos, romanos y cristianos que explicarán el estado de las tres dimensiones de la intimidad en esta época. La llegada de la Modernidad supondrá un cambio. Dejando al margen el intento medievalizante español, la intimidad como idea se secularizará, se verá afectada con el movimiento de retorno a la Antigüedad clásica (Renacimiento); alguna manifestación jurídica de la intimidad (como la libertad de conciencia) experimentará con la Reforma un impulso y a la vez una represión en un movimiento paradójico. El liberalismo, se bifurcará en relación a su tratamiento de la intimidad en dos líneas divergentes pese a compartir muchos postulados. De un lado el liberalismo moderado, sin realizar grandes avances en la teorización de la idea de intimidad contribuirá de forma muy importante, cualitativamente distinta a su tratamiento previo a su desarrollo jurídico. El respeto de la intimidad será criterio de legitimidad política. De otro lado, el liberalismo radical, bajo el influjo de los pensadores y de las instituciones de la Antigüedad y bajo la entronización de las luces y de la publicidad supondrá un retroceso en la consideración de las diversas dimensiones de la intimidad.

El surgimiento y afianzamiento de la sociedad urbana industrial provocará una reacción contradictoria: de una parte, las condiciones socio-económicas redundarán en perjuicio de la intimidad como fenómeno, pero, de otra, la masificación y el anonimato causado por éstas abrirán nuevas dimensiones para ella. A finales del s. XIX aparecen

las primeras elaboraciones de una categoría jurídica unitaria que englobe a las diversas manifestaciones de la intimidad y cubra sus posibles huecos. El advenimiento de los totalitarismos supondrá un violento ataque a sus tres dimensiones. Tras la caída de los totalitarismos "reaccionarios" se afianzará la categoría jurídica unitaria del derecho a la intimidad en el mundo capitalista. Sin embargo, la articulación del Estado del bienestar tras la Segunda Guerra Mundial y el paso del capitalismo de producción al de consumo, afectarán negativamente a su dimensión fenoménica. Como reacción frente a ello se impulsarán nuevos desarrollos jurídicos de protección a la intimidad. Actualmente, en la sociedad postindustrial la intimidad como fenómeno se encuentra gravemente amenazada y se cuestiona la capacidad de defensa que ante esa situación ofrecen sus categorías jurídicas, proponiéndose nuevos complementos de la misma (derecho a la autodeterminación informativa, p. ej.).

4º La Constitución española presenta una articulación del derecho a la intimidad que se encuentra entre las mejor conseguidas en el constitucionalismo comparado, recogiendo en un sólo precepto el derecho a la intimidad, sus manifestaciones clásicas (secreto de las comunicaciones e inviolabilidad de domicilio) y las más recientes (derecho a la autodeterminación informativa). Está poco lograda, en cambio, la mención conjunta de la intimidad, el honor y la propia imagen como un sólo derecho.

5º La Constitución española de 1978 recoge la protección que las anteriores Constituciones españolas brindaban a las manifestaciones clásicas de la intimidad, pero tiene una posición singular en nuestra Historia Constitucional al recoger por primera vez el derecho a la intimidad como tal y en sus manifestaciones más recientes.

6º En virtud del artículo 10.2 C.E. el derecho a la intimidad como los demás derechos fundamentales tiene un régimen interpretativo

especial distinto del propio de las restantes normas constitucionales, pues para efectuar esa operación hermenéutica es preciso acudir a los tratados sobre derechos fundamentales ratificados por España. La referencia del art. 10.2 C.E. debe ser entendida en sentido material (cualesquiera normas de derecho convencional internacional ratificado por España que incidan en un derecho fundamental) y no en sentido formal (tratados cuya ratio principal sea la protección de derechos fundamentales). El art. 18.1 C.E. presenta influencias de los preceptos concordantes de la DUDH, el PIDCP y el CEDH.

7º El art. 8 CEDH que protege el derecho a la vida privada tiene una gran importancia en la interpretación del art. 18 C.E. al disponer ese Convenio de un instrumento de interpretación de sus normas, el TEDH. La interpretación hecha por este Tribunal del derecho referido deberá ser necesariamente tenida en cuenta al interpretar el art. 18 C.E. De ahí, la importancia de indagar cómo el TEDH resuelve los problemas que suscita el derecho en cuestión: contenido, sujetos, naturaleza, ámbito de eficacia y límites. Sin embargo, en la medida en que el objeto del art. 8 CEDH es más amplio que el del art. 18 C.E., debe examinarse previamente si la jurisprudencia del Tribunal Europeo sobre el art. 8 del Convenio responde a "las mismas materias" que regula el art. 18 C.E. Si la respuesta es positiva el TC interpretará el art. 18 C.E. conforme al criterio del TEDH, si es negativa, el TC no tendrá ese punto de conexión, sin perjuicio de la eficacia de esa jurisprudencia europea en otros órdenes.

8º El art. 10.2 C.E. no abre una suerte de "bloque de la constitucionalidad de los derechos fundamentales" que estaría formado por la C.E. más los tratados a los que ese precepto alude. El art. 10.2 tiene un alcance exclusivamente interpretativo.

9º El contenido del derecho a la intimidad está en función del concepto que se tenga de intimidad. Hay tres formas de entender ese

contenido: objetiva (como zona o espacio cuyo conocimiento objetivamente está vedado); subjetiva (como ámbito de reserva cuyo conocimiento está determinado por el propio sujeto); o decisional (ámbito en el que el sujeto adopta decisiones con inmunidad). El último no es aquí considerado propiamente como intimidad en la medida en que la inmunidad para decisiones de relevancia externa, no puede ser considerada tal. Tanto el concepto objetivo como el subjetivo se utilizan conjuntamente por la jurisprudencia. Desde esa perspectiva, el derecho a la intimidad reconocido en la Constitución tiene un amplio contenido. De él derivan los derechos a la intimidad personal, a la intimidad familiar, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de la correspondencia, a la autodeterminación informativa, al secreto profesional, al secreto documental, a la libertad de conciencia stricto sensu. Por otra parte, existen derechos, como el honor y la propia imagen que forman círculos secantes con el formado por el derecho a la intimidad. Son derechos distintos de la intimidad, pero guardan con ésta estrecha relación. Finalmente, otras figuras que han pretendido derivarse de la intimidad son por entero independientes de ésta (p. ej. libertad de elección de domicilio).

10º La titularidad por extranjeros del derecho a la intimidad no ofrece dudas en nuestro ordenamiento. Mucho más problemática es la posibilidad de que las personas jurídicas ostenten tal derecho. Algunas de las manifestaciones del derecho a la intimidad (inviolabilidad de domicilio, secreto de la correspondencia, art. 18.2 y 3 C.E.) están recogidas por la C.E. de forma amplísima de suerte que puedan cobijar a las personas jurídicas. El T.C. se muestra vacilante sin dar una respuesta firme a la cuestión. El criterio de la Ley Fundamental de Bonn que permite esa titularidad en tanto y en cuanto por su naturaleza tal derecho sea aplicable a esas personas jurídicas ha sido recogido por el T.C. Habida cuenta del carácter proteico del derecho a la intimidad (como se prueba al examinar su contenido) la respuesta al problema no puede ser única,

sino que estará en función de la manifestación concreta del derecho a la intimidad de que se trate.

11º El derecho a la intimidad tiene una naturaleza compuesta. No sólo es un derecho de defensa, sino que también tiene una faceta positivo-institucional, en cuanto institución imprescindible para la dignidad humana (art. 10.1 C.E.) y la libertad (art. 1.1 C.E.). Además, tiene una dimensión axiológica y, finalmente, puede ser considerado como elemento esencial de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional.

12º El derecho a la intimidad es eficaz en el ámbito de las relaciones del sujeto con los poderes públicos. Asimismo, en virtud del art. 1.1 de la L.O. 1/1982 es un derecho que despliega su eficacia en las relaciones de los particulares entre sí. Esa eficacia inter privados, no obstante tiene diversa intensidad según nos encontremos en el ámbito de las relaciones civiles, laborales o mercantiles, siendo más importante en las primeras y menos en las últimas.

13º El derecho a la intimidad se encuentra sometido a límites internos derivados de su propio contenido. Además se halla sujeto a limitaciones externas por causa de su concurrencia con otros derechos o bienes constitucionalmente reconocidos. Entre los supuestos de limitaciones externas se encuentra en primer lugar el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia; en segundo lugar el sometimiento a relaciones de sujeción especial; en tercer lugar el control del gasto público y el deber de pagar impuestos. En este último caso debe advertirse que el respeto al derecho a la intimidad debe condicionar la elección del sistema impositivo. Finalmente, se plantea el problema de las relaciones entre el derecho a la intimidad que, además, es una institución que protege la dignidad de la persona y su libertad "negativa" y las libertades de expresión e información que participan de la naturaleza de garantía de la institución de la opinión pública y de la libertad "positiva". En un primer momento el T.C. aceptó la decisión constitucional de

considerar la prioridad lógica y ontológica del ser humano sobre la colectividad (art. 10.1 y 20.4 C.E.). Pero a partir de la STC 104/1986 se ha producido una mutación constitucional de largo alcance que ha invertido las decisiones del art 10.1 y 20.4 C.E. Es urgente abandonar esa jurisprudencia.

14º Aunque el derecho a la intimidad como tal no puede ser suspendido, dos importantes manifestaciones suyas (inviolabilidad de domicilio y secreto de las comunicaciones) pueden ser objeto de suspensión general en los estado de excepción y sitio. Se plantea el problema de en qué medida en la regulación del estados de alarma se incurre en inconstitucionalidad al suspender la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas, cuestión que depende del problema de la titularidad de ese derecho. Del mismo modo, esas dos manifestaciones de la intimidad pueden ser objeto de la llamada suspensión individual.

15º El derecho a la intimidad se encuentra protegido por un apretado haz de garantías. En primer lugar, las garantías normativas y entre ellas la exigencia de ley orgánica para su desarrollo y del respeto del contenido esencial en la regulación que por ley se haga de él. En virtud de esto se sostiene la inconstitucionalidad de la normativa española sobre documentos de identidad, pese a los avances que ha supuesto a este respecto la Ley orgánica de protección de la seguridad ciudadana, que mantiene la obligatoriedad del DNI (en un precepto sin rango orgánico). Además, este derecho está resguardado por un grupo de garantías institucionales, personales, civiles, laborales y administrativas. Un importantísimo grupo de garantías es el de las de naturaleza procesal-jurisdiccionales. Entre ellas se hallan las de carácter jurisdiccional penal, las civiles, las contencioso-administrativas y las constitucionales. Se sostiene la licitud constitucional del registro domiciliario autorizado por el juez en causas meramente civiles.

16º En tanto en cuanto no se ratifique el Tratado de la Unión Política Europea de Maastricht, las Comunidades Europeas no tienen competencia alguna en la protección de los derechos fundamentales, a salvo de algunas manifestaciones muy concretas (ciertos aspectos de la igualdad de retribuciones, de la libertad de empresa, etc.). Ante esta situación las instituciones comunitarias y, en concreto, el Tribunal de Justicia, en una primera fase adoptaron una postura de inhibición ante la protección de los derechos fundamentales. A partir de 1969, sin embargo, el TJ asumió una posición proteccionista de tales derechos. En esta fase proteccionista puede, a su vez, distinguirse entre un primer periodo en el que se acepta teóricamente la necesidad de defender el nivel máximo de protección existente de tales derechos y un segundo periodo en que se opta por otorgar un nivel mínimo de protección.

17º El derecho a la intimidad no está reconocido como tal en ningún texto dispositivo del ordenamiento comunitario, si bien ha sido contemplado en diversos proyectos y por la jurisprudencia comunitaria. En este sentido se ha tratado sobre los derechos a la intimidad personal en sentido estricto, al respeto de la vida familiar, a la inviolabilidad de domicilio, al secreto de las comunicaciones y a la autodeterminación informativa.

18º El tratamiento de los derechos fundamentales, y del derecho a la intimidad en concreto, en el Derecho comunitario presenta unos perfiles problemáticos en relación con el Derecho constitucional español. El problema no es exclusivo de España y ya fue afrontado por los Tribunales Constitucionales de la República Federal Alemana y de Italia. El T.C. español nutriéndose, en buena medida, de la jurisprudencia de sus homólogos alemán e italiano ha tratado este asunto con arreglo a diversos principios: primero, el Derecho comunitario y el español son dos ordenamientos distintos, si bien aquél se integra en este último; segundo, el Derecho comunitario primario u originario puede ser objeto de control

de constitucionalidad ex. art. 93 C.E.; tercero, el Derecho comunitario secundario no puede ser objeto de dicho control, en principio; cuarto, las actuaciones normativas o administrativas nacionales que supongan aplicación de normas comunitarias (que para la doctrina comunitaria son Derecho comunitario secundario) que choquen con los derechos fundamentales constitucionales, pueden ser controladas en cuanto a su constitucionalidad, siguiendo el criterio del TCFA; quinto los derechos fundamentales se consideran competencia concurrente siendo la decisión nacional la de carácter final, caso de conflicto; sexto, en cuanto el único canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las medidas que afecten a esos derechos es la Constitución Española, es inadmisibile que cualquier acto de un poder público español, so capa de aplicación del derecho comunitario, ofrezca un nivel de protección inferior al ofrecido por la Constitución.

19º A la luz de las anteriores consideraciones, puede afirmarse que cierta normativa comunitaria de Derecho derivado (el Reglamento nº 17/62) que afecta a la inviolabilidad de domicilio y al secreto documental y de la correspondencia, así como la jurisprudencia comunitaria sobre tales extremos, choca con la protección ofrecida por el Derecho español, y debe inaplicarse en España.

NOTAS A LA PARTE PRIMERA

(1) Lucas Verdú, Pablo: "La Teoría de la Constitución como ciencia cultural". Última lección académica del Prof. Pablo Lucas Verdú, RDP, nº 27-28, p.11 ss. Acerca de los tres tipos de factores, vid. Lucas Murillo de la Cueva, Pablo. El derecho a la autodeterminación informativa. Tecnos, Madrid, 1990, p. 36.

(2) Ortega y Gasset, José: "Vitalidad, alma, espíritu", en "El Espectador", tomo V, recogido en "El Espectador", tomo V y VI, Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 64 ss., vid. p. 84.

(3) Westin, Alan F.: Privacy and Freedom, ed. Atheneum, Nueva York, 1970 (6ª edic., 1ª edic. en 1967), p. 13.

(4) Westin, op. cit., p.12. En una línea concordante se sitúa De Lucas al sostener que "el secreto... es un elemento de la estructura social" en De Lucas Martín, Javier: "Democracia y transparencia sobre poder, secreto y publicidad" en Anuario de Filosofía del Derecho, 1990, p.131 ss., vid. p. 135.

(5) Westin, p. 8-11.

(6) Freund, Julien: L'essence du politique. Sirey, París, 1981, (1ª ed. 1965), p. 282.

(7) De Lucas, op. cit., p. 137.

(8) Freund, op. cit., p. 309.

(9) Béjar, Helena: "La génesis de la "privacidad" en el pensamiento liberal", Sistema, nº 76 (enero 1987), p. 59 ss., p.65.

(10) Westin, p. 31.

(11) Gaffiot, Félix: Dictionnaire Latin-Français. Hachette, París, 1985 (1ª ed. 1934), voz "intimus, -a, -um".

(12) Freund, p. 309.

(13) Béjar, op. cit., p. 65.

(14) Westin, p.31-32.

(15) Pérez Luño, Antonio Enrique: Derechos humanos, Estado Derecho y Constitución, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, p. 319 y en el mismo sentido Bercovitz cit. por Vidal Martínez, Jaime: "En torno al concepto y Naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar", Revista General de Derecho (1981) p. 3 ss., p. 10.

(16) Pérez Luño, op. cit., p. 321.

(17) Truyol Serra, Antonio y Villanueva Etchevarría, Ramón: "Derecho a la intimidad e informática" en Informática e Derecho, nº 1 (1975), p. 173, cit. por Pérez Luño, p. 321.

(18) Pérez Luño, p. 173.

(19) Ibidem.

(20) Ibid, p. 321 .

(21) Ibid, p. 322.

(22) Bendich, A. M. : "Privacy, Poverty and the Constitution" en Conference on Law of the Poor, University of California, Berkeley, 1966, p.7: "Poverty and Privacy are simply contradictory". Cit. por Pérez Luño, p. 322.

(23) Serrano Alberca, José Manuel : Comentario al art. 18 de la Constitución en Fernando Garrido Falla (comp). Comentarios a la Constitución, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 231 ss., ver p. 232.

(24) Béjar, op. cit., p. 59; y Berlin, Isaiah: "Dos conceptos de libertad", trad. Julio Bayón, en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza, Madrid, 1988, p. 187 ss., p. 199.

(25) Westin, op. cit., 8-10, 12 ss.

(26) Warren, Samuel D. y Brandeis, Louis D. : "The right to privacy", Harvard Law Review, Vol. IV, nº 5, 15-XII-1890, p. 193 ss., vid. p. 205.

(27) Warren y Brandeis, op. cit., p. 206.

(28) Idem, p. 211.

(29) Westin, p. 13-22.

(30) Mac Iver, Robert M. : The modern State Oxford University Press, London - 1946 (1ª ed. 1926), p. 37.

(31) Krabbe, Hugo: "L'idée moderne de l'état", Recueil des cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, Hachette, París, 1927, vol. III, p. 513 ss. ver. p. 515.

(32) Montesquieu: Del espíritu de las leyes, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, ed. Orbis, Barcelona, 1984, 2 vols., libro XXIII, capítulo XVII, p. 347.

(33) Constant, Benjamín: "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos", en Escritos Políticos. Estudio Preliminar, traducción y notas de Mª Luisa Sánchez Mejía, CEC, Madrid, 1989, p. 257 ss., vid. p. 271.

(34) Krabbe, op. cit., p. 518; Ortega y Gasset, José : "Socialización del hombre" en El Espectador, t. VIII, en "El Espectador", tomos VII y VIII, Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 222 ss., p. 225. Ortega y Gasset: "Notas del vago estío", en El Espectador, t. V; en "El Espectador" t. V y VI Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 11 ss., p. 26; Idem: "Vitalidad,...", cit., p. 97.

(35) Krabbe, ibíd.

(36) Constant, op. cit., p. 261 y en un sentido similar Freund, op. cit., p. 311: "Para los griegos y los romanos lo privado era el orden de lo necesario y de lo natural... por contra, la vida pública es considerada

como el reino de la libertad... Los modernos, al contrario,... encuadran lo público en el orden de lo necesario y hacen de lo privado el guardián y garante de la libertad".

(37) Berlin, op. cit., p. 191, 199; vid. 15. Ortega y Gasset, "Notas..." cit., p. 26-28.

(38) Sabine, George H. : Historia de la teoría política. Trad. de Vicente Herrero, ed. F.C.E. España, Madrid, 1987, p. 41,; Constant, op. cit., p. 260; Jaeger, Werner: Paideia, FCE, México, 1957, p. 13.

(39) Sabine, op. cit., p. 52.

(40) Mac Iver, op. cit., p. 85.

(41) Mac Iver, p. 86. Idéntico pensamiento se encuentra en Calderón. Vid. Calderón de la Barca, Pedro: "El príncipe constante" en Calderón: El mayor monstruo del mundo. El príncipe constante, Espasa-Calpe, Madrid, 1970 (4ª edic.). La dama Fénix dice al viejo rey moro con quien se le obliga a casarse. "Forzada/la mano te tomará/pero el alma no podrá" (Jornada 1ª, p. 106).

(42) Rubert de Ventós, Xavier: Filosofía y/o política, Ed. Península, Barcelona, 1984, p. 58.

(43) Cit. por Pinillos Diaz, José Luis: El lenguaje de las ciencias humanas, Real Academia Español, Madrid, 1988, p. 49.

(44) Pinillos, op. cit., p. 49.

(45) Pinillos, op. cit., p. 50.

(46) Mac Iver, op. cit., p. 88.

(47) Mac Iver, p. 90.

(48) Aristóteles: La política, trad. de Julián Marías y María Araujo, Introd. de Julian Marías, CEC, Madrid 1989, libro II, p. 40, 1265.

(49) Aristóteles, op. cit. II, p. 58, 1272 a.

(50) Aristóteles, IV, p. 142, 1334 b.

(51) Aristóteles, IV, p. 145, 1335 b.

(52) Aristóteles, p. 142-145, 1334 b-1335 b.

(53) Aristóteles, VIII, p. 226, 1308 b.

(54) Aristóteles, V, p. 149, 1337 a.

(55) Aristóteles, ibíd.

(56) Aristóteles, VIII, p. 239, 1313 b.

(57) Aristóteles, VIII, ibíd.

(58) Cit. por Campos, Julio: "El <homo interior >", La Ciudad de Dios, vol. 187, nº1/ enero-marzo 1974, p. 5 ss., p. 6.

(59) Campos, op. cit., p. 7.

(60) Freund, p. 282.

(61) Aristóteles, p. 1, 1252 a.

(62) Aristóteles, VIII, p. 226, 1308 b.

(63) Sabine, p. 104-105; en el mismo sentido Berlin, op. cit., p. 209.

(64) Sabine, p. 105.

(65) Sabine, p. 101.

(66) Sabine, p. 105.

(67) Sabine, p. 114.

(68) Sabine, ibíd.

(69) Sabine, ibíd.

(70) Sabine, p. 115.

(71) Sabine, ibíd.

(72) Mac Iver, p. 97.

(73) Combés, Gustavo: La doctrine politique de Saint Augustín, Plon, París, p. 70. Así lo dice Cicerón en "De Lege Agraria", II, 34 y Tito Livio; XXI, 63, cit. por Combés.

(74) Combés, op. cit., ibíd.

(75) Mac Iver, p. 97.

(76) Löwenstein, Karl: "Roma y la teoría general del Estado", trad. de Inés de Melgar y Alfredo Gallego Anabitarte, en Revista de Estudios Políticos nº 174 (noviembre-diciembre de 1970), p. 27.

(77) Löwenstein, op. cit., p. 27-28.

(78) Löwenstein, p. 28.

(79) Así, Constant , op. cit., p. 206, p. 276-277; Berlín, op. cit., p. 199; Ortega, "socialización...", cit., p. 225; Westin, op. cit., p. 22.

(80) Montesquieu, op. cit., Libro VII, capítulo XI, p. 108..

(81) Montesquieu, XVI, XVI, 230.

(82) Esta situación recuerda gradualmente la plamada en 1.984 donde en el Estado totalitario en el que vive Winston Smith, héroe de la novela, la procreación se transforma en un puro deber para en el partido; vid. Orwell, George: "1.984" en The Penguin complete novels of George Orwell, Harmondsworth, 1.984, p. 821.

(83) Fragmento de Ulpiano, título XVI, ley 27 del Código "de nuptis", cit. por Montesquieu, op. cit. XXIII, XX, p. 353.

(84) Fragmento de Ulpiano, título XVI, párrafo 3, est. por Monstesquieu, ibíd.

(85) vid. Suetonio "Vida de Claudio", cap. XXIII; y fragmento de Ulpiano, tít. XVI, párrafo 3; cit por Mostesquieu, ibíd.

(86) Campos, op. cit.; en el mismo sentido, García Garrido, José Luis: La filosofía de la educación de Lucio Anneo Séneca, Confederación española de Cajas de Ahorros, Magisterio Español, Madrid, 1.969, p. 143. 144. 148. 153, 228, 266, 267.

(87) Séneca, De vita beata, 16,3; cit, por Campos; op. cit.

(88) García Garrido, op. cad. p. 172. Séneca afirma: "Dios está cerca de ti, contigo está, está dentro de ti (prope est a te deus, tecum est, intus est). Si Lucilio, sagrado espíritu habita en nosotros" (Epístola XLI, est. por García Garrido, ibiden).

(89) Cicerón ha hablado de "in intimun se conjincere" para significar "sumergirse en el interior de la casa" (Pro Marco Caelio, 62), el mismo Cicerón utiliza esta palabra en sentido figurado al sostener que "ex intima philosophia hauriendam iuris disciplinam", es decir, que "debe extraerse la fuente de la ciencia jurídica del corazón de la filosofía (De Legibus, 1, 17). Cit. por Gaffiot Felix: "Dictionnaire ..., voz intimus, -a, ium").

(90) Así "familiares intimi" (Epistulae ad Atticum 3,13) o "amici intimi" (Pro Marco Caelio, 45).

(91) Duby Georges: " Poder privado, poder público: partir de las palabras". Revista de Occidente, nº 83,; 87 ss; vid p. 89.

(92) Freund, op. est, p. 282.

(93) Teruel Carralero, D.: Voz "Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia" en NEJ,Seix, tomo VI, Barcelona, 1975, p. 649 ss., vid p. 649.

(94) Ley 18, De in ius vocando, cont, por Montesquieu, XXIX, X, p. 470.

(95) Horacio, Rapit in ius, libro I, cap. IX, cit por Montesquieu, ibid.

(96) Sabine, op. cit., p. 145.

(97) Sabine, *ibid.*

(98) Sabine, p. 152.

(99) Sabine, *ibid.*

(100) Combés, *op. cit.* p. 303.

(101) Así, Mt. 22, 21 ("Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios") o Act. 5.29 ("hay que obedecer a Dios antes que a los hombres"; hay que obedecer también a los hombres, al Emperador, pero antes a Dios").

(102) Puede verse íntegro el texto del Edicto de Milán en Ortega Muñoz, Juan Fernando: "Estudio de las relaciones Iglesia-Estado desde el año 313 hasta el 410", en La Ciudad de Dios, vol. 187, nº 1 (enero-marzo 1.974), p. 70 ss., *vid p.* 72-73. La segunda parte del Edicto trata de la restitución a los cristianos de los bienes que les fueron confiscados en las persecuciones.

(103) Ortega Muñoz, *op. cit.*, p. 74.

(104) *Cit. por* Ortega Muñoz, *ibid.*

(105) Schmitt, Carl: Teoría de la Constitución, Trad. de Francisco Ayala, Alianza Edit., Madrid, 1.982, p. 165.

(106) La denominación "Edad Media" es inexacta a juicio de ciertos investigadores que sostienen que no existe una "Historia Universal" sino una "Historia de las civilizaciones". Lo que se denomina "Edad Media" sería en realidad la Edad Primera de la civilización cristiano-occidental.

(107) El largo conflicto de las investiduras supuso un importante enfrentamiento entre el Emperador y su partido (los gibelinos) y el Papa y el suyo (los güelfos).

(108) Montesquieu, VII, XI, 108, en nota 225.

(109) Campos, op. civil., p. 11-13; cita entre otros Le 17, 21 (El Reino de Dios quod intra nos est) MC, 6,21; Mt 12, 35; Mt 6, 4-6; 2 Cor, 4, 16; etc. Por lo demás esta idea tampoco está totalmente ausente en los textos veterotestamentarios. Vease, p. ej. as. 2. 14 (" Dios nos llevará al hombre a la soledad y allí le hablará al corazón", o Jer 31, 33 ("Yo pondré mi ley en su interior y la escribiré en su corazón").

(110) Observa Ortega y Gasset que "cuando Cicerón sentía ganas de retraerse en su villa tusculana y vacar al estudio de los libros griegos necesitaba justificarse públicamente y hacerse perdonar aquella su momentánea secesión del cuerpo colectivo", vid Ortega, "Socialización ...", cit., p. 225.

(111) Campello, Moises M^a; "Los valores de la intimidad: iniciación a una antropología agustiniana" Separata de Estudio Agustiniano vol. XX, fasc. 2 y 3 (1985) y vol XXI, fasc. 1 y 3 (1986).

(112) "¿ Que cosa hay más cerca de mi que yo mismo?" (Confess X, 16, 25); "Tú estabas dentro de mí, más interior que lo más íntimo y más elevado que lo más sumo mío" (Confess III, 6, 11), "Amonestado a volver a mí mismo entré en mi interior" (Confess VII, 10, 11).

(113) Entre otros muchos textos, pueden verse, Sermo 330,2; Retractationes I, 8, 5; De vera religione 39, 72; In Ioannis Evangelium Tractatus 16, 10; De ordine I, 1, 3; ... Vid Campello, op. cit.

(114) vid. en especial De vera religione, 39, 72 "No quieras salir fuera; entra dentro de ti mismo; porque en el interior del hombre habita la verdad. Y si encuentras que tu naturaleza es mudable, trasciéndete a ti mismo ... Confiesa que tú no eres la Verdad pues ella no se busca a sí misma".

(115) Campello, op., cit., p. 16; Campello cita la obra de Vansen: Augustinus ein moderner Denker, Friburgo de Brisgovia, 1.924.

(116) Campello, op., cit., p. 38.

(117) Sería la "libertad de los antiguos"(Constant) o "libertad positiva" (Berlin).

(118) Ortega, "Notas ...", cit., p. 25

(119) Ortega, *ibid.*, p. 24-25. La referencia a Seek está en Ortega.

(120) Tácito, De moribus germanorum, XVI; cit. por Montesquieu, XVIII, XXII, p., 243-244.

(121) Ley de los alemanes, cap. X, ley de los bávaros, text. X, párrafos 1 y 2; cit., por Montesquieu, *ibid.*

(122) Toynbee Arnold Joseph: Estudio de la Historia, Compendio de D. C. Somerwell, trad. de L.A. Bixio, 3 vols., ed. Planeta-Agostini, Barcelona, 1.984, ver vol. II, 261 ss.

(123) Ortega, "Vitalidad ... ", op., 99

(124) Ortega, *idem*, p. 99-100.

(125) Fustel de Colulanges y Otto Benner, cit., por Freund, p. 282-283.

(126) Freund, p. 283; Duby, p. 90.

(127) Duby, p. 90.

(128) Duby, p. 91-92.

(129) Ortega, "Notas ...", p. 26.

(130) Duby, p. 92-93.

(131) Duby, p. 93-94.

(132) Duby, p. 94-95; en sentido similar, Freund, p. 309 ss.

(133) García Gallo, Alfonso, Manual de Historia del Derecho Español, 9ª ed. revisada, Madrid, 1.982, tomo I, pag. 576.

(134) Beneyto Pérez, Juan: Los orígenes de la Ciencia Política en España, ed. Doncel, Madrid, 1.975 (1ª ed., 1.949), p. 192-193.

(135) Beneyto, op. cit., p. 194.

(136) Lulio, Raimundo Félix de las maravillas, cit. por Beneyto, op. cit., p. 195.

(137) Beneyto, op. cit., p. 198.

(138) Beneyto, op. cit., ibid.

(139) Beneyto, Juan; "Los derechos fundamentales en la España Medieval". R.E.P. nº 26 (Marzo-Abril de 1.982), págs. 99 y ss. especialente págs. 106-107.

(140) "Juré tambien (el Rey) que ni yo ni otro vaya a la casa de alguno o le haga algún daño en ella o en su heredad. Y si lo hiciese, pague el daño al dueño de la casa y además al señor de la tierra nueve veces el daño que hizo, si no prometiére derecho como arriba está escrito. Y si acaso matare al dueño o dueña de lacasa, sea alevoso y traidor. Y si el dueño o dueña o alguno de los que ayudasen a defender su casa matare a alguno de ellos (intrusos) no sea castigado por el homicidio, y en ningún caso responda del daño que les hizo". Texto en García Gallo, op. cit., tomo II, p. 568-569.

(141) Beneyto - Los orígenes ... p. 188.

(142) Beneyto - Los orígenes ... p. 202.

(143) Diccionario Enciclopédico "Salvat Universal", ed. Salvat, Barcelona, 1.969, Tomo 8, pág. 75.

(144) "Si algún cautivo huye de su señor, y el señor tiene sospecha de que está en alguna casa de la ciudad o de su término, pide que se haga indagación en las casas y debe entrar con algunos de los vecinos cristianos o de los ciudadanos que allí estén presentes. Y si acaso ellos no quisiesen entrar, el veguer, hecho el requerimiento, puede

entrar aquí con quien quiera y registrar la casa bien y diligentemente, ...".
Texto en García Gallo, op. cit., II, p. 806.

(145) Beneyto -"Los derechos ...", cit., p. 108.

(146) Beneyto -"Los derechos ...", cit., p. 107.

(147) Palacio Attard, Vicente "El problema de la decadencia española en la conciencia actual", en Estudios Universitarios, Círculo Cultural Guipuzcoano, San Sebastian, 1.949, p. 33 ss., vid p. 33-34.

(148) Palacio, op. cit., p. 34.

(149) Cédula de Fernando el Católico de 1.514, cit. por Albácar López, José Luis La protección de los derechos fundamentales en la nueva Constitución española, Secretaría General del Ministerio del Interior, Madrid, 1.979, p. 23-24..

(150) García Gallo, op. cit. II p. 808.

(151) "... los mismos que se escrivían unos a otros han recibido mucho daño, manifestándose sus secretos, lo que han sido causa de que atemorizados no osan ni se atreven a escribir, rezelando que se les pueda seguir dello algunos inconvenientes. Y porque este es el instrumento con que las gentes se comunican, y además de ser ofensa de Nuestro Señor abrir las cartas, estas han sido y deben ser inviolables a todas las gentes, pues no puede aver comercio ni comunicación entre ellas por otro camino, ni la ay para que Yo sea informado del estado de las cosas de essas partes, ni para que los agraviados que no puedan venir con sus queexas me den cuenta dellas, y de necesidad cessaría o se impediría notablemente el trato o comunicación si las dichas cartas y pliegos no anduviessen y se pudliessen embiar libremente y sin impedimento y conviene lo mucho que se dexa entender no dar lugar ni permitir cosa semejante, pues además de lo sobredicho es opresión y violencia, y inurbanidad que se permite entre gente que vive en christiana pulicfa, os mando que hagais pregonar.... que ninguna justicia ni persona

ni particular, eclesiástica ni seglar, se atreva a abrir ni detener las dichas cartas, ni a impedir a que ninguno escriba, so pena a los prelados y eclesiásticos de las temporalidades y de ser avidos por extraños de mis reinos, y a los religiosos de ser luego embiados a España, y a los juezes y justicias qualesquier que sean de privación perpetua irremediable de sus oficios, y a éstos y a las demás personas seglares de destierro perpétuo de las Indias, y de açotes y galeras a las personas en quien se pudiese executar esta pena para exemplo, ... y por ningún caso que no sea de manifiesta sospecha de ofensa a Nuestro Señor o peligro de la Tierra, no abrireis ni deterneis vos ni ellos las dichas cartas ni despachos; porque demás de que de lo contrario me terné por deservido, mandaré proveer del remedio que convenga". Texto en García Gallo, op. cit., II, p. 808.

(152) Sánchez Albornoz, Claudio: La Edad Media española y la empresa de América, ed. Cultural Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1.983, p. 35.

(153) Sánchez Albornoz, *ibid.*

(154) Sanchez Albornoz, *ibid.*

(155) Sánchez Albornoz, op. cit., p. 130.

(156) Toynbee, op. cit., tomo III, p. 87.

(157) Toynbee, op. cit., p. 98-99.

(158) Toynbee, op. cit., p. 258.

(159) Béjar, p. 59; Berlin duda entre situar su origen entre el Renacimiento y la Reforma, op. cit., p. 199.

(160) Sabine, op. cit., p. 258: Maquiavelo dice que "pocas veces, o nunca, sucede que una república o reino esté bien ordenada desde el principio, o reordenada de nuevo fuera de los usos antiguos, si no ha sido ordenada por una sola persona. De modo que es necesario que sea

uno solo aquél de cuyos métodos e inteligencia dependa la organización de la ciudad", vid. Nicolas Maquiavelo: Discursos sobre la primera década de Tito Livio, Introducción, traducción y notas de Ana Martínez Arancón, Madrid, 1987, I, 9, p. 57; y en el mismo sentido I, 17, p. 83; I, 18, p. 84 y 87; III, 1, p. 290-291.

(161) Sabine, *ibid.*

(162) Freund, p. 282.

(163) Freund, *ibid.*

(164) Dado que este pensador español vivió y enseñó en Flandes, de algún modo puede encuadrársele aquí y no en tal apartado precedente.

(165) Abellán, José Luis y Martínez Gómez, Luis: El pensamiento español. De Séneca a Zubiri; UNED, Madrid, 1.977, p. 152.

(166) Abellán y Martínez, *op. cit.*, p. 170. Su obra De multum nobili et prima universalí scientia; quod nihil scitur se publicó en Lyon en 1.581, recuerda Abellán. *op. cit.*, p. 169.

(167) Berlín, *op.* 199; Béjar, p. 59; Lukes, J: El individualismo, Península, Barcelona, 1.975, p. 77 (cit. por Béjar).

(168) Sabine, p. 268.

(169) Sabine, p. 269.

(170) Lutero, Martín: Sobre las buenas obras (1.520), trad. ingl. de W. A. Lambert; Werke, vol VI, p. 258 (obra cit. por Sabine pág. 269).

(171) Sabine, p. 261-270.

(172) Sabine, p. 270.

(173) Schmitt, *op. cit.*, p. 165.

(174) Lord Radcliffe of Werneth - The problem of power, Collins, London, 1.958, p. 50-51. La posición de Spinoza puede comprobarse en Spinoza, Baruch: Tratado teológico-político, trad. de Julián de Vargas y Antonio Zozaya, Orbis, Madrid, 1986, cap. XX, p. 212.

(175) Montesquieu, XXVI, III, 338-389.

(176) Sabine, p. 271.

(177) Sabine, p. 271-272.

(178) Schmitt, op. cit., p. 165.

(179) Tocqueville, Alexis de: La democracia en América (2 vols.), Sarpe, Madrid, 1.984, tomo I, Parte 1ª, capítulo II, pág. 56, 406.

(180) Tocqueville, op. cit., p. 56.

(181) Tocqueville, ibid.

(182) Tocqueville, p. 407 (en nota).

(183) Tocqueville, p. 56.

(184) Goodwin, Barbara: El uso de las ideas políticas, trad. de Enrique Lynch, Ed. Península, Barcelona, 1.988, p. 57.

(185) Béjar, op. cit., p. 61.

(186) Hobbes, Thomas: Leviatan o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, trad. M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983 (2º vol.) vol. 1, XXI, p. 217-218, 222-224.

(187) Hobbes, op. cit., c. XXI, p. 219-220.

(188) Freund, op. cit., p. 282.

(189) Berlin, p. 193-194.

(190) Locke, John: (Segundo) Ensayo sobre el Gobierno Civil, trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1.990, nº 57, p. 70-71.

(191) Béjar, p. 64.

(192) Berlin, p. 200, 202, 203.

(193) Locke, op. cit., nº 57, p. 70.

(194) Berlin, op. cit., passim.

(195) Montesquieu VIII, XI, p. 117; XIX, III, p. 252.

(196) *Grecia* (XXIII, XVIII, p. 348); *Roma* (V, VII, p. 66; etc.); *Japón* (XIV, XV, p. 207); *Formosa y China* (XXIII, XVI, p. 347).

(197) Montesquieu (XII, XXIII, p. 181); XIII, VII, p. 188.

(198) Cadalso Vázquez, José: "Cartas Marruecas" en Cartas Marruecas. Noches lúgubres (edición de Joaquín Arce), Ed. Cátedra, Madrid, 1.980, carta IV, p. 93.

(199) Cadalso: "Cartas ...", cit.: I, 83; XI, 125; XXIX, 160; LX, 234; LXIX, 234; "Noches ..."; Noche 1ª, p. 310; 2ª, 336; 3ª, 345.

(200) Cadalso, "Cartas ...", LXX, 254, 256.

(201) Cadalso, "Cartas ...", p. 260.

(202) Constant, op. cit., p. 260.

(203) Constant, op. cit., p. 261.

(204) Utilizamos esta palabra, pese a que él nunca la utiliza; sin embargo se corresponde con el contenido de su obra.

(205) Constant, p. 274.

(206) Yerra Béjar cuando sostiene que entre los autores que estudia (Hobbes, Locke, Constant y Tocqueville), sólo el último de ellos plantea los peligros del culto a lo privado. Constant planteó claramente ese peligro en su obra, (por otra parte citada por Béjar), vld. Béjar, op. cit. p. 66; en una obra posterior corregirá esta autora su error su yerro Béjar,

Merino, Helena: El ámbito íntimo, privacidad, individualismo y modernidad
Alianza, Madrid, 1.990 (2ª ed., p. 48, 57, 80, 120).

(207) Constant, p. 282-285.

(208) Tocqueville, op. cit. Libro II, Parte 2ª, cap. 2, p. 89; y II, 4ª,
3, p. 247.

(209) Tocqueville, op. cit. II, 2ª, 4, p. 92

(210) Tocqueville, II, 4ª, 5, p. 257 y 263.

(211) Tocqueville, II, 4ª, 6, p. 266.

(212) Tocqueville, II 4ª, 7 p. 274.

(213) Mill, John Stuart: Sobre la libertad, trad. de J. Sáinz Pulido,
Ed. Orbis, Madrid 1.985, p. 40-41.

(214) Palacios, Isidro: "La sociedad de la información" en Punto y
Coma, nº 8, pág. 9-ss, y pág. 11.

(215) *Ibid*, p. 12.

(216) Esparza Torres, José Javier: "Contradicciones y abismo de
la comunicación y abismo de la comunicación de masas" en Punto y
Coma, nº 8, pág. 19 ss, en pág. 21.

(217) Schmitt, op. cit. p. 172. Sobre esto, vid. también De Vega
García, Pedro: "El principio de publicidad parlamentaria y su
preocupación constitucional", REP, nº 43 (1985), p. 45 ss., p. 54 ss.

(218) Schmitt, p. 173; De Vega, op. cit., p. 57.

(219) De Vega, op. cit., p. 55.

(220) Schmitt, p. 166.

(221) Toynbee, op. cit., tomo III, p. 99.

(222) Berlin, p. 233.

(223) Bernaldo de Quirós, Constancio, Voz "Inviolabilidad de domicilio" en Enciclopedia Jurídica española, tomo XIX, Ed. Francisco Seix, Barcenola, s.f. 21.9107, p. 909.

(224) Rousseau, Jean-Jacques: *Du contrat social* (precedé d'un Essai sur la politique de Rousseau par Bertrand de Jouvenel), Hachette-Pluriel, París, 1982, II, 4, p. 205.

(225) Rousseau, *op. cit.*, II, 4, p. 209.

(226) Rousseau, *op. cit.*, I, 7, p. 185. Ya antes expresó la misma idea Spinoza cuando dijo que "un ciudadano no puede obrar contra las inspiraciones de su propia razón haciendolo conforme a las órdenes de su soberano, porque en virtud de las inspiraciones de su razón resolvió transferir al soberano el derecho que tenía de vivir a su antojo", *op. cit.*, c. XX, p. 212.

(227) cit. por Jouvenel, *Essai sur la politique de Rousseau*, en Rousseau, *op. cit.*, p. 25-26.

(228) Berlin, p. 234.

(229) Constant, p. 270.

(230) López Ibor, Juan José: El descubrimiento de la intimidad y otros ensayos, Aguilar, Madrid 1.958 (3ª Ed.), p. 69-70. Béjar hablará de "imperio del sentimiento".

(231) Con argumentos inanes Richards, David A.J.: "Liberalism, public morality and Constitutional Law: Prolegomenon to a theory of the constitutional right to privacy", Law and Contemporary Problems, vol 51 (nº 1); 1.988, p. 123 ss., p. 136-137; Con argumentos muchísimo más sólidos Rubert de Ventós, *op. cit.* p. 62 ss.

(232) Berlin, *op. cit.*, p. 215-216.

(233) Berlin, p. 217.

(234) Berlin, p. 218.

(235) Cit. por Berlin, p. 219; recuérdese, en una línea similar el texto de Locke, op. cit., nº 57, p. 70 mencionado supra.

(236) Berlin, p. 222-223.

(237) Rubert llega a conclusiones contrarias a las de Berlin, pero parte de textos distintos. Ello parece indicar que el pensamiento de Kant es en este aspecto contradictorio.

(238) Cit. por Estebáñez Álvarez, José: "Los sistemas urbanos" en Vicente Bielza de Ory (ed.) Geografía General, vol. 2, Taurus, Madrid, 1.987, p. 261 ss., ver 276-277.

(239) Ello fue objeto incluso de una denuncia papal ("el ánimo se horroriza al pensar ... cuan frecuentemente las irracionales condiciones de habitación crean obstáculos a la unión e intimidad de la vida familiar"), Pío XI Quadragesimo anno (15_V-1.931), 354.

(240) Estebáñez, op. cit., 262.

(241) Es el fenómeno del "individualismo" observado por Tocqueville, II, 2ª, 2, p. 89.

(242) Estebáñez, op. cit., p. 276-277.

(243) Wirth, cit., por Flaquer, p. 73-74.

(244) Ortega "Socialización ...", cit., p. 222-223.

(245) Es al fenómeno de la moda que, por otro lado, no puede decirse que surja "espontáneamente" sino que dimana de concretos centros de interés.

(246) Ortega, "Socialización", cit., p. 225.

(247) Ortega, Idem, p. 225-226.

(248) Ortega, Idem, p. 224.

(249) Lucas Murillo, op. cit., p. 56 ss.

(250) Westin, op. cit., p. 330 ss.

(251) Westin, op. cit., p. 337.

(252) En Derecho Continental, y en el español en concreto, no sería difícil encontrar normas similares. No se ha hecho, sin embargo, una investigación exhaustiva desde la perspectiva de la Historia del Derecho español.

(253) Warren y Brandeis, op. cit., p. 195-196.

(254) Warren y Brandeis, op. cit., p. 196. Adviértase la similitud con la situación presente, así como del potencial alienante del fenómeno.

(255) Lucas Murillo, op. cit., p. 62 ss.

(256) Lucas Murillo, op. cit., 69-71.

(257) Pérez Luño, op. cit., p. 319; Lucas Murillo, op. cit., p. 71-72.

(258) Locke, op. cit., nº 25, p. 36; en el mismo sentido: nº 44, p. 56; nº 59, p. 71; nº 123, p. 155 y 156; nº 172, p. 222; nº 173, p. 223. Sin embargo, también hay textos de Locke que contradicen su propia tesis; así en nº 6, p. 10; nº 135, p. 169; nº 168, p. 216-217; nº 172, p. 221-222.

(259) Freund, op. cit., p. 298-299.

(260) Freund, op. cit., p. 299.

(261) Freund, *ibid.*

(262) Freund, op. cit., p. 300.

(263) Freund, op. cit., p. 302.

(264) Sabine, op. cit., p. 653.

(265) Sabine, p. 655.

(266) Schmitt, Carl: Ex captivitate salus, trad. Anima Schmitt de Otero, Porto, Santiago, 1.960 (ed. alem 1.950), p. 22.

(267) Schmitt, Ex captivitate ..., p. 24.

(268) Schmitt, idem, p. 25.

(269) Schmitt, idem, p. 66.

(270) Sabine, p. 649.

(271) Hans F. Günther - Pueblo y Estado, herencia y selección, trad. de Eugenio Sturm, ed. Liding, Buenos Aires, s.f. (1ª ed. 1.933), p. 17.

(272) Günther, op. cit., p. 13.

(273) Sabine, p. 649.

(274) Günther, p. 18.

(275) Günther, p. 22.

(276) Günther, p. 11, 19, 22, 23, 25, 26, 29.

(277) Günther, p. 29, nota 13.

(278) Javier Tusell (dctor) - Introducción a la historia del mundo contemporáneo, UNED, Madrid, 1.987 (2ª ed.); vol. 2, p. 362.

(279) García Cotarelo, Ramón: Los partidos políticos, Sistema, Madrid, 1.985, p. 92.

(280) Goodwin, op. cit., 72.

(281) Cit. por Goodwin, op. cit., p. 300.

(282) Jünger, Ernst: La emboscadura, trad. de Andrés Sánchez Pascual, Tusquets, Barcelona, 1.988, p. 130.

(283) Ortí, Alfonso: "La apertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta semidirigida y la dimensión de grupo", en M.G. Fernando, J. Ibáñez y F. Alvira: El análisis de la realidad social,

Métodos y técnicas de investigación, Alianza, Madrid, 1.989 (2ª ed.), p. 186.

(284) Lledó Iñigo, Emílio: "El ánfora y el ordenador", El País 20-XII, 1.987. p. 11; Sádaba, Javier: "¿Es posible la democracia hoy?" El País, 20-I-1.988, p. 12; Palacios, op. cit., p. 10; Esparza, op. cit., p. 21; Westin, op. cit., p. 36-37.

(285) Lledó, op. cit.; Westin, p. 36.

(286) Sádaba, op. cit.; Westin, p. 36.

(287) Esparza, op. cit., p. 21; "Así pudo decir el protagonista de una novela de Gómez de la Serna que "la velocidad lo es todo ... ofrecer es alcanzar un éxito entre las gentes del mundo moderno ... velocidad para poder triunfar, velocidad para arruinarse, velocidad para vender, velocidad para no pensar en nada". vid Gómez de la Serna; Ramón El caballero del hongo gris, Salvat-Alianza Edit., Madrid, 1.970, p. 122-123.

(288) Lledó, op. cit.

(289) Westin, p. 36.

(290) Romeo Casabona, Carlos María: Poder informático y seguridad jurídica, Fundesco, Madrid, 1987, p. 29.

(291) Esta situación ya la intuyó en los años 20 el genial Gómez de la Serna cuando escribía que "las puertas de cristal quitan intimidad al mundo actual ... siempre se es fisgado por ellas". Gómez de la Serna, op. cit., p. 152.

(292) Duque Gimeno, Aquilino: El suicidio de la modernidad, Bruquera, Barcelona, 1.984, p. 131.

(293) D'Ors Pérez-Peix, Alvaro "La indefensión de lo público" en Estudios varios sobre el Derecho en crisis, C.S.I.C., Roma-Madrid, 1.973, p. 139 ss., ver p. 142.

(294) Ignacio Gómez de Liaño - La mentira social, Tecnos, Madrid, 1.987, p. 193.

(295) Gómez de Liaño, op. cit., p. 193-194.

(296) Gómez de Liaño, p. 195.

(297) Gómez de Liaño, p. 197.

(298) Schmitt, p. 173.

(299) Goodwin, op. cit., p. 53.

(300) García Gallo, op. cit., Tomo I. p. 81.

NOTAS A LA PARTE SEGUNDA.

CAPITULO 1º.

(1) Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1.787, enmienda 4ª "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized" vid. apéndice a Beck, James M: The Constitution of the United States, Hodder & Stoughton, London, 1.923, p. 263.

(2) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 31 de enero de 1.017, art. 16: "nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento... La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y ... comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales,... La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro,...". Constitución de México. Diario Oficial, Secretaría de Gobernación, México, D.F., 1.983.

(3) Constitución imperial de Japón de 3 de noviembre de 1.946:

Art. 35 "El derecho de toda persona a la seguridad de su domicilio, de sus documentos y de sus efectos personales frente a toda entrada, registro o aprehensión por parte de la autoridad, no podrá ser quebrantado salvo mediante orden dictada por causa justificada y en la que expresamente se detalle el lugar objeto de registro y los objetos que hayan de aprehenderse ..."

Para cada registro incautación serán precisas sendas órdenes de la autoridad judicial competente.

Texto de esta Constitución en BLE, nº 32 (1984).

(4) Constitución de la República de Filipinas de 17 de enero de 1.973 (reformada en 1.976 y 1.984)

Art. 3 "Será inviolable el derecho de cada uno a la seguridad de sus personas, vivienda, documentos y otros efectos contra registros y confiscaciones ilícitas de cualquier clase y finalidad, y no se expedirá mandamiento alguno de registro o de detención sino en virtud de motivo plausible que será apreciado por el juez o funcionario responsable autorizado por la ley, previa audiencia, bajo el juramento o declaración formal, del denunciante y de los testigos que presente, y debiéndose describir, en particular, el lugar que se haya de registrar y la persona u objetos que se hayan de aprender".

Art. 4 "1. Será inviolable el secreto de la comunicación y la correspondencia salvo en virtud de auto legal de un tribunal o cuando la seguridad y orden público haga necesario proceder de otro modo.

2. No se admitirán con ningún fin en juicio alguno las pruebas conseguidas con infracción del presente artículo o del anterior".

Texto en BLE, nº 30 (1.984).

(5) Constitución de la República de Islandia de 17 de junio de 1.944.

Art. 66 "El domicilio es inviolable. No se podrán registrar las casas ni ocupar cartas u otros documentos sino en virtud de un mandamiento judicial o por un precepto legal especial".

Texto en BLE, nº 44-45 (1985).

(6) Constitución de la República Italiana de 27 de diciembre de 1947:

Art. 14 "El domicilio es inviolable. No pueden efectuarse inspecciones, registros o secuestros a no ser en los casos y en las formas establecidas por la ley con arreglo a las garantías previstas para la tutela de la libertad personal.

Las averiguaciones y las inspecciones por motivos de sanidad y de incolumidad públicas o con fines económicos y fiscales se regulan por leyes especiales".

Art. 15 "La libertad y el secreto de la correspondencia o de cualquier otra forma de comunicación son inviolables.

Su limitación sólo podrá tener lugar por orden motivada de la autoridad judicial con las garantías establecidas por la ley".

Texto en Cascajo Castro, José Luis y García Alvarez, Manuel: Constituciones extranjeras contemporáneas. Tecnos, Madrid, 1988.

(7) Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de 21 de Febrero de 1974, art. 183-185:

Art: 183: in fine "El domicilio es inviolable".

Art. 184: "Sin el mandato judicial nadie puede entrar en el domicilio o en otras dependencias ajenas, ni practicar en las mismas registros contra la voluntad de su conductor.

Al registro tiene el derecho de asistir la persona cuyas dependencias son objeto del mismo, o sus familiares o su representante. En las condiciones establecidas por la Ley, la persona oficial puede entrar en el domicilio o dependencias ajenas sin el mandato del órgano competente, y practicar el registro sin la presencia de testigos, si así fuere indispensable para capturar al autor y bienes, o si fuere evidente que de otra manera no se podrían procurar pruebas en el procedimiento criminal...".

Art 185: "Es inviolable el secreto de las cartas y de otros medios de correspondencia. Solamente la ley puede disponer que, en base, a la decisión del órgano competente, se podrá apartar del principio de la inviolabilidad de las cartas y de otros medios de correspondencia, cuando fuere indispensable para seguir el procedimiento criminal y para la seguridad del país"; Constitución de la República socialista federativa de Yugoslavia, ed. "Borba", Belgrado, 1.974.

(8) Constitución federal de la Confederación Helvética de 29 de mayo de 1.974, art. 364 "Se garantiza la inviolabilidad del secreto de las cartas y de los telegramas". Curiosamente, no se recoge el derecho a la inviolabilidad del domicilio.

(9) Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1.949.

Art. 10.1 (inviolabilidad de comunicaciones): "Das Briefgeheimnis sowie das Post und Fernmeldegeheimnis sind unverletzlich,..."

Art. 13.1 (inviolabilidad de domicilio): "Die Wohnung ist unverletzlich.

(10) Constitución de la República Democrática Alemana de 6 de abril de 1.968, modificada el 7 de octubre de 1.974:

Art. 31.1. "Post und Fernmeldegeheimnis sind unverletzbar.

2. "Sie dürfen nur auf gesetzlicher Grundlage eingeschränkt werden, wenn es die Sicherheit des sozialistischen Staates oder eine strafrechtliche Verfolgung erfordern".

Art. 37.3. "Jeder Bürger hat das Recht auf Unverletzbarkeit seiner Wohnung".

Verfassung der Deutschen Bundesrepublik Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, 1.986.

(11) Constitución del Gran Ducado de Luxemburgo de 17 de octubre de 1.968.

Art. 15 "El domicilio es inviolable. No se podrá entrar en él más que en los casos previstos por la ley y en la forma que la ley establezca".

Art. 28 "El secreto de la correspondencia es inviolable. La ley determinará quienes serán los agentes responsables de la violación del secreto de las cartas entregadas al correo.

La ley reglamentará la garantía que proceda otorgar al secreto de los telegramas".

Texto en BLE, nº 92/93 (1.989).

(12) Constitución de la República de Venezuela de 23 de enero de 1.961.

Art. 59 "Toda persona tiene derecho a ser protegida contra los perjuicios a su honor, reputación o vida privada".

Art. 62 "El hogar doméstico es inviolable. No podrá ser allanado sino para impedir la perpetración de un delito o para cumplir, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales, de acuerdo con la ley, las decisiones que dicten los Tribunales.

Las visitas sanitarias que hayan de practicarse de conformidad con la ley sólo podrán hacerse previo aviso de los funcionarios que las ordenen o hayan de practicarlas.

Art. 63 "La correspondencia en todas sus formas es inviolable. Las cartas, telegramas, papeles privados y cualquier otro medio de correspondencia no podrán ser ocupados sino por la autoridad judicial con el cumplimiento de las formalidades legales y guardándose siempre el secreto respecto de lo doméstico y privado que no tenga relación con el correspondiente proceso. Los libros, comprobantes y documentos de contabilidad sólo estarán sujetos a la inspección o fiscalización de las autoridades competentes de conformidad con la ley.

Texto en BLE, nº 12 (1.982).

(13) Constituição de la República portuguesa de 2 de abril de 1.976:

Art. 26.1: "A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal,... ao bom nome e reputação, à imagem e à reserva da intimidade da vida privada e familiar".

Art. 34.1: "O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis".

(14) Constitución de la República de Turquía de 20 de noviembre de 1.982: Título I, cap. 2, Sección IX ("De la intimidad y protección de la vida privada").

A) Intimidad de la vida privada:

Art. 20: "Todos tienen derecho a exigir que se respete su vida privada y familiar. Son inviolables la intimidad del individuo y de su vida familiar, a reserva de las excepciones exigidas por las necesidades de la investigación y persecución judicial.

Salvo que medie decisión debidamente acordada por un juez en los casos que la ley defina expresamente, y a menos que exista orden de algún órgano facultado por la ley en casos en que se considere perjudicial la demora, no se podrá registrar a ninguna persona ni registrar o incautar sus documentos personales.

B) Inviolabilidad de domicilio.

Art. 21: "No se podrá allanar el domicilio individual. A menos que medie una decisión debidamente acordada por el juez en los casos expresamente definidos por la ley, o que exista una orden de órgano legalmente autorizado en supuestos en que toda demora se considere perjudicial no se podrá entrar ni efectuar registros en un domicilio, ni incautar posesiones algunas dentro del mismo.

C) Libertad de correspondencia.

Art. 22: "Todos tienen derecho a la libertad de correspondencia. Se declara fundamental el secreto de la correspondencia. No se podrá impedir la correspondencia ni violar su secreto, salvo que medie decisión debidamente acordada por un juez en los casos expresamente definidos por la ley y a menos que exista una orden de órgano autorizado por la ley en los casos en que se considere perjudicial toda demora.

La ley definirá qué órganos o instituciones públicas podrán quedar exceptuadas del presente artículo.

Texto en B.L.E., nº 22-23 (1.983).

(15) Constitución de la República Democrática y Popular Argentina de 19 de noviembre de 1.976.

Art. 49 "No se podrá atentar a la intimidad de la vida privada del ciudadano ni a su honor, y la primera y el segundo quedan bajo la salvaguardia de la ley. Se garantiza el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones privadas en todas sus formas".

Art. 50: "El Estado garantiza la inviolabilidad del domicilio. No se podrá efectuar registro sino en virtud de lo dispuesto en la ley y dentro de los límites que ella establezca.

No se podrá hacer registro sino en virtud de orden por escrito de la autoridad judicial competente".

Texto en B.L.E., nº 28 (1.984).

(16) Constitución (Ley Fundamental) de la URSS de 7 de octubre de 1.977.

Art. 55: "A los ciudadanos de la URSS se les garantiza la inviolabilidad del domicilio. Nadie podrá penetrar en el ajeno (domicilio) sin fundamento legal contra la voluntad de sus moradores".

Art. 56: "La Ley ampara la intimidad de los ciudadanos, el secreto de correspondencia, de las conversaciones telefónicas y de las comunicaciones telegráficas".

Art. 572: "Los ciudadanos de la URSS tienen derecho a defensa judicial contra los atentados a su honor y dignidad,...".

Constitución rusa de 1.977. Ed. de la agencia de prensa Novosti, Moscú, 1.984.

(17) Constitución Política de la República de Chile de 21 de octubre de 1.980.

Art. 19: "La Constitución asegura a todas las personas:

4º El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia

5º La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interpretarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinadas por la ley".

(18) Ley Fundamental del Reino de los Países Bajos, texto revisado de 19 de enero de 1.983.

Art. 10: "1. Cada uno tiene derecho, dentro de las limitaciones que la ley establezca al respeto de su ámbito de intimidad personal".

Art.12: "1. Sólo se permitirá la entrada en una vivienda contra la voluntad del morador en los casos que la ley especifique y por quien la propia ley designe como habilitado para hacerlo.

2. Para la entrada en una vivienda conforme al párrafo anterior se requiere autorización y comunicación previa de este propósito y, se deberá entregar al morador una diligencia por escrito del acto de entrada, una vez efectuado".

Art. 13: "1. Será inviolable el secreto de la correspondencia, salvo en los casos que especifique la ley y mediante auto judicial.

2. Será inviolable el secreto de la comunicación telefónica y telegráfica, salvo en los casos que especifique la ley por o con la autorización de quien la propia ley designe como habilitado para ello".

Texto en BLE, nº 25 (1.983).

(19) Constitución de la República Federativa de Brasil de 5 de octubre de 1.988.

Art. 5: "X. Son inviolables la intimidad, la vida privada, la honra y la imagen de las personas, garantizándose el derecho a indemnización por los daños materiales o morales consecuentes a su violación.

XI. La vivienda constituye refugio inviolable del individuo, no pudiendo nadie penetrar en ella salvo en caso de flagrante delito o de desastre, o para prestar socorro o, durante el día, por auto judicial.

XII. Será inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de los datos y de las comunicaciones telefónicas, salvo, en último caso, por orden judicial, en los supuestos y en la forma que establezca la ley para fines de investigación criminal o instrucción procesal penal".

Texto en BLE, nº 104-105 (1.990).

(20) Constitución del Reino de los Países Bajos.

Art. 10: "1. (derecho a la intimidad).

2. La Ley establecerá las normas de protección de la intimidad personal en relación con la indagación y difusión de datos personales.

3. La ley dictará normas sobre el derecho de las personas a que se les dé conocimiento de los datos recogidos sobre ellas y del uso que se hiciere de los mismos, así como al perfeccionamiento de dichos datos".

(21) Constituição de la República Federativa de Brasil.

Art. 5 : "X. (derecho a la intimidad).

LXXII. Se concede el habeas data:

a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del solicitante contenidas en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público;

b) para la rectificación de datos, cuando no se *prefiere* hacerlo por procedimiento secreto de carácter judicial o administrativo.

(22) Constituição de la República portuguesa.

Art. 26. (derecho a la intimidad).

Art. 34: (inviolabilidad de domicilio y de correspondencia).

Art. 35: "1. Todos os cidadãos têm o direito de tomar conhecimento do que constar de registos informáticos a seu respeito e do fim a que se destinam as informações podendo exigir a rectificação dos dados e a sua actualização.

2. São proibidos o acesso de terceiros a ficheiros com dados pessoais e a respectiva interconexão, bem como os fluxos de dados transfronteiras, salvo em casos excepcionais previstos na lei.

3. A informática não pode ser utilizada para tratamento de dados referentes a convicções filosóficas ou políticas, filiação partidária ou sindical, fé religiosa ou vida privada, salvo quando se trate do processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis.

4. A lei define o conceito de dados pessoais para efeitos de registo informático.

5. E proibida a atribuição de um número nacional único os cidadãos.

(23) Constitución de Berlín de 1 de septiembre de 1950.

Art. 21.b "Se asegurará el derecho de cada uno a determinar por sí mismo la renuncia y el uso de sus datos personales. Sólo por ley se podrá limitar este derecho. Las limitaciones del mismo sólo son permisibles ante intereses generales de la colectividad".

Constitución del Land Renania del Norte-Westfalia de 28 de junio de 1950.

art. 4.2: "Todos tienen derecho a la protección de sus datos personales. Las intervenciones en este derecho sólo son permisibles con base en una ley por causa de intereses preponderantes de la colectividad".

Constitución del Sarre de 15 de diciembre de 1947.

Art. 2 in fine: "Todos tienen derecho a la protección de sus datos personales. Las intervenciones en este derecho sólo son permisibles con base en una ley por razón de intereses preponderantes de la colectividad".

Textos en Verfassungen des deutschen Bundesländer, edición, índice temático e introducción de Christian Pestalozza, DTV-CH, Beck, Munich, 1991 (4ª ed.). Todos estos preceptos de las constituciones de Berlín, Renania del Norte-Westfalía y Sarre han sido introducidos en los últimos años mediante reformas constitucionales.

CAPITULO 2º.

(1) Algún autor como Serrano, op. cit., p. 236, no cita este antecedente.

(2) Romero Moreno, José Manuel: Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX, CEC, Madrid, 1.983, p. 91.

(3) Romero, ibíd.

(4) Lorente Sariñena, Marta: Las infracciones de la Constitución de 1.812, CEC, Madrid, 1.988, p. 223-227.

(5) Fernández Segado, Francisco: Las Constituciones históricas españolas, Civitas, Madrid, 1.986, p. 385.

(6) Pérez Serrano, Nicolás: La Constitución Española (9 de diciembre de 1.931), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1.932, p. 123.

(7) Pérez Serrano, La Constitución..., cit., p. 153.

(8) vid. al respecto Sánchez de la Torre, Angel: Comentario al Fuero de los Españoles, IEP, Madrid, 1.975, p. 653 ss.

(9) Pérez Serrano, La Constitución..., p. 155.

(10) Pérez Serrano, ibíd.

(11) Pérez Serrano, op. cit., p. 178 (propuesta del Sr. Sánchez Uriarte).

(12) vid. Sánchez de la Torre, op. cit.

CAPITULO 3º.

(1) ATC 96/1981 (FD 2º); STC 62/1982 (FJ2º); STC 23/1983 (FJ2º); STC 114/1984 (FJ 3º), STC 99/1985 (FJ 2º), etc.

(2) STC 114/1984 (FJ 3º); STC 176/1988 (FJ 2º); STC 139/1989 (FJ 5º)

(3) STC 71/1988.

(4) ATC 1309/1988 (FJ2º); STC 33/1989 (FJ 4º); ATC 194/1989 (FJ 4º); ATC 220/1989 (FJ 2º).

(5) STC 16/1989 (sobre el Convenio entre España y Francia de asistencia judicial en materia penal); STC 132/1989 (FJ 12º) (Sobre el art. 7 del Tratado de Roma instituyendo la CEE); STC 145/1991 (FJ 3º) (art. 119 del Tratado de Roma, Directivas 75/117 de 10 de febrero, convenios 100 y 111 de la OIT).

(6) Ratificado por España el 30 de noviembre de 1.990 y publicada en el BOE de 31 de diciembre de 1.990.

(7) Hervada, Javier y Zumarguero, José María: Textos internacionales de derechos humanos Eunsa, Pamplona, 1.978, p. 145 (nota al art. 12 de la Declaración Universal).

(8) Cohen-Jonathan, Gérard: La Convention européenne des droits de l'homme, Presses Universitaires d'Aix Marseille/Economica, Paris, 1.989; Drzemczewski, Andrew: Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, Conseil d'Europe, Estrasburgo, 1.985; Ortega, Luis "Los derechos protegidos" en García de Enterría, Linde, Ortega y Sánchez Morón: El sistema europeo de protección de los derechos humanos, Civitas, Madrid, 1.983 (2ª ed.); Varios: Vie privée et droits de l'homme, Emile Bruylant, Bruselas, 1.973.

(9) STC 114/1984 (FJ 3º), STC 223/1988 (FJ 2º); ATC 220/1983 (FJ 3º); STC 50/1989 (FJ 2º); STC 81/1989 (FJ 2º).

(10) STC 114/1984 (FJ 3º).

(11) STEDH Airey, A, 32, 317.

(12) Linde, Enrique: "Eficacia del Convenio" en García de Enterría y otros, op. cit., 180.

(13) Linde, op. cit., p. 181.

(14) STEDH Dudgeon, A, 45- 41.

(15) STEDH Dudgeon, nº 60.

(16) STEDH Dudgeon, 52.

(17) STEDH Norris, A, 142, nº 38.

(18) STEDH X e Y, A 91, 22.

(19) STEDH Rees, A 106, nº 35; y Cossey A, 184, nº 36.

(20) Varios Vie privée ...cit., p. 243 ss.

(21) SSTEDH Marckx, A, 31, nºs, 31 y 40; Johnston, A 112, nº 55.

(22) SSTEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandali, A, 94, nº 62; Berrelab, A, 138, 22.

(23) STEDH Marckx, A, 31, 31.

(24) Opinión disidente de los jueces Bindschedler-Robert y Valticos a la STEDH Moustaguin, A, 193).

(25) SSTEDH Marckx, A, 31, 45; Johnston, A, 112, 74.

(26) Cohen-Jonathan, op. cit., p. 364

(27) STEDH Marckx, A, 31, 51.

(28) STEDH Marckx, 52.

(29) Opinión disidente del juez Fitzmaurice a la STEDH Marckx, nº 10 de la opinión.

(30) STEDH Johnston, A, 112, 57.

(31) STEDH Nielsen, A, 144, nº 61.

(32) STEDH Nielsen, 72.

(33) STEDH Airey, A, 32, 33.

(34) STEDH Johnston, A, 112, nº 57.

(35) SSTEDH W. contra el Reino Unido, A, 121-A, 359; B contra el Reino Unido, A.121-B; R contra el Reino Unido, A.121-C; Olsson, A 130, nº 59; Eriksson, A 156, nº 58.

(36) STEDH Eriksson, A 136, nº 71.

(37) STEDH Olsson, A, 130, nº 72.

(38) STEDH Chappell, A 152-A, nº 51.

(39) STEDH Gillow, A 109, nº 47.

(40) STEDH Langborger, A 155, nº 39.

(41) vid. Varios Vie privée..., cit., p. 171 ss, 224 ss.

(42) SSTEDH De Wilde, Ooms y Versyp, A 12, nº 93; Golder, A 18, nº 43; Silver, A 61, nº 98; Campbell y Fell, A 80, nº 120; Boyle y Rice, A 131, nº 62; Schöneberger y Durmaz, A 137, nº 29; McCallum, A 183, nº 31.

(43) SSTEDH Klass, A 28, nº 41; Malone, A 82, nº 64; Schenk, A 140, nº 53; Kruslin, A 176-A, nº 36 y 33; Huvig A 176-B, nºs 25 y 32.

(44) STEDH, Klass, *ibid.*

(45) Opinión concordante del Juez Pettiti a la STEDH Malone, A 82.

- (46) cit. en STEDH Schenk, nº 28.
- (47) STEDH Malone, A 82- nº 83
- (48) STEDH, Malone, nº 84.
- (49) Pettiti, opinión concordante, cit.
- (50) Varios Vie privée ... cit., p. 179-181, 209-211, 215 ss.
- (51) BJC, nº 33 (1984), p. 126 ss. Trad. de Mariano Daranas.
- (52) vid. Convenio en BLE, nº 4 (1.982), p. 50 ss. Ratificado por España el 27 de enero de 1.984 y publicado en el BOE de 15 de noviembre de 1.985.
- (53) Lucas Murillo, op, cit., p. 142.143.
- (54) Pettiti, opinión concordante cit.
- (55) STEDH Leander, A 116, nº 48.
- (56) STEDH Leander, nº 47.
- (57) Opinión concordante de los jueces Pettiti y Russo a la STEDH Leander, A 116.
- (58) SSTEDH Leander, nº 74 Gakin, A 160, nº 51.
- (59) STEDH Gaskin, A 160, nº 37.
- (60) STEDH Gaskin, nº 39.
- (61) vid. Verhoeven J y Martens P., "La protection de la vie privée et familiale dans trois conventions internationales relatives aux droits de l'homme", en Varios, Vie privée ..., cit., p. 149 ss, vid. p. 152-153.
- (62) STEDH Lingens, A 103, nº 42.
- (63) STEDH Lingens, nº 38.
- (64) SSTEDH Barfod, A 149, nºs 26 y 34; Markt intern Verlag, A 165, nº 31; Oberschlick, A 204.

- (65) STEDH Lingens, A 103, nº 38.
- (66) Opinión disidente del juez Thor Vilhjalmsón a la STEDH Obersehlík A 204.
- (67) Opsahl T., "La Convention et le droit au respect de la vie familiale et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants"; Riedmatten, H de, mismo título; en Varios Vie privée..., p. 243 ss, 32 ss.
- (68) STEDH relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica, A 6, I, B, 37 y II, D, nº 25.
- (69) STEDH Kjeldsen, A 23, 52 y 55.
- (70) STEDH Marckx, A 31, 51.
- (71) STEDH Marckx, nº 52.
- (72) STEDH Van Oosterwijk, A 40, 33.
- (73) SSEDH Rees, A 106, nº 44; Cossey, A 184, nº 31, 38 y 39.
- (74) STEDH Sutter, A 74, nº 21.
- (75) STEDH Sutter, nº 22.
- (76) STC 170/1987 (FJ 4º).
- (77) STEDH Rasmussen, A 87, nº 33.
- (78) Opinión disidente del juez Gersing a la STEDH Rasmussen, A 87, nº 1.
- (79) Opinión disidente del juez Gersing, cit., nº 2.
- (80) Opinión, cit, 35. Sobre la polémica activismo v. originalismo en el TEDH puede verse Mahoney, Paul: "Judicial activism and judicial self-restraint in the ECHR: two sides of the same coin", Human Rights Law Journal, vol II (1990), p. 57 ss.
- (81) Cohen-Jonathan, op. cit., p. 354.

- (82) Idem, pp. 354-359.
- (83) Burdeau, Georges: ~~Les libertés publiques~~; Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & Durand-Anaias, París, 1961 (2ª ed.), p. 144.
- (84) Drzemczewski, op. cit. p. 10.
- (85) STEDH Johnston, A 112, nº 57.
- (86) SSTEDH A 18, nº 45.; Silver A 61, 48.
- (87) STEDH Boyle y Rice, A 131 nº 74.
- (88) STEDH Langborger, A 155, nº 38, 39.
- (89) Opinión disidente del juez Fitzmaurice a la STEHD Marckx, A 31; opinión disidente del juez Gersing a la STEDH Rasmussen, A 87.
- (90) Opinión disidente del juez Verdross a la STEDH Kjeldsen, A 23.
- (91) Carrillo Salcedo, Juan Antonio: "Protección de derechos humanos en el Consejo e Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", en Revista de Instituciones Europeas vol. 18 nº 2 (1991), p. 431 ss.
- (92) Carrillo Salcedo, op. cit.
- (93) SSTEDH Abdulaziz, A 94; Berrehab, A 138.
- (94) SSTEDH Sunday Times, A 30, nº 45; Markt intern Verlag, A 165, nº 27; Groppera Radio AG, A 173, 47-49; Autronic AG, A 178.
- (95) STEDH Autronic AG, A 178, 47.
- (96) SSTEDH Silver, A 61; Malone, A 82, 66; y de modo expreso Norris, A 142, nº 44.
- (97) Lucas Murillo, op. cit., p. 68 y 182.
- (98) STC 137/1985.

- (99) STEDH del régimen lingüístico belga, A 6, I B, nº 37.
- (100) STEDH Marckx, A 31, 31.
- (101) SSTEDH Airey, A 32, nº 32; X e Y, A 91, nº 23; Eriksson, A 156, nº 71, Gaskin, A 160 (nº 38).
- (102) SSTEDH Abdulaziz, A 94, nº 67; Rees , A 106, nº 35; Johnston, A 112, nº 55; W. contra el Reino Unido, A 121-A, nº 60; B: contra el Reino Unido, A 121-B, nº 61; R. contra el Reino Unido, A-121-C, nº 65.
- (103) STEDH Rees, A 106, nº 37.
- (104) SSTEDH Gaskin, A 160, nº 42; Powell y Ragner, A 172, nº 41; Cossey, A 184, nº 37.
- (105) Opinión concordante del juez Pettiti a la STEDH Malone, A, 82.
- (106) SSTEDH Kruslin, A 176-A, nº 36; Huvig A-176-B, nº 36.
- (107) SSTEDH W. contra el Reino Unido, A 121-A, nº 36; B: contra el Reino Unido, A 121-B, nº 65; R contra el Reino Unido, A 121-C, nº69; Olsson, A 130, nº 71.
- (108) De Meyer, J: "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations que en resultent pour les Etats Parties à la Convention"; Loebenstein, E., ponencia del mismo título, en Varios Vie privée..., cit., p. 363 ss, 394 ss.
- (109) De Meyer "Le droit ...", op. cit.; p. 368 ss.
- (110) De Meyer, op. cit., p. 370; Loebenstein, op. cit., p. 399.
- (111) STEDH Young, James y Webster, A 44, nº 49.
- (112) STEDH X e Y, A 91, nº 23.

- (113) STEDH Plattform "Arzte für das Leben", A 139, nº 32,
- (114) STEDH Nielsen, A 144, nº 73.
- (115) Drzemczewski, op. cit., p. 17-18.
- (116) SSTEDH Abdulaziz, A 94, nº 67; Rees, A 106, nº 35.
- (117) STEDH Golder, A 18, 38.
- (118) STEDH Golder, nº 44.
- (119) STEDH Campbell y Fell, A 80, nºs 90 y 120.
- (120) Opinión concordante del juez Pettiti a la STEDH Malone, A 82.
- (121) STEDH Silver, A 61, nºs 86-88.
- (122) STEDH Malone, A 82, nº 66.
- (123) STEDH Norris, A 142, nº 44.
- (124) STEDH Handyside, A 24, nº 52.
- (125) STEDH Dudgeon, A 45, nº 46.
- (126) Sobre el art. 10.2 pueden verse Gay Fuentes, Celeste: "La jurisprudencia del TEDH en materia de libertad de expresión y su aplicación por el TC español", R.A.P., nº 120 (sep-dic 1989), p. 259 ss., en especial p. 266-272; y también el excelente trabajo de Fernández Segado, Francisco: "La libertad de expresión en la doctrina del TEDH", REP., nº 70 (1.990), p. 93 ss., en especial p. 100 ss.
- (127) Drzemczewski, cit., p. 17.
- (128) SSTEDH Klass, A 28, nº 42; Sunday Times, A 30, nº 65.
- (129) SSTEDH De Wilde, A 12, nº 93; Golder, A 18, nº 45; Handyside, A 24, nºs 48-57.
- (130) SSTEDH Kruslin, A 176-A, nº 29; Huvig, A 176-B, nº 28.

- (131) STEDH Sunday Times, A 30, n° 93.
- (132) STEDH De Wilde, A 12, n° 47.
- (133) STEDH Sunday Times, A 30, n° 47.
- (134) SSTEDH Dudgeon, A 45, n° 44; Chappell, A 152-A, n° 52.
- (135) SSTEDH Kruslin, A 176-A, n° 29; Huvig, A 176-B, n° 28.
- (136) SSTEDH Müller, A 133, n° 29; Salabiaka, A 141, n° 29; Markt intern Verlag, A 165, n° 30; Kruslin, A 176-A, n° 29; Huvig A 176-B, n° 28.
- (137) SSTEDH Sunday Times, A 30, n° 49; Silver, A 61, n° 87; Malone, A 82, n° 66.
- (138) SSTEDH Müller, A 133, n° 29; Chappell, A 152-A, n° 56.
- (139) SSTEDH Groppera Radio AG, 173, n° 67; Autronic AG, A 178, n° 57.
- (140) STEDH Ezelin, A 202, n° 46.
- (141) SSTEDH Sunday Times, A 30, n° 49; Silver, A 61, n° 88; Müller, A 133, n° 29.
- (142) STEDH Silver, A 61, n° 88.
- (143) STEDH Silver, n° 90.
- (144) SSTEDH Malone, A 82, n° 67; Kruslin, A 176-A, n° 30; Huvig, A 176-B, n° 29.
- (145) STEDH Golder, A 18, n° 55.
- (146) STEDH Groppera Radio AG, n° 67.
- (147) SSTEDH Malone, A 82, n° 68; Kruslin, A 176-A, n° 30; Huvig, A 176-B, n° 29.

- (148) SSTEDH Leander, A 116, nº 51; Kruslin, A 176-A, nº 30; Hurig, A 176-B, nº 29.
- (149) STEDH Powell y Rayner, A 172.
- (150) SSTEDH Klass, A 28, nº 46; Leander, A 116, y nº 49.
- (151) STEDH Giffow, A 109, nº 54.
- (152) STEDH Berrehab, A 138, nº 26.
- (153) STEDH Powell y Rayner, A 172, nº 42.
- (154) Opinión concordante de Pettiti a la STEDH Malone, A 82.
- (155) STEDH Engel, A 22, 97.
- (156) STEDH Engel, A 22, nº 98.
- (157) SSTEDH Golder, A 18, nº 45; Schöneberger y Durmaz, A 137, nº 25.
- (158) STEDH Klass, A 28.
- (159) STEDH Moustaqin, A 193, nº 45.
- (160) SSTEDH Groppera Radio AG, A 173, nº 69; Autronic AG, A 178, nº 58.
- (161) SSTEDH Handyside, A 24, nº 48; Müller, A 133, nº 35.
- (162) SSTEDH Dudgeon, A 45, nº 46; Müller, A 133, nº 30.
- (163) STEDH Olsson, A 130, nºs 64-65.
- (164) STEDH Chappell, A 152-A, 51.
- (165) SSTEDH Markt intern Verlag, A 165, nº 31; Groppera Radio AG, A 173, 69.
- (166) Cohen-Jonathan, op. cit., p. 376.
- (167) SSTEDH Handyside, A 24, nº 48; Sunday Times, A 30, y nº 59; Dudgeon, A 45, nº 51; Silver, A 61, nº 97.

(168) SSTEDH De Wilde, A 12, n° 93; Golder, A 18, n° 45; Engel, A 22, n° 100; Handyside, A 24, n° 48; Klass, A 28, n° 49; Sunday Times, A 30, n° 59.

(169) STEDH Sunday Times, n° 59.

(170) STEDH Müller, A 133, n° 35.

(171) STEDH Sunday Times, n° 59.

(172) SSTEDH Dudgeon, A 45, n° 52; Norris, A 144, n° 46.

(173) STEDH Markt intern Verlag, A 165, n° 33.

(174) STEDH Handyside, A 24, n° 49.

(175) STEDH Handyside, n° 50.

(176) SSTEDH Sunday Times, A 30, n° 59; Olsson, A 130, n° 68.

(177) STEDH Groppera Radio AG, A 173, n° 72.

(178) STEDH Mountaquin, A 193, n° 47.

(179) SSTEDH Sunday Times, A 30, n° 65.

(180) STEDH Sunday Times, A 30, n° 65.

(181) SSTEDH Lingeus, A 103, 342; Oberschlink, A 204, n° 59.

(182) STEDH Lingens, n° 43.

(183) STEDH Markt intern Verlag, A 165, n° 35.

(184) STEDH Barfod, A 149, n° 30.

(185) STEDH Barfod, n° 33.

(186) STEDH Barfod, n° 33.

(187) STEDH Markt intern Verlag, A 165, n° 37.

(188) STEDH Oberschlick, A 204, n° 58.

(189) Opinión disidente del juez Thor Vilhjalmsson a la STEDH Oberschlick, A 204.

(190) Un resumen del interesante origen de este precepto en Linde, cit., p. 168-172.

(191) Linde, cit., p. 171.

(192) SSTEDH De Wilde, A 12, nº 95; Van Oosterwijck, A 40, nº 33.

(193) STC 5/1981 (FJ 7º). Linde examina las sentencias dictadas en 1.981 sobre el art. 10.2, op. cit., p. 196-203. El número de sentencias desde entonces hasta hoy es elevadísimo.

(194) Linde, op. cit., p. 180.

(195) Delgado Barrio, Javier: "Proyección de las decisiones del TEDH en la jurisprudencia española", RAP, nº 119 (mayo-agosto 1989), p. 233 ss. y ver p. 242-243; y Linde, cit., p. 181.

(196) Linde, idem.

(197) STC 21/1981 (FJ 10º).

(198) STC 36/1984 Dice que el art. 10.2 sólo "autoriza" y "aconseja" referirse a la doctrina del TEDH en la interpretación del Convenio (FJ 3º).

(199) STC 114/1984 (FJ 3º).

(200) ATC 1309/1988 (FJ 2º-B).

(201) Delgado Barrio, cit., p. 239, 240 y 243.

(202) En el mismo sentido Gay Fuentes, cit., p. 274.

(203) Linde, op. cit., p. 181.

(204) STEDH Handyside, A 24, nº 48.

(205) SSTC 206/1990 (FJ 6º); 119/1991 (FJ 5º); 189/1991 (FJ 4º).

(206) Linde, op. cit., p. 181.

(207) En este sentido se han pronunciado Rubio y Aragón en Rubio Llorente, Francisco y Aragón Reyes, Manuel: "La jurisdicción constitucional", en A. Predieri y E. García de Enterría, La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático, Civitas, Madrid, 1981 (2ª ed.), p. 829 ss., vid. p. 844.

(208) SSTC 37/1988 (FF 5º y 6º); 132/1989 (FJ 12º); 28/1991 (FJ 5º); 64/1991 (FJ 4º).

(209) STC 64/1991 (FJ 4º).

(210) STC 28/1991 (FJ 5º).

(211) STEDH X e Y, A 91, nº 22.

(212) STEDH Gaskin, A 160, nº 37.

(213) SSTEDH Kruslin A-176-A; Huvig, A-176-B.

CAPITULO 4º.

(1) Westin, op. cit., p. 7.

(2) Warren y Brandeis, op. cit. p. 198.

(3) Warren y Brandeis, op. cit. p. 199.

(4) Texto en BJC, nº 33, p. 126 ss.

(5) Sánchez Agesta, Luis: Sistema político de la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid, 1989 (5ª edición), p. 125.

(6) cit. por Serrano Alberca: Comentario al art. 18 , en Fernando Garrido Falla (comp.), Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980. p. 233.

(7) Salvador Coderch, Pablo y otros: ¿Que es difamar? Libelo contra la ley del libelo, Civitas, Madrid, 1987, p.106.

(8) STC 73/1982 (FJ 5º).

(9) SSTC 73/1982 (FJ 5º); 231/1988 (FJ 3º); 197/1991 (FJ 3º)

(10) STC 110/1984 (FJ 3º).

(11) SSTC 37/1989 (FJ 4º); 120/1990 (FJ 12º); 137/1990 (FJ 10º). Ya Ortega dijo que "cubrir el cuerpo equivale a separarlo del contorno, cerrarlo, prestarle intimidad" en "vitalidad", op. cit., p. 91. vid Forcada Jordi, Marcos: "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", La Ley nº 2604.

(12) STC 89/1987 (F.J. 2º).

(13) SSTEDH Dudgeon, A 45, nº 52; X e Y, A 91, nº 22; Norris, A 142, nº 38.

(14) STEDH X e Y, A 91, nº 22.

(15) Alvarez Conde, Enrique: El régimen político español, Tecnos, Madrid, 1990 (4ª ed.), p. 142.

(16) Westin, op. cit., p. 15-17.

(17) Westin, op. cit., p. 24.

(18) Vidal Martínez, Jaime: "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar" en RGD (1980), p. 1042 ss y 1162 ss., vid p. 1184.

(19) Art. 16.3 Declaración Universal ("la familiar es el elemento natural y fundamental de la sociedad ..."); Art. 17.1 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos (Idem); Art. 10.1 Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Idem).

(20) Lacruz Berdejo, José Luis y Sancho Rebullida, Francisco de Asís: Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1983, p. 52.

(21) SSTEDH Marckx, A 31, 31 y 40; Johnston, A 112, 35 considera que a efectos del art. 8.1 CEDH no puede distinguirse entre familia legítima o ilegítima ("de hecho").

(22) SSTC 231/1988 (FJ 3º); 197/1991 (FJ 3º).

(23) SSTC 231/1988 (FJ 4º); 197/1991 (FJ 3º).

(24) VP del magistrado Gimeno Sendra a la STC 184/1990.

(25) Westin, op. cit., p. 15-17.

(26) Bernaldo de Quirós, op.cit., p. 909.

(27) Castillo Alonso, Gonzalo: voz "Derechos individuales", en Enciclopedia Jurídica Española, t. XI, ed. F. Seix, Barcelona, s.f. ¿1910?, p. 338 ss. p. 344.

(28) Baudín, Federico: voz "Domicilio" en Enciclopedia Jurídica Española, cit, t. XII, p. 538 ss. 539.

(29) Carro Martínez, Antonio: Derecho Político, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio, Madrid, 1.962 (2ª ed. corregida), p. 316.

(30) Duguit, Romano, cit. por. Lucas Verdú, Pablo: Curso de Derecho Político, Vol III, Tecus, 1976, Madrid, 1976, p. 145.

(31) Constitución de 1.837, art. 7; Constitución de 1.845, art. 7; Proyecto de Constitución de 1.856, art. 8.1. Los tres preceptos tenían el mismo tenor:

"No puede ser detenido, ni preso, ni separado de su domicilio ningún español, ni allanada su casa sino en los casos y en las formas que las leyes prescriben".

(32) Cit. por Castillo Alonso, op. cit., p. 341.

(33) Constitución de EUA de 1787 4ª enmienda; Constitución de Japón de 1.946, art. 35; Constitución de Filipinas de 1.973, art. 3.

(34) cit. por Baudín, op. cit. p. 539.

(35) Cit. por Serrano Alberca, op. cit., p. 237.

(36) Sánchez Agesta, op. cit., p. 125.

(37) Alzaga Villaamil, Oscar: ~~La Constitución Española de 1.978~~ (Comentario Sistemático), Edic. del Foro, Madrid, 1.978, p. 207.

(38) Torres del Moral, Antonio: ~~Principios de Derecho Constitucional Español~~, Atomo, Madrid, 1988 (2ª ed.), t.I, p. 252.

(39) Alvarez Conde, op. cit., p. 145.

(40) De Cupis, Adriano: voz Diritto a la riservatezza e segreto, en Novissimo Digesto Italiano (diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1.969, t. XVI, p. 115 ss. p. 123-124.

(41) Stein Ekkehart: Derecho Político (trad. de F. Sáinz Moreno y nota preliminar de F. Rubio Llorente), Aguilar, Madrid, 1973, p. 201.

(42) Constitución de Turquía de 1.982, art. 21, expresamente.

(43) Burdeau, Georges: Les libertés publiques, op. cit., p. 144.

(44) Lucas Verdú, op. cit., p. 146.

(45) Serrano, op. cit., p. 237.

(46) STC 137/1985 señala que el derecho a la intimidad es un derecho sin estimable concomitancia alguna con el problema que aquí se afronta (inviolabilidad de domicilio) (FJ 2º). Este pronunciamiento se explica por una búsqueda de la justicia material en el caso de autos.

(47) SSTC 22/1984 (FJ 2º); 144/1987 (FJ 2º); 134/1990 (FJ 4º); 160/1991 (FJ 8º); AATC 129/1989 (FJ 3º); 171/1989 (FJ 2º); Implícitamente, STC 37/1989 (FJ 7º).

(48) STC 110/1984 (FJ 3º); ATC 642/1986 (FJ 3º).

(49) ATC 171/1989 (FJ 2º).

(50) STC 160/1991 (FJ 8º).

(51) Hauriou, André: Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, trad. adaptación y apéndice de J.A. González Casanova, Ariel, Barcelona, 1.971, p. 204.

(52) Carro, op. cit., p. 317.

(53) Cit. por Castillo, op. cit., p. 341.

(54) Serrano, op. cit., p. 241; También Italia, Vittorio: Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni, Giuffrè, Milán 1.963, p. 62.

(55) Italia, op. cit., p. 72-73.

(56) De Cupis, op. cit., p. 121.

- (57) Stein, *op. cit.*, p. 204.
- (58) Castillo, *op. cit.*, p. 344.
- (59) Alzaga, *op. cit.*, 241.
- (60) Serrano, *op. cit.*, p. 241.
- (61) Sánchez Agesta, *op. cit.*, 125.
- (62) Torres, *op. cit.*, p. 252.
- (63) Alvarez Conde, *op. cit.*, p. 147.
- (64) Sánchez, *op. cit.*, p. 144.
- (65) Burdeau, *op. cit.*, p. 144.
- (66) Constitución de Turquía de 1.982, art. 22; Constitución de Argelia de 1.976, art. 49.
- (67) Italia, *op. cit.*, p. 34-35.
- (68) Italia, *op. cit.*, p. 72-73.
- (69) DUDH, art. 12; PIDCP, art. 17; CEDH, art. 8.
- (70) Sentencias A 12, A 18, A 28, A 61, A 80, A 82, A 131, A 137, A 140, A 176-A, A 176-B, A 183.
- (71) STC 110/1984 (FJ 3º); ATC 642/1986 (FJ 3º); Implícitamente, STC 37/1989 (FJ 7º).
- (72) Dictada sólo tres días después de la STC 110/1984 que conecta inequívocamente la inviolabilidad de las comunicaciones con la intimidad. No obstante, la STC 110/1984 se dictó por la Sala 1ª y la STC 114/1984 lo fue por su Sala 2ª. Sea como fuese, el ATC 642/1986 expresamente, y la STC 37/1989, implícitamente reiteran la doctrina de la STC 110/1984 omitiendo, la referencia a la STC 114/1984 que no ha sido retomada por el TC.

(73) STC 114/1984 (FJ 7º); Jiménez Campo, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", REDC, nº 20 (1987).

(74) "Intimo" dice Italia, op. cit., p. 72.

(75) STC 114/1984 (FJ 7º).

(76) Jiménez Campo, op. cit., p. 41-42.

(77) Código Penal suizo: art. 179 bis "Quien, sin el consentimiento de todos los participantes hubiera escuchado con ayuda de un aparato de escucha, o grabado sobre un magnetófono, una conversación no pública entre otras personas ... será castigado ... ". Art. 179 ter "Quien, sin el consentimiento de otros interlocutores, hubiera grabado sobre un magnetófono una conversación no pública en la que él tomaba parte ... será castigado ... ".

(78) STEDH, Schenk, A 140, nº 53.

(79) STC 114/1984 (FJ 7º); Italia, op. cit., p. 72.

(80) Lucas Murillo, op. cit., p. 83.

(81) Lucas Murillo, op. cit., p. 117-118.

(82) Lucas Murillo, op. cit., p. 120.

(83) Lucas Murillo, op. cit., p. 121.

(84) Warren y Brandeis, op. cit., p. 198-199.

(85) Westin, op. cit., p. 7.

(86) SSTDH Leander, A 116, nº 48; Gaskin, A 160, nº 39.

(87) Alzaga, op. cit., p. 209-210.

(88) ATC 642/1986 (FJ 3º).

(89) Westin, op. cit., p. 38.

(90) De Cupis, op. cit., p. 123.

(91) Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso: El secreto profesional de los informadores, Tecnos, 1.990, p. 32-33.

(92) Michavila Nuñez, José María: "El derecho al secreto profesional y el art. 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución", en VVAA, Estudios sobre la Constitución Española, t. II, p. 1415 ss., vid. p. 1415-1416, 1429.

(93) Fernández Miranda ha apuntado las diferencias entre ese secreto y el secreto profesional "normal", op. cit., p. 31-38.

(94) ATC 600/1989 (FJ 2º).

(95) STC 110/1984 (FJ 11º); ATC 642/1986 (FJ 3º).

(96) ATC 600/1989 (FJ 3º).

(97) STS (Sala 3ª) de 2 de julio de 1.991, declara válido el art. 37.5 d) del RD 939/1986 de 25 de abril (Reglamento General de la Inspección de los Tributos). Para el TS no vulnera el derecho a la intimidad ni el secreto profesional la cláusula que obliga a los profesionales a revelar a Hacienda la identidad y los honorarios cobrados por los clientes; (Ver La Ley de 20 de diciembre de 1991, p. 5.

(98) Iglesias Cubría, Manuel: El derecho a la intimidad, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1.970, p. 67. De Cupis, op. cit., p. 123.

(99) De Cupis, op. cit., p. 123.

(100) Iglesias, op. cit., p. 67; De Cupis, ibidem.

(101) SSTEEDH Kluslin, A 176-A; Huvig, A 176-B.

(102) Iglesias, op. cit., p. 67.

(103) De Cupis, op. cit., p. 123.

(104) Montesquiou, XII, IV, p. 169.

(105) Cit. por Castillo, op. cit., p. 341.

(126) STC 170/1987 (FJ 4º).

(127) STC 114/1984 (FJ 8º). Esta sentencia habla del derecho a la voz, pero dado que este se encuentra en la misma posición que la imagen en ese art.7.6, sus consideraciones son extensibles al derecho a la propia imagen.

(128) Iglesias, op. cit, p. 65.

(129) Westin, ibidem.

(130) Iglesias, op. cit., p. 65-66.

(131) Iglesias, op. cit., p. 67.

(132) STC 114/1984 (FJ 8º). El TC se refiere al art. 7.6 de la L.O. 1/1982 que considera intromisión ilegítima "La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

(133) Herrero Tejedor, Fernando: Honor, intimidad y propia imagen, Colex, Madrid, 1.990, p. 33.

(134) Warren y Brandeis, op. cit., p. 198.

(135) Warren y Brandeis, op. cit., p. 214, 216, 217.

(136) Warren y Brandeis, op. cit., p. 218.

(137) Warren y Brandeis, op. cit., p. 218.

(138) Constitución de Venezuela (art. 59); Argelia (art. 49); Portugal (art. 26.1); Chile (art. 19.4º); Brasil (art. 5.X).

(139) Constitución de Turquía (art. 20); Holanda (art. 10).

(140) Pérez Luño, op. cit., p. 331-332.

(141) Lucas Murillo, op. cit, p. 86-87.

(142) DUDH (art. 12); PIDCP (art. 17).

(143) SSTEDH Lingens, A 103, nº 38; Barfod, A 149; Markt Intern Verlag, A 165; Oberschlick, A 204.

(144) ATC 43/1981 (FJ 4º).

(145) STC 172/1990, Caso Patiño II (FJ 4º); 197/1991 (FFJJ 2,3).

(146) Muñoz Machado, op. cit., p. 134.

(147) Burdeau, op. cit., p. 144.

(148) Sánchez Agesta, op. cit. p. 128.

(149) Pérez Serrano, op. cit., p.

(150) STEDH Gillow, A 109, nº 47.

(151) Lucas Verdú, op. cit., p. 146; en idéntico sentido, Alvarez Conde, Enrique: El régimen político español, Tecnos, Madrid, 1.990 (4ª ed), p, 145.

(152) ATC 227/1983 (FJ 3º).

(153) Iglesias, op. cit., p. 89.

(154) Alzaga, op. cit., p. 226.

(155) Soriano, Ramón: Las libertades públicas, Tecnos, Madrid, 1.990, p. 206.

(156) Schmitt, op. cit., p. 170.

(157) Sánchez Agesta, op. cit., p. 125; Serrano, op. cit., p. 231, 233.

(158) Cedeiras Checa, Ramón: "Derechos y libertades de los extranjeros en España", en VVAA, Introducción a los derechos fundamentales, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.988, p. 441 ss, Carretero Pérez, Adolfo: "Los derechos fundamentales de los extranjeros en España: principios generales", en Introducción ... cit., T I, p. 457 ss; Borrero Iniesta, Ignacio: El status constitucional de los extranjeros, "an

Estudios sobre la Constitución Española (Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría), Cívitas, Madrid, 1.991, t. II, p. 697 ss; Sagarra i Trias, Eduardo: Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España, Bosch, Barcelona, 1.991; Ferrer Peña, Ramón María: Los derechos de los extranjeros en España, Tecnos, Madrid, 1.989.

(159) Según Sentencia del Tribunal Supremo de EUA, los extranjeros no son titulares del derecho garantizado en la 4ª enmienda de la Constitución, ver Diario 16, viernes 2 de marzo de 1990, p. 1 y 18.

(160) SSTC 107/1984 (FJ 3º), 99/1985 (FJ 2º).

(161) STC 107/1984 (FJ 4º).

(162) Schmitt, op. cit., p. 177.

(163) Schmitt, p. 177-178.

(164) Schmitt, p. 178.

(165) Lasagabaster, Iñaki: "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público", en Estudios sobre la Constitución Española, cit., t. II, p. 651 ss, p. 657.

(166) Lasagabaster, op. cit. p. 659.

(167) 2ª acepción: "zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo".

(168) Westin, op. cit., p. 42.

(169) Westin, op. cit., p. 42.

(170) Torres, op. cit. p. 252.

(171) Lucas Murillo, op. cit., p. 68.

(172) Lucas Murillo, p. 181-182; Pérez Luño, A.E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en M. Losano y otros: Libertad informática y Leyes de Protección de datos, OEC, Madrid, 1.990, p. 154.

(173) Lasagabaster, op. cit., p. 660; Queralt, Joan Josep: "La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas", REDC, nº 30 (1990), p. 41 ss. vid. p. 46 ss. Ver bibliografía adicional en este autor.

(174) López Ramón, Fernando: "Inviolabilidad del domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Española de Estudios de la Administración Local y Autonómica nº 225 (1985), p. 31 ss., p. 36.

(175) Lasagabaster, op. cit., p. 660; Lucas Verdú, op. cit., p. 161; Italia, op. cit., p. 104, Torres del Moral, op. cit., p. 252.

(176) ATC 1178/1988.

(177) SSTC 19/1983 (FJ 2º); 64/1988 (FJ 1º); ATC 1178/1988.

(178) STC 64/1988 (FJ 1º).

(179) STC 19/1983 (FJ 2º); ATC 1178/1988.

(180) STC 64/1988 (FJ 1º); el criterio de la naturaleza del derecho fundamental ha sido reiterado en el ATC 1178/1988.

(181) ATC 257/1985 (FJ 2º).

(182) ATC 257/1985 (FJ 2º).

(183) ATC 982/1986 (FJ 2º).

(184) ATC 68/1988 (FJ 2º).

(185) STC 137/1985 (FJ único).

(186) ATC 68/1988 (FJ 1º).

(187) STC 64/1988.

(188) Así, el art. 34.1 de la Ley 16/1989 de 17 de julio de defensa de la competencia: "El acceso a los locales (de negocio) podrá realizarse

con el consentimiento de sus ocupantes o mediante mandamiento judicial". En un sentido similar, el art. 87 LOJJS de 1 de julio de 1.985.

(189) ATC 171/1989 (FJ 2º).

(190) SSTC 137/1985 (FJ 3º); 64/1988 (FJ 1º).

(191) ATC 68/1988 (FJ único).

(192) SSTC 11/1981 (FJ 8º); 13/1984 (FJ 3º).

(193) Schmitt, op. cit., p. 165.

(194) Schmitt, op. cit., p. 169.

(195) Schmitt, op. cit., p. 171.

(196) Schmitt, op. cit., p. 170. Este autor no menciona el derecho a la intimidad pero sí la libertad de conciencia, la inviolabilidad de domicilio y el secreto de la correspondencia, que antes hemos considerado como formas del derecho a la intimidad.

(197) Baño León, José María: "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", REDC, nº 24, (1988), p. 155 ss. p. 167-168.

(198) Pérez Luño, op. cit. p. 297-298.

(199) SSTC 25/81 (FJ 5º); 114/1984 (FJ 4º); 53/1985 (FJ 4º); 64/1988 (VP de Díez-Picazo, Truyol y Rodríguez-Piñero); 120/1990 (FJ 7º, derecho a la vida); 11/1991 (FJ 2º, derecho a la vida).

(200) Baño León, op. cit., p. 158.

(201) Cit. por Pérez Luño, op. cit., p. 300.

(202) Pérez Luño, *ibid*.

(203) Baño León, op. cit., p. 170.

(204) Baño León, op. cit., p. 160.

- (205) Aguiar de Luque, op. cit., p. 22.
- (206) SSTC 53/1985 (FJ 4º).
- (207) SSTC 53/1985 (FJ 4º); 120/1990 (FJ 7º); 137/1990 (FJ 5º); 11/1991 (FJ 2º). En contra, VP de Rublo a STC 53/1985. Todas sobre el derecho a la vida.
- (208) STC 89/1987 (FJ 2º).
- (209) STC 64/1988 (FJ 1º).
- (210) STC 22/1984,
- (211) Baño, op. cit., p. 160.
- (212) STC 114/1989.
- (213) TC 600/1989 (FJ 3º).
- (214) Smend, Rudolf: Constitución y Derecho Constitucional, trad. de José Mª Beneyto, CEC, Madrid, 1985, p. 230.
- (215) Smend, op. cit., p. 232.
- (216) Smend, p. 234.
- (217) Pérez Luño, op.cit., 298-299.
- (218) Pérez Luño, op. cit., p. 299.
- (219) Schmitt, Carl: "La tiranía de los valores", REP, nº 115 (1961).
- (220) Aguilar, op. cit., p. 24-25.
- (221) Aragón Reyes, Manuel: "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control jurisdiccional", REDC nº 17, págs. 85 ss., cit. p. 107-109.
- (222) Lucas Verdú, Pablo: "La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend", Tecnos, Madrid, 1987, p. 105.106. Una exhaustiva exposición de la

doctrina alemana en la obra del mismo autor "Estimativa y política constitucionales", Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1984, p. 125 ss.

(223) STC 5/1981, VP de, Tomás Valiente al que se adhirieron Latorre, Díez de Velasco y Fernández (nº19).

(224) STC 21/1981 (FJ 10º).

(225) STC 53/1985 (FJ 4º).

(226) STC 53/1985, VP del magistrado Rubio.

(227) STC 89/1987 (FJ 2º).

(228) Sánchez Agesta, op. cit., p. 125.

(229) SSTC 64/1988 (FJ 1º); 231/1988 (FJ 3º); 105/1990 (FJ 8º); 197/1991 (FJ 3º).

(230) Smend, op. cit., p. 230-231.

(231) A veces también con las tesis de los derechos fundamentales como institución: en Baño León op. cit., p. 174-175; vid. Jiménez-Blanco, Antonio: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en Estudios sobre la Constitución, cit., p. 635 ss. Este autor advierte que el TC no deslinda entre la versión objetiva de los derechos fundamentales y la garantía institucional (p. 641-642). Baño cae en el mismo error.

(232) Schmitt, op. cit., p. 356-357.

(233) SSTC 371/1981 (FJ 2º); 37/1987 (FJ 9º); 46/1991 (FJ 2º). Rubio Llorente, Francisco "Problemas básicos de una Constitución federal" en Felipe González et. al. "Socialismo y libertad", Edicusa, Madrid, 1976, p. 260-261.

(234) El párrafo primero del preámbulo de la DUDH dice así: "considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por

base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales inalienables de todos los miembros de la familia humana".

(26) SSTJCE National Panasonic, de 26 de junio de 1.980 (136/79), Recueil, t. XXVI (1980), p. 2033 ss.; Hoechst de 21 de septiembre de 1.989 (46/87 y 227/88) Recueil, t. XXXV (1989), p. 2919 ss.; Dow Benelux de 17 de octubre de 1.989 (85/87), Recueil, t. XXXV (1989), p. 3150 ss.

(235) El párrafo cuarto del preámbulo del CEDH dice: "reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las base mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos que ellos invocan".

(236) STC 25/1981 (FJ 5º); y también SSTC 114/1984 (FJ 4º); 159/1986 (FJJ 6º).

(237)

(238) SSTJCE National Panasonic, de 26 de junio de 1980; Dow Benelux de 17 de octubre de 1989.

(239) STJCE Dow Chemical Ibérica, Alcadúa y Empresa Nacional del Petróleo, Comisión, de 17 de octubre (97-99/87), Recueil t. XXXV (1989), p. 3181 ss.

(240) STC 9/1985 (FJ 1º).

(241) Ley 14/1986 de 25 de abril.

(242) Estos derechos no se predicán, según la ley, respecto a instituciones privadas independientes del sector público. Hay aquí un problema de eficacia interprivatos.

(243) ATC 600/1981 (FJ 3º).



(244) Ley 16/1989, de 17 de julio.

(245) Con carácter general, véase De Miguel Castaño, Adoración: "Libertad de información y derecho a la intimidad: medios para garantizarlos. Incidencia en el ámbito de la Estadística", REDUC nº 12, Informática y Derecho, p 165 ss. en especial 189 ss.

(246) Ley 12/1989 de 9 de mayo.

(247) Así en las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña y Canarias. Esta ha dictado la ley más reciente Ley 1/1991 de 28 de enero, de Estadística de la Comunidad Autónoma de Canarias.

(248) Forsthoff, Ernst: El Estado de la sociedad industrial, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñoz, IEP, Madrid, 1.975, p. 252-253.

(249) cit. por García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1.986, p. 22.

(250) cit. por Loebenstein, op. cit., p. 398; Prieto Sanchís, Luis: Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1.990, p. 208-209.

(251) Pérez Luño, op. cit., p. 314 (cita a Rivero).

(252) Forsthoff, op. cit. p. 254-255, 260-261.

(253) Freund, op. cit., 299-300.

(254) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 144-146 (véase las citas que hacen de Schmitt).

(255) Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco: "Sobre el derecho a la propia imagen" en PJ nº 10 (nueva época), p 75 ss, p. 79-80.

(256) Pérez de los Cobos, op. cit., p. 80; García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 109.

(257) Pérez Luño, op. cit, p. 313.

(258) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit. p. 26.

(259) García Torres y Jiménez, op. cit., p. 63-64. Estos autores demuestran cumplidamente que la Constitución considera como inherente a los derechos fundamentales, el amparo judicial ordinario, no el amparo constitucional (p. 60-63).

(260) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 24, 44-45.

(261) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 60-63.

(262) STC 78/1982 (FJ 1º) Crítica, rigurosa, a esta sentencia en García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 70-86.

(263) STC 125/1988 (FJ 2º); AATC 106/1980 (FJ 3º); 502/1986 (FJ 3º); 259/1988 (FJ 2º); 161/1989 (FJ 2º); 199/1989 (FJ 2º).

(264) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 49, 55.

(265) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 53.

(266) STC 18/1984 (FJ 1º).

(267) STC 231/1988 (FJ 1º)

(268) STC 22/1984 (FJ 5º).

(269) STC 114/1984 (FF.JJ. 4º, 7º).

(270) STC 114/1984 (FF.JJ. 2º y 3º).

(271) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 119-120.

(272) STC 19/1985 (FJ 1º).

(273) López Aguilar apunta en esa dirección. vid López Aguilar, Juan Fernando: Derechos fundamentales y libertad negocial, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.990.

(274) L.O. 1/1982 de 5 de mayo. Sobre esta ley pueden verse Vidal Martínez, Jaime: El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982, Montecorvo, Madrid, 1.984; Royo Jara, José: La protección del

derecho a la propia imagen, Cotex, Madrid, 1.987; Herrero Tejedor, op. cit., p. 123 ss.

(275) Loebenstein, op. cit., p. 395-396.

(276) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit. p. 55.

(277) Ley 8/1980, de 10 de marzo.

(278) Ley 2/1991, de 7 de marzo.

(279) Del Valle, José Manuel: "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación de trabajo", en Actualidad Laboral, nº 39 (1991), p. 485 ss. Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales (entre particulares) puede verse además: Blat Gimeno, Francisco R.: Relaciones laborales en empresas ideológicas, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1.986; y Goñi Sein, José Luis: El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1.988.

(280) Goñi Sein, op. cit., p. 293 ss.

(281) Ley 3/1991, de 10 de enero.

(282) Westin , op. cit., p. 50.

(283) Hepburn, Katharine Houghton: "Das Recht auf Privatsphäre. Das Dilemma der öffentlichen Person", en Karin, Garson: Spencer Tracy and Katherine Hepburn, Fischer, Frankfurt a u1, 1990, p. 213 ss, vid p. 215 (la versión original es The right of privacy, Virginia Law Weekly nº 18 (1965)).

(284) Piqueras Bautista, José Antonio: "El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales", en Introducción a los derechos fundamentales, cit., vol III, p, 861 ss, vid p. 864.

(285) De Otto y Pardo, Ignacio: "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en de Otto, Ignacio y Martín-Retortillo, Lorenzo:

Derechos fundamentales y Constitución. Civitas, Madrid, 1988, p. 95 ss, vid. p. 137, p. 141.

(286) de Otto, op. cit., p. 137, 139, 141.

(287) de Otto, op. cit., p. 144.

(288) STC 37/1989 (FJ 7º) Aunque quizá sí que haya algunos derechos absolutos: derecho a no declararse culpable, a no declarar contra sí mismo, entre otros.

(289) SSTC 120/1983 (FJ 2º y 3º); 88/1985 (FJ 2º); 61/1988 (FJ 6º); AATC 171/1985 (FJ 3º); 112/1985 (FJ 2º); 565/1989 (FJ 2º).

(290) García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 128.

(291) Art. 18 GG: "Pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente de la libertad de prensa (art. 5.1), la libertad de enseñanza (art. 5.3), la de reunión (art. 8), la de asociación (art. 9), el secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (art. 10), así como el derecho de propiedad (art. 14) y el de asilo (art. 16.2) quien para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia abuse de los mismos. La pérdida y el alcance de la misma serán dictados por el Tribunal Constitucional Federal".

(292) Art. 29.3 DUDH: "Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidas en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

(293) Art. 17 CEDH: "Ninguna de las disposiciones del presente convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo".

(294) cit. por Piqueras, op. cit. p. 867.

- (295) Piqueras, op. cit., p. 886-887.
- (296) Piqueras, op. cit., p. 888; cita la STC de 22 de septiembre de 1959.
- (297) Piqueras, ibid.
- (298) SSTC 120/1983 (FJ 3º); 20/1980 (FJ 3º); 172/1990 (FJ 2º).
- (299) SSTC 11/1981 (FJ 7º); 2/1982 (FJ 5º); 91/1983 (FJ 3º); 110/1984 (FJ 5º); 120/1990 (FJ 8º); 137/1990 (FJ 6º); 181/1990 (FJ 3º); ATC 120/1989 (FJ 3º).
- (300) SSTC 159/1986 (FJ 6º); 254/1988 (FJ 3º); 20/1990 (FJ 4º).
- (301) Otto, op. cit., p. 144.
- (302) SSTC 159/1986 (FJ 6º); 254/1988 (FJ 3º); 20/1990 (FJ 4º).
- (303) SSTC 62/1982 (FJ 5º); 13/1985 (FJ 2º); 120/1990 (FJ 8º); 137/1990 (FJ 6º).
- (304) SSTC 26/1981; 13/1985 (FJ 2º); 37/1989 (FJ 8º); 120/1990 (FJ 8º); 137/1990 (FJ 6º).
- (305) STC 62/1982 (FJ 2º).
- (306) SSTC 11/1981 (FJ 10º); 197/1987 (FFJJ 4º, 5º Y 6º); 117/1987 (FJ 11º); 120/1990 (FJ 8º); 137/1990 (FJ 6º).
- (307) Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria.
- (308) STC 160/1987 (FJ 5ºb) Cámara añade que en el supuesto de que se requiera al solicitante comparecer ante el Consejo para ampliar oralmente sus razonamientos, dado que la ocasión puede prestarse a un procedimiento indagatorio que traspase los derechos de los arts. 16.1 y 18.1 CE, es fundamental que pueda personarse asistido por el letrado en consonancia con el nº 5 de la resolución 337 de la Asamblea Consultiva

del Consejo de Europa. Vid. Cámara Villar, Gregorio: La objeción de conciencia al servicio militar, Civitas, Madrid, 1991, p. 278-279.

(309) Muñiz Vega, Gonzalo: Los objetores de conciencia ¿delincuentes o mártires?, Speiro, Madrid, 1974, p. 143.

(310) Muñiz Vega, op. cit., p. 143-144.

(311) VP del magistrado De la Vega a la STC 160/1987 (nº 2).

(312) VP del magistrado García-Mora a la STC 160/1987 (nº 1).

(313) STC 160/1987 (FJ 5º b).

(314) Soriano, op. cit., p. 47.

(315) Soriano, op. cit. p. 56.

(316) STC 73/1982 (FJ 5º).

(317) STC 69/1989 (FJ 2º).

(318) López Benítez, Mariano: "Más allá de la disciplina (Reflexiones sobre los límites de aplicación del Derecho Disciplinario Militar)", en VVAA Estudios Jurídicos, Universidad de Córdoba, 1.991, t. I, p. 405 ss, p. 410-411.

(319) Ley 85/1978, de 28 de diciembre, Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.

(320) L.O. 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar.

(321) L.O. 12/1985, de 27 de noviembre de régimen disciplinario de las fuerzas armadas.

(322) López Benítez, op. cit., p. 414 ss.

(323) STC 21/1981 (FJ 2º).

(324) ATC 375/1983 (FJ 2º).

(325) González Navarro, Francisco: "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en Estudios sobre la Constitución Española, cit, p. 1053 ss, vid. p. 1085 ss.

(326) STC 61/1990.

(327) SSTC 2/1987(FJ 20); 120/1990 (FJ 6º); 137/1990 (FJ 4º).

(328) SSTC 120/1990 (FJ 6º); 137/1990 (FJJ 4º); 117/1991 (FJ 2º).

(329) SSTC 37/1989 (FJ 4º); 120/1990 (FJ 2º); 137/1990 (FJ 10º).

(330) L.O. 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

(331) SSTC 120/1990 (FJ 12º); 137/1990 (FJ 10º).

(332) STC 89/1987 (FJ 2º).

(333) González Navarro, op. cit., p. 1153.

(334) STC 89/1987 (FJ 2º).

(335) Circular de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias de 26 de abril de 1983, cit. por González Navarro, op. cit., p. 1154.

(336) Art. 76.4 del Reglamento Penitenciario, aprobado por RD 1201/1981 de 8 de mayo, modificado por RD 787/1984, de 26 de marzo.

(337) Arts. 89 a 93 y 98 a 102 del Reglamento Penitenciario, Vid. González Navarro, p. 1154-1158.

(338) ATC 1011/1987 (FJ 2º).

(339) ATC 982/1986 (FJ 2º).

(340) ATC 982/1986 (FJ 3º).

(341) Martínez, Jean Claude: El fraude fiscal, trad. de José Barrales, FCE, México, 1.989, p. 35.

(342) Montesquieu, op. cit. XIII, VII, p. 188.

(343) Montesquieu, op. cit., XIII, XIV, p. 191.

(344) Montesquieu, *ibíd.*

(345) Ley 181/1991, de 6 de junio.

(346) En este supuesto se aprecia la contradictoria situación de que mientras el médico debe guardar secreto sobre todo lo referente a la paciente, ésta, si no quiere verse confiscada por la Hacienda debe revelar ese mismo secreto.

(347) Hay numerosa bibliografía sobre la cuestión del conflicto entre el derecho a la intimidad y el deber de contribuir. A título de ejemplo pueden citarse: Escribano, Francisco: La configuración jurídica del deber de contribuir, Civitas, Madrid, 1988, p. 325 ss; Aparicio Pérez, Antonio: "Notas sobre derechos fundamentales y ordenamiento tributario, en Introducción a los derechos fundamentales, cit, t. I, p. 313 ss., y en concreto p. 320 ss; Checa González, Clemente y Merino Jara, Isaac: "El derecho a la intimidad como límite a las funciones investigadoras de la Administración tributaria", en Introducción ..., cit., t. I, p. 483 ss. El problema no es exclusivo de España; por lo que hace a Francia puede consultarse: Philip, Loïc: Droit fiscal constitutionnel, Economica, París, 1990, p. 153 ss.

(348) ATC 529/1983 (FJ 2º).

(349) STC 110/1984 (FJ 3º).

(350) STC 110/1984 (FJ 7º). Dos obras de un inspector de Hacienda francés, publicadas bajo pseudónimo, muestran las turbias conductas de la Administración tributaria en su actividad: vid Matthieu, Robert: Le Racket fiscal, Albin Michel, París, 1990, y del mismo autor, Echec à la dictature fiscale, Albin Michel, París, 1991.

(351) STC 110/1984 (FJ 1º).

(352) STC 110/1984 (FJ 11º).

(353) ATC 642/1986 (FJ 2º); Doctrina que se reiterará en AATC 982/1986 (FJ 3º; implícitamente); 877/1987 (FJ 3º); 1011/1987 (FJ 1º obiter dictum) y STC 76/1990 (FJ 10º).

(354) ATC 642/1986 (FJ 2º).

(355) Martínez, op. cit., p.

(356) R.D. 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de Tributos.

(357) SSTC 110/1984 (FJ 3º); 76/1990 (FJ 3º).

(358) STC 76/1984 (FJ 3º).

(359) STC 76/1990 (FJ 10º).

(360) Checa González y Merino Jara, op. cit., p. 501. Considera que esta es opinión común de toda la doctrina.

(361) Aguilar Fernández-Montoria, Jaime: "De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria", Revista de Derecho bancario y bursátil, nº 17 (1985), p. 71 ss, p. 93.

(362) STC 76/1990 (FJ 10º).

(363) Por todos, STC 171/1990 (FJ 8º).

(364) STC 76/1990 (FJ 10º).

(365) STC 209/1988 (FJ 12º y Fallo, punto 3º). En esta sentencia el TC promovió una cuestión de constitucionalidad (art. 55.2 LOTC) que se resolvió en la STC 45/1989, sobre la compatibilidad de la tributación conjunta de los conyuges con el art. 18.1 C.E.

(366) Establecida en el art. 34.3º de la ley 44/1978 sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, y declarada inconstitucional en la STC 45/1989.

(367) STC 45/1989 (FJ 9º).

(368) STC 45/1989 (FJ 6º).

(369) STC 110/1984 (FJ 5º) y ATC 642/1986 (FJ 2º), que quedan completamente desautorizados en este aspecto, al ser la cuestión de la relevancia para la intimidad de los datos de la declaración la ratio decidendi de la STC 45/1989, a diferencia de esas otras dos resoluciones que sólo de pasada tocaron el asunto.

(370) STC 2/1981 (FJ 7.c); ATC 159/1984 (FJ 40).

(371) STC 37/1982 (FJ 3º).

(372) Basile, Silvio: "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático dirigido por los profs. Alberto Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1.981, p. 299.

(373) Freund, op. cit., p. 280 ss.

(374) Freund, op. cit., p. 44.

(375) Barbero Santos, Marino, "Honor e injuria en el Derecho Romano", en Estudios de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, p. 305 ss.

(376) La ley 3ª, tit. IX, Partida 7ª dice: que "infaman, e deshonoran unos a otros non tan solamente por palabras: mas aun por escrituras haciendo cantigas, o rimas o devtados malos, de los que han sabor de infamar" lo cual "facen las vegadas paladinamente, e a las vegadas encubiertamente echando aquellos escritos malos ... en las eglesias o en las plaças comunales de las ciudades, e de las villas: por que cada uno lo pueda leer". Dicha ley explica que "tales escrituras como estas dizen en latin famosus libellus: que quiere tanto dezir en romance como libro pequeño en que es escrito Infamamiento de otro". Esta ley señala que no cabe alegar la "exceptio veritatis" frente a esos denuestos porque "el mal

que los omes dicen unos de otros por escriptos o por rimas es peor que aquel que dicen de otra guisa por palabra, porque dura la remembrança dello para siempre si la escriptura non se pierde, mas lo que es dicho de otra guisa por palabra olvidase mas ayña".

Por su parte la ley 20ª, tít. IX, Partida 7ª divide las deshonras en atroces o graves y en leves, considera que la deshonra que se hace "por cantigas o por rimas o por famoso libelo que ome face en deshonra de otro" es de las graves.

(377) En el título XXV, de llibro XII, se recogen diversas leyes condenando las injurias verbales. Pero por lo que se refiere a injurias por escritos, la ley 3ª, del título XVII, del libro VIII, recoge una Real Resolución de Carlos III de 2 de Octubre de 1788 en la que se ordena que "los censores como los autores y traductores ciudarán mucho, de que en sus papeles ó escritos no se pongan ... cosas que deacrediten las personas ... y mucho menos las que sean denigrativas del honor y estimación de Comunidades, ó personas de todas clases, estados, dignidades y empleos". Se sigue la línea trazada por la Real Orden de 19 de agosto de 1788 que mandó "que el Consejo encargase al Juez de Imprentas el cuidado de que en los papeles periódicos no se incluyan cosas que desacrediten las personas" (nota 7 a la ley citada).

Igualmente, la ley 8ª, del título XXV, del libro XII, contiene una disposición del Consejo por auto acordado de 14 de abril de 1766 y confirmada por Carlos IV por resolución de 18 de Diciembre de 1804 en la que se dice que "está prohibido baxo de graves penas, a proporción de las personas, casos, tiempo y lugar, la composición de pasquines, sátiras, versos, manifiestos y otros papeles sediciosos e injuriosos a personas públicas o a cualquier particular ... pues el que tuviere agravio particular que proponer, debe acudir a los Tribunales Superiores legitimos...". Debe destacarse en la primera de las leyes citadas la consideración del honor como un bien predicable no sólo de los individuos, sino también de las

Comunidades. En las disposiciones citadas, aparece con claridad la consideración del honor y fama de las personas como límite a la libertad de expresión.

(378) Tocqueville, op. cit. 1, 2º, p. 190.

(379) cit. por Warren y Brandels, op. cit., p. 214.

(380) Tocqueville, op. cit., p. 184-185.

(381) Mirkine-Guetzevitch, B: Modernas tendencias del Derecho Constitucional, trad. Sabino Alvarez-Gendón, Ed. Reus, Madrid, p. 154.

(382) Heller, Hermann: Teoría del Estado, trad. de Luis Tobío, FCE, México, 1942, p. 190.

(383) Heller, op. cit., p. 190.

(384) Heller, op. cit., p. 190.

(385) Heller, op. cit., p. 191.

(386) Heller, op. cit., 192-193.

(387) Heller, op. cit., p. 193.

(388) Heller, op. cit., p. 194.

(389) Heller, op. cit., p. 194-195.

(390) Heller, op. cit., p. 195; Ya Argüelles advertía implícitamente que la opinión pública no surge espontáneamente, sino que se "prepara", vid. Argüelles, Agustín de: Discurso Preliminar a la Constitución de 1.812, Introducción de Luis Sánchez, Agesta, CEC, Madrid, 1989, p. 97.

(391) Heller, op. cit., p. 198-199 Un análisis riguroso sobre el carácter organizado de la opinión pública, y, en concreto, sobre el carácter sesgado de la información en función de los intereses de ciertos grupos de poder (públicos y privados) en Noam Chomsky y Edward S. Herman: Los guardianes de la libertad. Propaganda, desinformación y consenso en

los medios de comunicacion de masas, trad. Carme Castello, Critica, Barcelona, 1.990.

(392) Sánchez Agesta, "Introducción" al Discurso Preliminar, cit., p. 49.

(393) Sánchez Agesta, "Introducción", cit., p. 47 ss.

(394) Una visión documentada e interesante en Azorín: De un transeunte, Espasa-Calpe, Madrid, 1.958, p. 111, 124 ss, Azorín además de gran literato, es uno de los mejores cronistas parlamentarios que ha habido en España. El mismo fue diputado. Su doble condición de periodista y político le situaba en una espléndida perspectiva para examinar la opinión pública.

(395) cit. por Elorza, Antonio: "Las ideas políticas", en Miguel Artola (director), Enciclopedia de Historia de España, Alianza, Madrid, 1.988, vol III, p. 123 ss, p. 169-170.

(396) Roda Rivas, Arcadio: Ensayo sobre la opinión pública, Imprenta de M. Minuesa, Madrid, 1.870.

(397) Isern, Damián: De las formas de gobierno ante la ciencia jurídica y los hechos, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, vol. I (1892) y vol. II (1893), vol. I, pág. 291.

(398) Isern, op. cit., I, p. 331.

(399) Isern, op. cit., I, p. 315-317.

(400) Isern, op. cit., I, p. 318.

(401) Isern, p. 322.

(402) Mirkine-Guetzevitch, 361, op. cit., p. 158.

(403) Constant Benjamin: "De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del Gobierno", en Escritos políticos, cit., p. 207 ss, p. 207.

- (404) Constant, op. cit., p. 234.
- (405) Constant, op. cit., p. 229-230.
- (406) Constant, op. cit., p. 230-231.
- (407) Roda, op. cit., p. 274-275.
- (408) Roda, op. cit., p. 275-276.
- (409) Isern, op. cit., p. 318.
- (410) Isern, p. 319.
- (411) Isern, p. 319-320.
- (412) Isern, p. 320-321.
- (413) Isern, p. 321. T.
- (414) Warren y Brandeis, op. cit., p. 195-196.
- (415) Warren y Brandeis, op. cit., p. 214.
- (416) Como decía Roda "la simple vista lo ofende si lo mira", op. cit., p. 274.
- (417) Warren y Brandeis, op. cit., p. 214-219.

(418) Sobre el art. 2 de la ley de prensa de 1.966 puede verse Crespo de Lara, Pedro: El art. dos. La prensa ante el Tribunal Supremo, Prensa Española, Madrid, 1.975. Es de destacar la escasísima conflictividad que planteó el límite de la intimidad.

(419) La literatura, como buena parte de la jurisprudencia constitucional, no siempre ha distinguido entre el honor y la intimidad. Entre otros muchos pueden citarse los siguientes trabajos: Antonio Aguilera Fernández: La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa e información (posibilidades y límites constitucionales), Comares, Granada, 1.990; Concepción Carmona Salgado: Libertad de expresión e información y sus límites, Edersa, Madrid, 1.991; Marc

Carrillo: Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1.978, PPU, Barcelona, 1.987; Pedro Farias García: Libertades públicas e información, Euderma, Madrid, 1.988; Santiago Muñoz Machado: Libertad de prensa y procesos por difamación, Ariel, Barcelona, 1.988; Gonzalo Rodríguez Mourullo: "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de las conflictos", en Estudios sobre la CE, cit., p. 813 ss, Enrique Ruiz Vadillo: "Ineficacia total o parcial de alguno de los derechos fundamentales como consecuencia de una concurrencia colisiva, en su protección jurídico-penal (especial referencia a la libertad de expresión)", en Introducción, cit, p. 1257 ss.; Pablo Salvador Coderch: El mercado de las ideas, CEC, Madrid, 1990; Juan José Solozábal Echeverría: "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", REDC nº 23 (1988), p. 139 ss.; Cuenta y Razón, nº 44-45 (1989) Monográfico sobre Derecho a la información y a la intimidad.

(420) SSTC 6/1981 (FJ 4º); 30/1982 (FJ 4º); 74/1982 (FFJJ 2º y 3º); 105/1983 (FJ 11º), etc. Es doctrina sólida, pese a que la STC 12/1982 (FJ 3º), mantenía una concepción desdibujada de la distinción entre libertad de expresión libertad de información.

(421) STC 6/1981 (FJJ 3º).

(422) SSTC 12/1982 (FJ 2º); 30/1982 (FJ 4º); 74/1982 (FFJJ 2º Y 3º).

(423) STC 62/1982 (FJ 5º).

(424) SSTC 6/1981; 12/1982 (FJ 3º); 30/1982 (FJ 4º) (En esta última hay una evidente errata al confundir art. 20.4 con 20.5); 74/1982 (FJ 3º).

(425) ATC 375/1983, caso "Manifiesto de los Cien", (FJ 2º).

(426) ATC 375/1983 (FJ 2º).

(427) STC 81/1983, Caso Unión Sindical de Policía de Zaragoza, (FJ 3º).

(428) vid. supra STEDH, A 24, Handyside, entre otras.

(429) STC 62/1982 (FFJJ 3º A y 5º).

(430) STC 13/1985 (FJ 3º).

(431) STC 105/1983, Caso Vinader (FJ 11º).

(432) AATC 413/1983 (FJ 2º); 414/1983 (FJ 2º).

(433) ATC 103/1982 (FJ 3º).

(434) AATC 413/1983 (FJ 2º); 414/1983 (FJ 2º); 216/1989 (FJ 2º); 551/1985 (FJ 4º), y sin reproducir el art. 20.4 llegan a la misma conclusión los AATC 303/1984 (FJ 2º) y 588/1985 (FJ único).

(435) ATC 122/1985 (FJ único).

(436) ATC 216/1984 (Antecedente 3º y FD 2º).

(437) AATC 413/1983 (FFJJ 2º, 3º y 4º); 414/1983 (FFJJ 2º, 3º y 4º) Nótese que tres veces se reitera el carácter limitado de la libertad de expresión, en este asunto de relevancia para la opinión pública.

(438) SSTC 120/1983 (FJ 2º); 88/1985 (FJ 2º); ATC 171/1985 (FFJJ 2º Y 3º).

(439) STC 120/1983 (FJ 3º).

(440) STC 88/1985 (FJ 2º).

(441) AATC 413/1983 (FJ 4º) Y 414/1983 (FJ 4º).

(442) ATC 480/1986 (FJ único).

(443) STC 105/1983 (FJ 11º).

(444) ATC 375/1983 (FJ 2º).

(445) ATC 480/1986, de 4 de junio.

(446) STC 104/1986, Caso Soria Semanal (FJ 5º).

(447) ATC 785/1985 (FJ 1º).

(448) AATC 413/1983; 414/1983; 216/1984; a los que pudiera añadirse el importante ATC 375/1983 de la Sala 1ª, y a la propia STC 6/1981 y concordantes.

(449) SSTC 104/1986 (FJ 6º); 168/1986 (FJ 3º).

(450) STC 159/1986 (FJ 6º); 107/1988 (FJ 3º).

(451) ATC 1243/1988 (FJ 3º); SSTC 51/1989 (FJ 2º).

(452) VP de Díaz Eimil a la STC 121/1989; ATC 350/1989 (FJ 2º); SSTC 20/1990 (FJ 5º); 65/1991 (FJ 4º); 143/1991 (FJ 2º).

(453) STC 104/1986 (FJ 5º).

(454) STC 168/1986 (FJ 4º); ATC 76/1987 (FJ 3º); VP de Díaz Eimil a la STC 159/1987; STC 120/1990, Caso J.Mª García (FJ 3ª, con matices en FJ 4ª).

(455) STC 104/1986 (FJ 5º).

(456) STC 159/1986 (FJ 6º).

(457) SSTC 6/1988 (FJ 6º); 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º); 121/1989 (FJ 2º); 20/1990 (FJ 4º); AATC 161/1989 (FJ 1º); 350/1989 (FJ 2º).

(458) VP de Díaz Eimil a STC 121/1989.

(459) Implícitamente STC 105/1990 (FJ 3º), Expresamente SSTC 171/1990 (FJ 5º); 172/1990 (FJ 2º); 143/1991 (F 4º); 197/1991 (FJ 2º).

(460) STC 107/1988 (FJ 2º).

(461) STEDH Lingens, A 103, 45-46, de 8 de julio de 1986; Esta doctrina ha sido seguida más tarde en STEDH Oberschlick, A 204, de 23 de mayo de 1.991.

(462) SSTC 104/1986 de 17 de julio (FJ 5º); 159/1986 (FJ 6º); 168/1986 (FJ 3º).

(463) SSTC 6/1988 (FJ 5º); 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º); 105/1990 (FJ 4º); 171/1990 (FFJJ 8º y 9º); 172/1990 (FJ 4º); 143/1991 (FJ 3º).

(464) SSTC 165/1987 (FJ 10º); 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º); 105/1990 (FJ 4º); 65/1990 (FJ 4º); 214/1991 (FJ 6º a).

(465) SSTC 6/1988 (FJ 5º)5; 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º); 105/1990 (FJ 4º); 171/1990 (FFJJ 5º, 8º); 172/1990; 143/1991 (FJ 3º).

(466) SSTC 105/1990 (FJ 8º); 171/1990 (FJ 5º); 172/1990 (FJ 4º).

(467) SSTC 6/1988 (FJ 6º); 105/1990 (FJ 5º); 126/1990 (FJ 5º); 171/1990 (FJ 8º); 172/1990 (FJ 4º); 143/1991 (FJ 61); ATC 1243/1988 (FJ 3º).

(468) SSTC 171/1990 (FJ 9º); 143/1991 (FJ 6º).

(469) STC 171/1990 (FJ 8º).

(470) STC 172/1990 (FJ 4º).

(471) STC 143/1991 (FJ 6º).

(472) SSTC 171/1990 (FJ 5º)

(473) SSTC 172/1990 (FJ 4º), un tanto contradictorio con FJ 2º; 197/1991 (FFJJ 2º y 3º).

(474) SSTC 6/1988 (FJ 6º); 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º); 185/1989 (FJ 4º); 105/1989 (FJ 4º); 126/1990 (FJ 4º); 171/1990 (FJ 5º); 172/1990 (FJ 2º); 143/1991 (FJ 4º); 197/1991 (FJ 2º); AATC 161/1989 (FJ 1º); 350/1989 (FJ 2º).

(475) SSTC 165/1987 (FJ 10º); 171/1990 (FJ 5º); 172/1990 (FJ 2º)

(476) SSTC 107/1988 (FJ 2º); 171/1990 (FJ 5º); 172/1990 (FJ 2º);
ATC 161/1989 (FJ 1º).

(477) STC 6/1981 (FJ 4º).

(478) SSTC 165/1987 (FJ 10º); 107/1988 (FJ 3º); 51/1989 (FJ
3º); 105/1990 (FJ 4º).

(479) ATC 375/1983 (FJ 2º).

(480) STC 11/1981 (FJ 3º).

(481) Jiménez Campo, op. cit., p. 39.

(482) STC 6/1981 (FJ 4º); ATC 375/1983 (FJ 2º).

(483) STC 6/1981 (FJ 4º).

(484) Sáinz de Robles, Federico Cartos: "Libertad de expresión
versus honor", Tapia, nº 46 (1989), p. 4 ss, p. 7.

(485) SSTC 89/1987 (FJ 2º); 22/1984 (FJ 8º).

(486) SSTC 231/1988 (FJ 3º); 105/1990 (FJ 8º); 197/1991 (FJ 3º).

(487) Schmitt, op. cit., p. 170.

(488) Schmitt, op. cit., p. 170-171.

(489) Schmitt, op. cit., p. 173-174.

(490) STC 75/1985 (FJ 5º).

(491) Jellinek, Georg: Reforma y mutación de la Constitución.
Estudio Preliminar de P. Lucas Verdú, trad. de Christian Förster y P. Lucas
Verdú, CEC, Madrid, 1991, p. 7.

(492) De Vega García, Pedro: La Reforma Constitucional y la
problemática del poder constituyente. Tecnos, Madrid, 1988 (1º
reimpresión), p. 187-188.

(493) vid. Lucas Verdú, Pablo: Curso de Derecho Político, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 211-212.

(494) Lucas Verdú, op. cit., p. 219.

(495) Lucas Verdú, op. cit., 193.

(496) De Vega, op. cit., p. 212-215.

(497) Cruz Villalón, Pedro: "El nuevo Derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 e junio)", REDQ, nº 2 (1981), p. 93 ss., p. 126.

(498) L.O. 4/1981, de 1 de junio de los estados de alarma, excepción y sitio.

(499) Cruz Villalón, Pedro: Estados excepcionales y suspensión de garantías, Tecnos, Madrid, 1.989, p. 51.

(500) Cruz, "Estados ...", cit., p. 76.

(501) STC 137/1985 (FJ 3º).

(502) ATC 171/1989.

(503) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 92.

(504) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 94.

(505) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 95.

(506) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 104-105.

(507) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 104-105.

(508) Cruz Villalón, Estados ..., cit., p. 99.

(509) Cruz Villalón, Estados ..., p. 147-148.

(510) Cruz Villalón, Estados ..., p. 148.

(511) Fernández Segado, Francisco: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales", REP, nº 35 (1983), p. 123 ss., p. 124-129.

(529) García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo, t. I (5ª Ed.), Civitas, Madrid, 1.989, p. 156.

(530) STC 6/1982 (FJ 6º)

(531) García de Enterría y Fernández, cit., p. 157-158.

(532) García de Enterría y Fernández, cit., p. 157.

(533) Lucas Murillo, op. cit., p. 156-158.

(534) STC 11/1981 (FJ 8º).

(535) Baño León, op. cit., p. 167-168.

(536) Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 11 de diciembre de 1985, Caso Lundvall contra Suecia (FJ 3º).

(537) Decreto nº 196/1976 de 6 de febrero.

(538) Decreto de 2 de marzo de 1944 de Presidencia del Gobierno.

(539) Orden de 12 de julio de 1990 sobre contenido y formato del documento de identidad del Ministerio del Interior.

(540) Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC).

(541) SSTC 37/1989, FJ 4º; 120/1990 (FJ 12º); 137/1990 (FJ 10º).

(542) RD 338/1990 de 9 de marzo por el que se regula la composición y la forma de utilización de Número de Identificación Fiscal.

(543) Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988.

(544) G. de Enterría y Fernández, op. cit., p. 288; y STC 37/1981 (FJ 4º)

(545) STC 83/1984 (FFJJ 4º y 5º).

(546) Acerca del problema en Alemania y de su conexión con el derecho a la autodeterminación informativa ver Taeger, Jürgen (comp.); Der neue Personalausweis, Rowohlt, Hamburgo, 1984.

(547) Pérez Luño, "Los derechos ...", cit., p. 93.

(548) Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: "Las Comisiones de Investigación de las Cortes", en RFDUC, Monográfico nº 10, p. 143 ss.

(549) Lucas Murillo de la Cueva, Pablo: Voz "Petición (derecho de)", en NEJ Seix, tomo XIV, Seix, Barcelona, 1989, p. 734 ss.

(550) Pérez Luño, op. cit., p. 94-96.

(551) L.O. 3/1º981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

(552) Recomendación 13/1990, de 30 de octubre, sobre inserción obligatoria de los abonados en la guía telefónica. vid. Defensor del Pueblo: Recomendaciones y Sugerencias, 1990, Defensor del Pueblo, Madrid, 1990, p. 51-52.

(553) Recomendación 23/1990, formulada con ocasión del informe a las Cortes Generales correspondiente a 1990, sobre actualización del régimen jurídico de los Registros de Aceptaciones Impagadas. vid. Defensor del Pueblo, Recomendaciones ..., cit., p. 87-89.

(554) Puede verse Gómez Pavón, Pilar: La intimidad como objeto de protección penal, Akal, Torrejón, 1989; Morales Prats, Fermín: La tutela penal de la intimidad: privacy e informática, Destino, Barcelona, 1984; Romeo Casabona, Carlos María: Poder informático y seguridad jurídica, Fundesco, Madrid, 1987.

(555) STC 241/1991 (FJ 4º).

(556) STC 2/1981 (FJ 7ºc); ATC 159/1984.

(557) Romeo, op. cit., p. 24.

(558) STC 114/1984.

(559) Morales, op. cit., p. 260.

(560) Rodríguez Devesa, José María: Derecho Penal. Parte Especial, Madrid, 1983, p. 313.

(561) Rodríguez Devesa, op. cit., ibíd.

(562) Morales, op. cit., p. 182.

(563) Morales, op. cit., p. 192-196.

(564) STC 114/1984 (FJ 8º).

(565) Romeo, op. cit., p. 29.

(566) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 311-312.

(567) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 1086.

(568) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 315.

(569) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 739-740.

(570) Morales, op. cit., p. 272.

(571) Morales, op. cit., p. 182.

(572) Rodríguez Devesa, op. cit., p. 734-735.

(573) ATC 106/1980; 216/1984 (FJ 2º).

(574) SSTC 107/1988 (FJ 2º); 51/1989 (FJ 2º).

(575) STC de 11 de noviembre de 1991, (FJ 6ºb).

(576) STC 114/1984 (FJ 8º).

(577) STC 114/1984 (FJ 8º).

(578) STS de 25 de junio de 1984 (Sala 1ª) art. 1145.

(579) Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957; Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958,

modificado por el Decreto 1138/1969 de 22 de mayo, por el RD 3455/1977 de 1 de diciembre, y por el RD 1917/1986 de 29 de agosto.

(580) Reglamento Hipotecario, aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947.

(581) Del Valle, op. cit., p. 505-506.

(582) Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social.

(583) Del Valle, op. cit., p. 489-490.

(584) Del Valle, op. cit., p. 490.

(585) Alzaga, op. cit., p. 650-651.

(586) García de Enterría y Fernández, op. cit., t. I, p. 503.

(587) STC 22/1984 (FJ 3º).

(588) STC 22/1984 (FJ 5º).

(589) VP. del magistrado Rubio Llorente a la STC 22/1984.

(590) STC 160/1991 (FJ 9º).

(591) Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (LGT); Real Decreto 939/1986, de 25 de abril por el que se aprueba el Reglamento General de la Inspección de los Tributos (RGIT).

(592) Nueva relación por Ley 10/1985, de 26 de abril.

(593) STC 110/1984 (FJ 11º); ATC 642/1986 (FJ 2º).

(594) Checa y Merino, op.cit., p. 494-495.

(595) Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre medidas urgentes de reforma fiscal.

(596) Ley 44/1978, de 8 de septiembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

(597) SSTC 209/1988 (FJ 12º); 45/1989 (FJ 9º); ATC 642/1986 (FJ 2º).

(598) STC 22/1984 (FJ 2º).

(599) STC 137/1985 (FJ 3º).

(600) ATC 137/1989 (FJ 2º).

(601) STC 76/1983 (FJ 4º).

(602) SSTC 55/1987 (FJ 1º); 74/1990 (FJ 2º).

(603) STC 22/1984 (FJ 2º).

(604) ATC 349/1988 (FJ 1º).

(605) ATC 349/1988 (FJ 2º). Sobre esto, vid. Rodríguez Raimúndez, Antonio: "Sobre las entradas y registro domiciliarios: Ausencia de fedatarios", en Tapia, nº 61 (1991), p. 25 ss.

(606) SSTEDH Malone, A 82, nºs 67-68; Kruslin, A 176-A, nº 30; Huvig, A 176-B, nº 29.

(607) SSTEDH Kruslin, nº 33; Hurig, nº 32.

(608) SSTEDH Kruslin, nº 36; Hurig, nº 35.

(609) ATC 12/1981 (FJ 4º).

(610) STC 37/1989 (FFJJ 7º 8º).

(611) Sobre este particular puede verse Romero Coloma, Aurelia María: Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración del proceso penal, Bosch, Barcelona, 1984.

(612) Montesquieu, op. cit., XXVIII, t. XXXIV, p. 452-453.

(613) ATC 96/1981 (FJ 2º); STC 62/1982, t. XXXIV, p. 452-453.

(614) SSTC 30/1982 (FJ 4º); 13/1985 (FJ 3º).

(615) SSTC 13/1985 (FJ 3º); 176/1988 (FJ 2º).

(616) STC 114/1984 (FJ 3º).

(617) STC 114/1984 (FJ 3º).

(618) STC 114/1984 (FJ 5º).

(619) ATC 349/1988 (FJ 2º).

(620) STC 176/1988 (FJ 2º).

(621) Court of Appeal, Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd. All England Law Reports, 1976, vol. 1, p. 779.

(622) Una exposición sobre las normas de Common Law que rigen estas órdenes en el STEDH Chappell, A 152-A, nºs 10-24.

(623) STEDH Chappell, cit.

(624) STC 22/1984 (FJ 3º); ATC 272/1985 (FJJ 3º).

(625) ATC 129/1989 (FJ 6º).

(626) STC 160/1991 (FFJJ 8º y 9º).

(627) STC 22/1984 (FJ 5º).

(628) STC 160/1991 (FJ 9º).

(629) Pérez Luño, op. cit., p. 82.

(630) STC 25/1981 (FFJJ 3º y 5º).

(631) STC 25/1981 (FJ 5º).

(632) SSTC 84/1982 (FJ 1º); 26/1987 (FJ 1º); 74/1987 (FJ 1º); 62/1990 (FJ 2º).

(633) STC 62/1990 (FJ 2º).

(634) Cascajo Castro, José Luis y Gimeno Sendra, Vicente: El recurso de amparo. Tecnos, Madrid, 1988 (2ª ed), p. 96-97.

(635) Cascajo y Gimeno, op. cit., p. 100-101.

(636) SSTC 28/1991 (FJ 5º); 64/1991 (FJ 4º).

(637) Casajo y Gimeno, op. cit., p. 78; En el mismo sentido García Torres y Jiménez-Blanco, op. cit., p. 62.64.

(638) STC 231/1988.

CAPITULO 5º:

(1) Alonso García, Ricardo: " Derechos fundamentales y Comunidades Europeas", en Estudios sobre la Constitución Española, cit. Tomo II, p. 799 ss. p. 799.

(2) Alonso García, idem.

(3) Pescatore , Pierre: "The context and significance of fundamental rights in the Law of the European Communities; en Human Rights Law Journal, 1.981, p. 296.

(4) Robles Morchón, Gregorio: Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, Ed. Ceura, Madrid, 1988, p. 31 ss.

(5) Carrillo Salcedo, Juan Antonio: "La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas", en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado, Tratado de Derecho Comunitario, ed. Civitas, Madrid, 1986, Tomo II, p.17 ss., vid. p. 21.

(6) Art. F. 2 y 3, dentro de la rúbrica "disposiciones comunes", del Tratado sobre la Unión política. El texto está tomado del último proyecto de la presidencia holandesa tal y como quedó modificado en la cumbre de Maastricht, vid. Europe Documents, nº 1750-1751, 13-XII-1991.

(7) Alonso García, op. cit., p. 800 ss. Robles Morchón, op. cit., p. 46 ss.; López Garrido, Diego: Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 122 ss.

(8) Carrillo Salcedo, op. cit., p. 18-19, considera que lo que generalmente se llama "fase proteccionista" está formada por dos fases diferentes, siendo la primera el intento de protección de los derechos humanos mediante el recurso a la noción de principios generales del Derecho y la segunda el intento de establecer un sistema propio de garantías. Aquí se declina esta postura minoritaria por entender

íntimamente conectadas estas dos fases supuestamente diferentes, y por considerar más procedente una subdivisión de la segunda fase en el sentido que se expone infra.

(9) SSTJCE de 4 de Febrero de 1.959 (1/58), caso Stork c.A.A. de la C.E.C.A. Recueil, 1959, p. 43 ss.; S. de 15 de Julio de 1.960. Comptoirs de Vente du Charbon de la Ruhr y Nold K.G. c. A.A. de la C.E.C.A. (36-38 y 40/59), Recueil T.VI (1.960) p. 857 ss.; S de 1 de abril de 1.965 (40/64), M. Sgarlatta y otros c. Comisión, Recueil, T. XI (1965), p. 279 ss.

(10) Robles Morchón, op. cit; p. 52-53.

(11) STJCECA de 14 de Diciembre de 1962 (5-11 y 13-15/62), caso Società Industriale Acciaierie San Michele y otros c. AA, Recueil t. VIII (1962), p. 859 ss.

(12) STJCECA San Michele, Recueil, cit., p. 884-885.

(13) Idem, p. 885.

(14) López Garrido, op. cit., p. 124.

(15) STJCE de 12 de Noviembre de 1.969 (29/69), caso Erich Stauder c. ciudad de Ulm, Recueil, t. XV, p. 419 ss.

(16) STJCE Stauder, cit, nº 7.

(17) Robles, op. cit., p. 57

(18) STJCE de 17 de Diciembre de 1.970 (11/70) ; caso Internationale Handelsgesellschaft mbH, Recueil, T. XVI (1.970), p. 1.125 ss.

(19) STJCE de 15 de Julio de 1.964, Flaminio Costa c. ENEL (6/69) Rec. T.XI (1.964), p. 1.141 ss.

(20) STJCE Costa, cit., p. 1.159.

(21) López Garrido, op. cit., p. 103.

(22) *Idem*, p. 127; y en un sentido similar, Robles, op. cit., p. 122.

(23) Robles, op. cit., p. 130-131 afirma que la doctrina Solange I pone en entredicho injustificadamente el principio de primacía; López Garrido, op. cit. p. 112 ss., en especial 118-119.

(24) STJCE de 14 de Mayo de 1.974 (4/73), J. Nold, Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Comisión, Recueil, T. XX (1.974), p. 491) ss.

(25) STJCE Nold, op. cit., nº 13

(26) Alonso García, op. cit, p. 825; López Garrido, op, cit, p. 128 ss.

(27) Robles, op. cit., p. 72-73; la segunda posibilidad la acepta expresa y decididamente Alonso García, op. cit., p. 825.

(28) Chueca, op. cit., p. 29.

(29) López Garrido, op. cit, p. 128.

(30) Robles, p. 66.

(31) STJCE de 13 de Diciembre de 1979 (44/79), caso Liselotte Hauer c. Land Rheinland-Pfalz, Recueil, T.XXV (1979), p. 3727 ss.

(32) STJCE Hauer, cit., 515.

(33) Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo de la Comisión, Luxemburgo, 5 de Abril de 1977, DOCE 27-4-1977, nº C 103/1.

(34) Cit. por López Garrido, op. cit. p. 158.

(35) Muñoz Machado, Santiago: "La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los ordenamientos internos", en Revista Andaluza de Administración Pública, nº 7 (1991), p. 9 ss., vid., p. 29.

(34) STJCE de 26 de Junio de 1980 (136/79), National Panasonic Ltd. (UK) c. Comisión, Recueil, T. XXVI (1980), p. 2033 ss.

(35) STJCE National Panasonic, cit., nº 18.

(36) STJCE Nold, cit., nº 13; Hauer, cit, nº 15.

(37) STJCE de 18 de Mayo de 1982 (155/79), AM&S Europe Ltd. c. Comisión, Recueil, T. XXVIII (1982), p. 1575 ss.

(38) STJCE AM&S, cit., nº 26.

(39) STJCE de 15 de Mayo de 1986 (222/84), Margarite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Recueil, T. XXXII (1986), p. 1651 ss.

(40) Verde Aldea, Josep: Los derechos humanos y las Comunidades Europeas, Grupo Socialista del Parlamento Europeo, Madrid, 1989, p. 48-49. Nótese que el Tratado de la Unión Política Europea sí que introduce una cláusula parecida en la parte dispositiva y no sólo en el Preámbulo, aunque recogiendo sólo el nivel de protección mínimo.

(41) En Boletín de las Comunidades Europeas, nº 4 (1989).

(42) STJCE de Septiembre de 1989 (46/87 y 227/88), Hoechst A.G. c. Comisión, Recueil, T. XXXV (1989), p. 2919 ss.

(43) STJCE Nold, cit. nº 13; Hauer cit., nº 15.

(44) STJCE Hoechst, cit., nº 13.

(45) STJCE Hoechst, cit., nºs 17 y 18.

(46) STJCE de 17 de Octubre de 1989 (85/87), Dow Benelux N.V c. Comisión, Recueil, T. XXXV (1989), p. 3150 ss.; y STJCE de 17 de Octubre de 1989 (97-99/87), Dow Chemical Ibérica, Alcadia y Empresa Nacional del Petróleo c. Comisión, Recueil T. XXXV (1989) p. 3181 ss.

(49) STJCE, Dow Benelux, cit., 3323, 34, 28 y 29 .

(50) STJCE, Dow Chemical Ibérica, cit., 309, 10, 14 y 15.

(51) STJCE, Dow Chemical Ibérica, cit., 338.

(52) Díez de Velasco examina esta sentencia bajo el ángulo del art. 1 de la Declaración de 1989 (dignidad de la persona) debido a que se alegó por el Sr. Stauder en Alemania la violación del art. 1 G.G. (dignidad de la persona), pues es sabido que en la G.G. no se reconoce un derecho a la intimidad como tal. Sin embargo, la propia Declaración recoge en su art. 6.1, dedicado a la intimidad, el derecho al respeto y a la protección de la identidad que era lo que pedía el Sr. Stauder. Por esta razón se examina la s. Stauder aquí bajo el aspecto del derecho a la intimidad. Ello no obsta para decir que la ubicación dada por Díez de Velasco al asunto revela la enorme importancia del derecho a la intimidad por su conexión directísima con la dignidad humana. La tesis citada está expuesta en Díez de Velasco, Manuel: "La declaración de los derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Estudos em homenagem ao prof. Dr. Ferrer-Correia, Boletim da Faculdade de Direito, nº especial, Coimbra, 1991, T.III, p. 427 ss., vid, p. 430.

(53) STJCE Stauder, cit., 36.

(54) STJCE Stauder, cit., 37.

(55) STJCE de 7 de Julio de 1976 (118/75) caso Lynne Watson y Alessandro Belmann, Recueil, T.XXI (1976) p. 1.1.85 ss.

(56) STJCE Watson y Belmann, cit., 3.

(57) López Garrido, op., cit., p. 135.

(58) STJCE de 18 de Mayo de 1989 (249/86), caso Comisión c. R.F.A., Recueil, T.XXXV (1989), p. 1263 ss.

(59) STJCE Comisión c. R.F.A., cit., 310.

(60) STJCE Comisión c. R.F.A., cit., 311.

(61) Reglamento del Consejo nº 17/62, DOCE 21 de Febrero de 1962.

(62) STJCE AM&S, cit., 316.

(63) STJCE AM&S, cit., 320.

(64) Díez de Velasco, p. cit., p. 439.

(65) Dictado en aplicación del art. 87.1 TCEE, tiene por objeto asegurar el respeto de las prohibiciones previstas en los arts. 85 y 86 TCEE y determinar las modalidades de aplicación del art. 85.3 TCEE.

(66) STJCE AM&S, cit., 316.

(67) STJCE AM&S, cit., 317.

(68) Mateu Istúriz, José: "El amparo constitucional a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Su presunta incompatibilidad con las facultades inspectoras de los funcionarios comunitarios reguladas en el art. 14.3 del Reglamento 17/62 del Consejo de la C.E.E.", Revista de Estudios e Investigaciones de las CC.EE., nº 1, p. 117 ss., p. 120.

(69) STJCE AM&S, cit., nº 18.

(70) STJCE AM&S, cit., nº 21.

(71) STJCE AM&S, cit., nº 22.

(72) STJCE AM&S, cit., nºs 23,24.

(73) STJCE AM&S, cit., nº 26.

(74) STJCE AM&S, cit., nº 29.

(75) STJCE AM&S, cit., nº 30.

(76) STJCE AM&S, cit., nº 31.

(77) STJCE AM&S, cit., nº 32.

(78) Echevarría Pérez-Albert, Javier: "Los poderes de investigación de la Comisión en materia de defensa de la competencia: necesidad de respetar las garantías de procedimiento previstas en el Derecho nacional. Notas a la STJCE de 17 de octubre de 1989". La Ley-Comunidades Europeas, nº 59 (1-X-1.990), p. 1-4, vid. p. 4.

(79) STJCE San Michele, cit., p. 884-885.

(80) SSTJCE National Panasonic; Hoechst; Dow Benelux; Dow Chemical Ibérica, todas ya citadas.

(81) STJCE National Panasonic, cit., 317.

(82) STJCE National Panasonic, cit., 319.

(83) Robles, op. cit., p. 82-83; Verde, op. cit, p. 36; Mateu, op. cit., p. 120; Beneyto, José M^º : "La influencia del Parlamento Europeo en el desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en la C.E.E.", R.I.E., Vol. 16, nº 3 (1989), p. 837 ss., vol. p. 865.

(84) Collado García-Lajara, Enrique: "Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas a la inviolabilidad del domicilio y a la defensa en la reciente jurisprudencia comunitaria", Revista de Estudios e Investigaciones de las CC.EE., nº 14, p. 141 ss. vid. p. 144 y 147.

(85) STJCE Hoechst, cit, 317; y también STJCE Dow Benelux, cit., 328; Dow Chemical Ibérica, cit., 314.

(86) STJCE Hoechst, cit., 318; Dow Benelux 329, Dow Chemical Ibérica, 315.

(87) STJCE Hoechst, cit., 319; Dow Benelux 330, Dow Chemical Ibérica, 316.

(88) Párrafo cuarto del Preámbulo TCEE, arts. 3.f), 85 y 86 TCEE.

(89) SSTJCE National Panasonic, 320.

(90) SSTJCE Hoechst, 326; Dow Benelux 337; Dow Chemical Ibérica 323.

(91) SSTJCE Hoechst, 327; Dow Benelux 338; Dow Chemical Ibérica 324.

(92) SSTJCE Hoechst, 329; Dow Benelux 339; Dow Chemical Ibérica 325.

(93) SSTJCE Hoechst, 331; Dow Benelux 341; Dow Chemical Ibérica 327.

(94) SSTJCE Hoechst, 332; Dow Benelux 342; Dow Chemical Ibérica 328.

(95) SSTJCE Hoechst, 3333,34; Dow Benelux 3343,44; Dow Chemical Ibérica 3329,30.

(96) SSTJCE Hoechst, 335; Dow Benelux 345; Dow Chemical Ibérica 331.

(97) Díez de Velasco, op. cit., p. 439-440.

(98) Art. 47 TCECA, art. 194 TCECA.

(99) STJCE de 13 de Febrero de 1979 (85/76), caso Hoffmann-La Roche, Recueil, T.XXV (1979) p. 461 ss.

(100) STJCE de 22 de Marzo de 1961 (42 y 49/59), Recueil, T. VII (1961), p. 99 ss.

(101) Díez de Velasco, op. cit., p. 449-450.

(102) Informe Mansfield, documento 487/74 de la sesión 1974-75; informe Bayerl, documento 100/79 de la sesión 1979-80, y publicado en el Journal Officiel 140 de 5 de Mayo de 1979, p. 34; recomendación de la Comisión de 29-7-1981, en el Journal Officiel de 29-8-1981. Citados en Lucas Munillo, cit. p. 144 (nota 62).

(103) STCI nº 49/1963 de 9 de abril, ponente: Jaeger, caso Comisario del Estado en la Región siciliana c. Presidente de la Región siciliana, Giurisprudenza Costituzionale, 1963, p. 213 ss.

(104) STCI 49/1963 (F.J.2º).

(105) STCI 49/1963 (F.J.3º).

(106) STCI nº 14/1964 de 7 de marzo, ponente: Papallo, caso Costa c. ENEL, Giurisprudenza Costituzionale, 1964, p. 129 ss.

(107) STCI 14/1964 (F.J.6º).

(108) STCI nº 98/1965 de 27 de diciembre, ponente: Fragali, caso Acciaierie San Michele c. C.E.C.A., G.C., 1965, p. 1322 ss.

(109) STCI 98/1965 (F.J.1º).

(110) STCI 98/1965 (F.J.2º).

(111) STCI 98/1965 (F.J.2º).

(112) STCI 98/1965 (F.J.2º).

(113) STCI 98/1965 (F.J.3º).

(114) STCI, nº 183/1973 de 27 de diciembre ponente: Astuti, caso Frontini y otros c. Ministerio de Finanzas, G.C., 1973, Tomo I, p. 2401 ss.

(115) STCI 183/1973 (F.J.2º).

(116) STCI 183/1973 (F.J.5º).

(117) STCI 183/1973 (F.J.7º).

(118) STCI 183/1973 (F.J.8º).

(119) STCI 183/1973 (F.J.9º).

(120) STCI, nº 232/1979 de 30 de Octubre, ponente: Astuti, caso Società Industrie Chimiche Italia centrale (I.C.I.C.), G.C., 1975 (fasc. 5) p. 2211 ss.

(121) STC 232/1979 (FF.JJ. 4º b y 6º).

(122) STCI, nº 163/1977 de 29 de Diciembre, ponente: Astuti, caso Unil-IT, G.C., 1977. t. I, p. 1524 ss.

(123) STCI 163/1977 (F.J.8º).

(124) STCI, nº 176/1981 de 26 de Octubre ponente: La Pergola, caso Comavicola c. Presidente del Consejo de Ministros, G.C. 1981 (fasc. 8-10), p. 1543 ss; y STCI nº 177/1981 de 26 de octubre de 1981, ponente: La Pergola, caso Eredi Burgassi y otros c. Administración de finanzas del Estado, G.C. 1981 (fasc. 8-10), p. 1564 ss.

(125) STCI 176/1981 (F.J.5º).

(126) STCI, nº 170/1984 de 8 de junio, ponente: La Pergola, caso S.p.a. Granital, c. Administración de finanzas del Estado, G.C. 1984 (fasc. 6), p. 1098 ss. Esta sentencia ha sido objeto de un comentario por Pablo Pérez Tremps: "Justicia comunitaria, Justicia constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario", R.E.D.C., nº 13 (enero-abril 1985), p. 157 ss.

(127) STCI 170/1984 (F.J.4º).

(128) STCI 170/1984 (F.J.5º).

(129) STCI 170/1984 (F.J.6º).

(130) STCI 170/1984 (F.J.7º).

(131) No nos parece compartible la opinión de Rodríguez Iglesias y Woelker de que esta sentencia "ha supuesto un giro radical en relación con la posición tradicional sobre este punto de la jurisprudencia constitucional italiana, que chocaba frontalmente con la del T.J.C.E.", en Rodríguez Iglesias, Gil Carlos y Woelker, Ulrich: "Derecho comunitario y control de constitucionalidad. La decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 27 de octubre de 1986", R.I.E., 1987, vol. 14 (nº3), p. 667 ss., vid. p. 669.

(132) STCI, nº 47/1985, de 22 de febrero ponente: La Pergola, caso *Hermanos Carli c. Ministerio del Interior*, G.C., 1985, I (fasc. 2), p. 210 ss.; y STCI nº 48/1985 de 22 de febrero ponente: La Pergola, caso *Cía. Mantovani y S.p.a. Carapelli c. Administración de Finanzas del Estado*, G.C., 1985, I (fasc.2), p. 215 ss.

(133) STCI, nº 113/1985, de 23 de abril ponente: La Pergola, caso *S.p.a. Beca y otros c. Consejo de Ministros*, G.C., 1985, I (fasc. 4), p. 694 ss.

(134) La STCI nº 170/1984 decía "coordinados según el reparto de competencias establecido y garantizado por el Tratado" (F.J.4) (subrayado nuestro).

(135) STCI 113/1985 (F.J.3º.1).

(136) STCI 113/1985 (FF.JJ. 5º y 4º).

(137) López Garrido, op. cit., p. 117.

(138) Resolución ("Beschluss") del T.C.F.A. de 29 de mayo de 1974, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BverfGE), t. 37, p. 271 ss.

(139) BverfGE, t. 37, p. 282.

(140) Auto de 25 de Julio de 1979, BverfGE, t. 52, p. 187 ss.

(141) Autos de 23 de junio de 1981, BverfGE, t. 58, p. 1 ss.; y de 10 de noviembre de 1981, t. 59, p. 63 ss. Sobre el primero de los autos, Embid Irujo, Antonio: "Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso Eurocontrol", R.E.D.A., nº 38 (1983), p. 421 ss.

(142) N.J.W., 1983, p. 1258, cit. por Rodríguez Iglesias y Woelker, p. 671.

(143) Auto de 22 de octubre de 1986, BverfGE, t. 73, p. 339 ss. Sobre el mismo pueden verse los comentarios de Rodríguez Iglesias y Woelker, op. cit. y Baño León, José María: "Los derechos fundamentales en la Comunidad europea y la competencia del juez nacional", R.E.D.A. n° 54 (1987), p. 277 ss.

(144) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.b).

(145) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.d).

(146) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.e).

(147) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.c).

(148) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.f).

(149) El auto del TCFA de 27 de agosto de 1991 de la sección 3ª del Tribunal afirma que el TJCE es juez legal en el sentido del art. 101.2 GG. Por ello "el TCFA controla el cumplimiento de la norma competencial del art. 177 TCEE (que regula la obligación de ciertos Tribunales de formular recurso prejudicial ante el TCJE en determinados casos) de modo similar a las demás reglas competenciales sólo es censurado por el TCFA cuando sea abiertamente insostenible o aparezca como incomprensible a la luz de una apreciación razonable de los principios determinantes de la Ley Fundamental. Esta decisión del TDFA es de enorme importancia por cuanto pone en cuestión el tratamiento habitual por la doctrina comunitaria del art. 177 TCEE. Auto en NJW 1992 (cuaderno 11), p. 678.

(150) Sentencia de 11 de abril de 1989, BverfGE, t. 80, p. 74 ss.

(151) Auto de 12 de mayo de 1989 (Sección 2ª de la Sala 2ª), en M.J.W., 1990 (Heft 15), p. 974.

(152) Soweit die Richtlinie den Grundrechtsstandard des Gemeinschaftsrechts verletzen sollte, gewährt der EuGH Rechtsschutz. Wenn auf diesem Wege der vom Grundgesetz als unabdingbar gebotene

Grundrechtsstandard nicht verwirklicht werden sollte, kann das BverfG angerufen werden.

(153) STCFA de 22 de octubre de 1986 (F.J.II.1.c).

(154) por Chueca Sancho, op. cit., p. 136.

(155) STCI 14/1964, Caso Costa c. ENEL, cit.

(156) STCI 98/1965, caso San Michele, cit; en el mismo sentido las posteriores sentencias del Tribunal italiano.

(157) Chueca, op. cit., p. 137.

(158) Sentencia de 1 de marzo de 1968, caso Syndicat general des fabricants de semoules de Frame; Sent. de 22 de diciembre de 1978, caso Cohn-Bendit; y Sent. de 7 de febrero de 1985, caso Association des Centres distributeurs Leclerc. vid. por Chueca, op. cit., 138-143.

(159) De forma destacada Muñoz Machado, Santiago: El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española, Civitas, Madrid, 1980 (Reimpresión 1985).

(160) S.T.C. 28/1991 de 14 de febrero, Pleno, ponente: Leguina Villa. Ha sido objeto de un interesante y apasionado comentario por Mangas Martín, Araceli: "La Constitución y la ley ante el ordenamiento comunitario", B.I.E., vol. 18, nº 2 (1991), p. 587 ss.

(161) Así lo ha demostrado de forma inconcusa Mangas, op. cit., p. 593-595.

(162) STC 28/1991 (F.J.4º).

(163) Mangas, op. cit., p. 597-602. Una posición similar en Muñoz Machado, op. cit., p. 99.

(164) STC 28/1991 (F.J.5º).

(165) Mangas, p. 600: Más adelante afirma la "primacía absoluta (subrayado Mangas) del Derecho Comunitario. La primacía no es relativa ni está condicionada" (p. 620).

(166) STJCE de 5 de febrero de 1963, (26/62), caso N.V. Algemene Transport-En Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administración fiscal holandesa, Recueil, t. IX (1963), p. 1 ss.; STJCE de 20 de febrero de 1964 (6/64), caso Flaminio Costa c. ENEL, cit. en nota (16).

(167) Montesquieu, op. cit., libro XI, cap. IV, p. 142.

(168) Mangas, op. cit., p. 615.

(169) Mangas, p. 622.

(170) Pérez Tremps, op. cit., p. 179.

(171) Pérez Tremps, p. 181.

(172) S.T.C. 64/1991 (F.J.4º).

(173) S.T.C. 145/1991 (FF.JJ. 3º y 4º).

(174) STJCE AM&S, nº 16.

(175) STJCE AM&S, nº 12.

(176) STJCE AM&S, nº 27.

(177) STJCE AM&S, nºs 21 y 27.

(178) STJCE AM&S, nº 26.

(179) STJCE AM&S, nº 30.

(180) STJCE AM&S, nº 31.

(181) STC 22/1984 (F.J.2º).

(182) STC 13./1985 (F.J.3º).

(183) STC 137/1995 (F.J.3º).

(184) R.D. 1882/1986 de 27 de agosto.

(185) Echevarría Pérez-Albert, *op. cit.*, p. 3.

(186) A.T.C. 171/1989 (F.J.2º).

(187) STJCE National Panasonic, 319.

(188) SSTJCE Hoechst, 317; Dow Benelux, 328; Dow Chemical Ibérica, 314.

(189) Collado, *op. cit.*, p. 153.

(190) Echevarría, *op. cit.*, p. 3.

V/ RELACION DE SENTENCIAS CITADAS.

1. Tribunal Constitucional Español (T.C).

1.980.

ATC 106/1980, de 26-XI, Sección 2ª.

1.981.

STC 2/1981, de 30-I, Sala 1ª: (Díez de Velasco).

STC 5/1981, de 13-II, Pleno: (Tomás y Rubio), caso LOECE.

STC 6/1981, de 16-III, Sala 2ª: (Rubio), caso MCSE.

STC 11/1981, de 8-IV, Pleno: (Díez-Picazo).

STC 21/1981, de 15-VI, Sala 1ª (Begué).

STC 25/1981, de 13-VIII, Pleno (Truyol).

STC 26/1981, de 17-VII, Sala 2ª (Díez-Picazo).

STC 37/1981, de 16-XI, Pleno (Rubio).

ATC 12/1981, de 21-I, Sección 2ª.

ATC 43/1981, de 24-IV, Sección 1ª.

ATC 96/1981, de 30-IX, Sección 1ª.

1.982.

STC 2/1982, de 29-I, Sala 1ª (Gómez-Ferrer).

STC 6/1982, de 22-II, Pleno (Fernández).

STC 12/1982, de 31-III, Pleno (Díez-Picazo), caso Antena 3.

STC 30/1982, de 1-VI, Sala 2ª (Tomás).

STC 37/1982, de 16-VI, Sala 1ª (Escudero).

STC 62/1982, de 15-X, Sala 1ª (Gómez-Ferrer).

STC 73/1982, de 2-XII, Sala 2ª (Díez-Picazo).

STC 78/1982, de 20-XII, Sala 1ª (Gómez-Ferrer).

STC 74/1982, de 7-XII, Sala 2ª (Fernández).

STC 84/1982, de 23-XII, Pleno (Rubio).

ATC 162/1982, de 5-V, Sección 2ª.

1.983.

STC 19/1983, de 14-III, Sala 1ª (Gómez-Ferrer).

STC 23/1983, de 25-III, Sala 1ª (Díez de Velasco).

STC 55/1983, de 22-VI, Sala 2ª (Truyol).

STC 70/1983, de 26-VII, Sala 2ª (Pera).

STC 76/1983, de 5-VIII, Pleno (Begué).

STC 91/1983, de 7-XI, Sala 1ª (Gómez-Ferrer).

STC 105/1983, de 23-XI, Sala 2ª (Pera), caso Vinader.

STC 120/1983, de 15-XII, Sala 1ª (Escudero), caso Liceo Sorolla.

ATC 375/1983, de 30-VII, Sala 1ª.

ATC 413/1983, de 22-IX, Sala 1ª.

ATC 414/1983, de 22-IX, Sala 1ª.

ATC 529/1983, de 8-XI, Sala 1ª.

1.984.

STC 13/1984, de 3-II, Sala 1ª (Escudero).

STC 18/1984, de 7-II, Sala 1ª (Gómez Ferrer).

STC 22/1984, de 17-II, Sala 2ª (Díez-Picazo).

STC 83/1984, de 24-VII, Pleno (Rubio).
STC 36/1984, de 14-III, Sala 2ª (Rubio).
STC 107/1984, de 23-XI, Sala 2ª (Rubio).
STC 110/1984, de 26-XI, Sala 1ª (Latorre).
STC 114/1984, de 29-XI, Sala 2ª (Díez-Picazo).
ATC 159/1984, de 14-III, Sección 2ª.
ATC 216/1984, de 4-IV, Sección 2ª.
ATC 303/1984, de 23-V, Sección 2ª.

1.985.

STC 13/1985, de 31-I, Sala 2ª (Tomás).
STC 19/1985, de 13-II, Sala 2ª (Arozamena).
STC 53/1985, de 11-IV, Pleno (Begué y Gómez-Ferrer).
STC 75/1985, de 21-VI, Sala 1ª (Escudero).
STC 88/1985, de 19-VII, Sala 1ª (Escudero).
STC 99/1985, de 30-IX, Sala 2ª (Tomás).
STC 137/1985, de 17-X, Sala 2ª (Pera).
ATC 122/1985, de 20-II, Sección 3ª.
ATC 171/1985, de 6-III, Sección 2ª.
ATC 257/1985, de 17-IV, Sección 2ª.
ATC 272/1985, de 24-IV, Sección 2ª.
ATC 551/1985, de 24-VII, Sección 2ª.
ATC 598/1985, de 18-IX, Sección 1ª.
ATC 785/1985, de 13-XI, Sección 4ª.

1.986.

STC 104/1986, de 17-VII, Sala 1ª (Tomás), caso Soria Semanal.

STC 159/1986, de 16-XII, Sala 2ª (Begué).

STC 168/1986, de 22-XII, Sala 2ª (Leguina).

ATC 480/1986, de 4-VI, Sección 2ª.

ATC 502/1986, de 11-VI, Sección 1ª.

ATC 642/1986, de 23-VII, Sección 4ª.

ATC 982/1986, de 19-XI, Sección 4ª.

1.987.

STC 2/1987, de 21-I, Sala 1ª (Rodríguez-Piñero).

STC 26/1987, de 27-II, Pleno (García-Mon).

STC 55/1987, de 13-V, Sala 1ª (Díez-Picazo).

STC 74/1987, de 25-V, Pleno (Latorre).

STC 89/1987, de 3-VI, Sala 1ª (Rubio).

STC 144/1987, de 23-IX, Sala 1ª (Rubio).

STC 159/1987, de 26-X, Sala 1ª (Rubio).

STC 160/1987, de 27-X, Pleno (de la Vega).

STC 165/1987, de 27-X, Sala 1ª (Díaz).

STC 170/1987, de 30-X, Sala 2ª (García-Mon).

STC 199/1987, de 16-XII, Pleno (Rodríguez-Piñero).

ATC 76/1987, de 21-I, Sección 4ª.

ATC 877/1987, de 8-VII, Sección 2ª.

ATC 1011/1987, de 16-IX, Sección 4ª.

1.988.

STC 6/1988, de 21-I, Sala 1ª (Díez-Picazo).

STC 37/1988, de 3-III, Pleno (Tomás).

STC 64/1988, de 12-IV, Sala 1ª (Díez-Picazo).

STC 71/1988, de 19-IV, Sala 2ª (Vega).

STC 107/1988, de 8-VI, Sala 1ª (Díaz).

STC 125/1988, de 24-VI, Sala 2ª (Begué).

STC 176/1988, de 4-X, Sala 1ª (Díaz).

STC 177/1988, de 10-X, Sala 2ª (Begué).

STC 209/1988, de 10-XI, Pleno (Tomás).

STC 223/1988, de 24-XI, Pleno (Díaz).

STC 231/1988, de 2-XII, Sala 2ª (López), caso Paquirri.

STC 254/1988, de 21-XII, Sala 2ª (Begué).

ATC 68/1988, de 20-I, Sección 3ª.

ATC 220/1988, de 15-II, Sección 4ª.

ATC 259/1988, de 29-II, Sección 2ª.

ATC 349/1988, de 16-III, Sección 4ª.

ATC 1121/1988, de 10-X, Sección 1ª.

ATC 1171/1988, de 24-X, Sección 2ª.

ATC 1243/1988, de 14-XI, Sección 2ª.

ATC 1309/1988, de 12-XII, Sección 1ª.

1989,

STC 16/1989, de 30-I, Sala 1ª (Tomás).

STC 33/1989, de 13-II, Sala 1ª (Tomás).
STC 37/1989, de 15-II, Sala 1ª (Rubio).
STC 44/1989, de 20-II, Sala 1ª (Rodríguez-Piñero).
STC 45/1989, de 20-II, Pleno (Rubio).
STC 50/1989, de 21-II, Sala 2ª (Begué).
STC 51/1989, de 22-II, Sala 2ª (Leguina).
STC 69/1989, de 20-IV, Sala 1ª (García-Mon).
STC 81/1989, de 8-V, Sala 2ª (Mozos).
STC 121/1989, de 3-VII, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero), caso "El Día"
de Zaragoza.

STC 132/1989, de 18-VII, Pleno (Leguina).
STC 139/1989, de 20-VII, Sala 1ª (García-Mon).
STC 185/1989, de 13-XI, Sala 2ª (Rodríguez).
ATC 129/1989, de 26-III, Sección 4ª.
ATC 161/1989, de 3-IV, Sección 1ª.
ATC 171/1989, de 3-IV, Sección 4ª.
ATC 194/1989, de 17-IV, Sección 4ª.
ATC 199/1989, de 17-IV, Sección 1ª.
ATC 220/1989, de 27-IV, Sección 3ª.
ATC 350/1989, de 19-VI, Sección 1ª.
ATC 565/1989, de 27-XI, Sección 4ª.
ATC 600/1989, de 11-XII, Sección 4ª.

1.990.

- STC 20/1990, de 15-II, Sala 1ª (García-Mon).
- STC 61/1990, de 29-III, Sala 1ª (de la Vega).
- STC 62/1990, de 30-III, Pleno (Díaz, López y Gimeno).
- STC 74/1990, de 23-IV, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero).
- STC 76/1990, de 26-IV, Pleno (Leguina).
- STC 105/1990, de 6-VI, Sala 1ª (López), caso José Mª García.
- STC 120/1990, de 27-VI, Pleno (García-Mon, Díaz y Gimeno),
caso Grapo I.
- STC 126/1990, de 5-VII, Sala 1ª (Leguina).
- STC 134/1990, de 19-VII, Sala 1ª (Gimeno).
- STC 137/1990, de 19-VII, Pleno (Leguina, Mozos y Gimeno), caso
Grapo II.
- STC 171/1990, de 12-XI, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero), caso Patiño
I.
- STC 172/1990, de 12-XI, Sala 2ª (Díaz), caso Patiño II.
- STC 181/1990, de 15-XI, Sala 1ª (López).
- STC 184/1990, de 15-XI, Pleno (Leguina).
- STC 206/1990, de 17-XII, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero).
- 1.991.
- STC 11/1991, de 17-I, Pleno (García-Mon), caso Grapo III.
- STC 28/1991, de 14-II, Pleno (Leguina).
- STC 64/1991, de 22-III, Sala 1ª (Leguina).
- STC 65/1991, de 22-II, Sala 1ª (López).
- STC 119/1991, de 3-VI, Sala 2 (Rodríguez).

STC 143/1991, de 1-VII, Sala 2ª (Rodríguez).

STC 145/1991, de 1-VII, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero).

STC 160/1991, de 18-VII, Pleno (López), caso Riaño.

STC 189/1991, de 3-X, Pleno (de la Vega).

STC 197/1991, de 17-X, Sala 2ª (Rodríguez-Piñero), caso Sara Montiel.

STC 214/1991, de 11-XI, Sala 1ª (Gimeno), caso Friedman.

STC 241/1991, de 16-XII, Sala 2ª (Rodríguez).

2. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

- STEDH relativa a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica de 23 de Julio de 1968, serie A, nº 6.

- STEDH De Wilde, Ooms y Versyp de 18 de Junio de 1971, A 12.

- STEDH Golder de 21 de Febrero de 1975, A 18.

- STEDH Engel y otros de 8 de Junio de 1976, A 22.

- STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen de 7 de Diciembre de 1976, A 23 (sala).

- STEDH Handyside de 7 de Diciembre de 1976, A 24.

- STEDH Klass y otros de 6 de Septiembre de 1978, A 28 (sala).

- STEDH Sunday Times de 26 de Abril de 1979, A 30.

- STEDH Marchx de 13 de Junio de 1979, A 31.

- STEDH Airey de 9 de Octubre de 1979, A 32 (sala).

- STEDH Van Oosterwijk de 6 de Noviembre de 1980, A 40.

44. - STEDH Young, James y Webster de 13 de Agosto de 1981, A

- STEDH Dudgeon de 22 de Octubre de 1981, A 45.

- STEDH Silver y otros de 25 de Marzo de 1983, A 61 (sala).

- STEDH Sutter de 22 de Febrero de 1984, A 74

- STEDH Campbell y Fell de 28 de Junio de 1984, A 80 (sala).

- STEDH Malone de 2 de Agosto de 1984, A 82.

- STEDH Rasmussen de 28 de Noviembre de 1984, A 87 (sala).

- STEDH X e Y de 26 de Marzo de 1985, A 91 (sala).

- STEDH Abdulaziz, Cabales y Balkandali de 28 de Mayo de 1985,
A 94.

- STEDH Lingens de 8 de Julio de 1986, A 103.

- STEDH Rees de 17 de Octubre de 1986, A 106.

- STEDH Gillow de 24 de Noviembre de 1986, A 109 (sala).

- STEDH Johnston y otros de 24 de Diciembre 1986, A 112.

- STEDH Leander de 26 de Marzo de 1987, A 116 (sala).

- STEDH O. contra el Reino Unido de 8 de Julio de 1987, A 120-A.

- STEDH H. contra el Reino Unido de 8 de Julio de 1987, A 120-B.

- STEDH W contra el Reino Unido de 8 de Julio de 1987, A 121-A.

- STEDH B. contra el Reino Unido de 8 de Julio de 1987, A 121-B.

- STEDH R. contra el Reino Unido de 8 de Julio de 1987, A 121-C.

- STEDH Olsson de 24 de Marzo de 1986, A 130.

- STEDH Boye y Rice de 20 de Abril de 1988, A 131.

- STEDH Müller y otros de 24 de Mayo de 1988, A 133 (sala).

- STEDH Schöneberger y Durmaz de 20 de Junio de 1978, A 137 (sala).
- STEDH Berrehab de 21 de Junio de 1988, A 138 (sala).
- STEDH Plattform Ärzte für das Leben de 21 de Junio de 1988, A 139 (sala).
- STEDH Schenk de 12 de Julio de 1988, A 140.
- STEDH Salabiaka de 12 de Julio de 1988, A 141.
- STEDH Norris de 26 de Octubre de 1988, A 144.
- STEDH Nielsen de 28 de Noviembre de 1988, A 144.
- STEDH Barfod de 22 de Febrero de 1989, A 149 (sala).
- STEDH Chappell de 30 de Marzo de 1989, A 152-A (sala).
- STEDH Langborger de 22 de Junio de 1989, A 155.
- STEDH Eriksson de 22 de Junio de 1989, A 156.
- STEDH Gaskin de 7 de Julio de 1989, A 160.
- STEDH Markt intern Verlag y Klaus Beermann de 20 de Noviembre de 1989, A 165.
- STEDH Powell y Rayner de 21 de Febrero de 1990, A 172 (sala).
- STEDH Groppera Radio AG y otros de 28 de Marzo de 1990, A 173.
- STEDH Krusiin de 24 de Abril de 1990, A 176-A (sala).
- STEDH Huvig de 24 de Abril de 1990, A 176-B (sala).
- STEDH Weber de 22 de Mayo de 1990, A 177 (sala).
- STEDH Autronic AG de 22 de Mayo de 1990, A 178.
- STEDH McCallum de 30 de Agosto de 1990, A 183 (sala).

- STEDH Cossey de 27 de Septiembre de 1990, A 184.
- STEDH Moustaquín de 18 de Febrero de 1991, A 193 (sala).
- STEDH Ezélin de 26 de Abril de 1991, A 202 (sala).
- STEDH Oberschlick de 23 de Mayo de 1991, A 204.

3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE).

- STJCE de 4 de Febrero de 1959 (1/58), caso Stork contra A.A. de la CECA, Recueil, 1959, p. 43 ss.
- STJCE de 4 de Abril de 1960 (34/59), caso Elz, Recueil, T.VII (1960) p. 220 ss.
- STJCE de 15 de Julio de 1960 (36-38 y 40/59) caso Comptoirs de Vente de Charson de la Ruhr y Nold K.G. contra A.A. de CECA, Recueil, T. VI (1960) p. 857 ss.
- STJCE de 22 de Marzo de 1961 (42 y 49/54) caso Pontlieu, Recueil, T. VII (1961) p. 99 ss.
- STJCE de 14 de Diciembre de 1962 (5-11 y 13-15/62) caso Società Industriale Acciaierie San Michele y otros, contra A.A. de la CECA Recueil, T. VIII (1962) p. 859 ss.
- STJCE de 5 de Febrero de 1963 (26/62) caso N.V. Algemene Transport-En Expeditie Onderneming Van Gend & Loos c. Administración Fiscal Holandesa, Recueil, T. IX (1963) p. 1 ss.
- STJCE de 15 de Julio de 1964 (6/64), caso Flaminio Costa c. ENEL, Recueil, T. X (1964), p. 1141 ss.
- STJCE de 1 de Abril de 1965 (40/64), caso M. Sgarlatta y otros c. Comisión, Recueil, T. XI (1965), p. 279 ss.

- STJCE de 12 de Noviembre de 1969 (29/69), caso Erich Stauder c. Ciudad de Ulm, Recueil, T. XV (1969), p. 419 ss.
- STJCE de 17 de Diciembre de 1970 (11/70), caso Internationale Handelsgesellschaftmbhl, Recueil, Y. XVI (1970), p. 1125 ss.
- STJCE de 14 de Mayo de 1974 (4/73), caso J. Nold Kohlen-und Baustoffgrosshandlung c. Comisión, Recueil, T. XX (1974), p. 491 ss.
- STJCE de 7 de Julio de 1976 (118/75), caso Lynne Watson y Alessandro Belmann, Recueil, T. XXI (1976), p. 1185 ss.
- STJCE de 13 de Febrero de 1979 (85/76), caso Hoffmann-La Roche, Recueil, T. XXV (1979), p. 461 ss.
- STJCE de 13 de Diciembre de 1979 (44/79), caso Liselotte Hauer c. Land Renania-Palatinado, Recueil, T. XXV (1979), p. 3727 ss.
- STJCE de 26 de Junio de 1980 (136/79), caso National Panasonic (UK) Ltd c. Comisión, Recueil, T. XXVI (1980), p. 2033 ss.
- STJCE de 18 de Mayo de 1982 (155/79), caso A.M.&S. Europe Ltd c. Comisión, Recueil, T. XXVIII (1982), p. 1575 ss.
- STJCE de 15 de Mayo de 1986 (222/84), caso Margherite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, Recueil, T. XXXII (1986), p. 1651 ss.
- STJCE de 21 de Septiembre de 1989 (46/87 y 227/88), caso Hoechst AG. c. Comisión, Recueil, T. XXXV (1989), p. 2919 ss.
- STJCE de 17 de Octubre de 1989 (85/87), caso Dow Beneluw NV c. Comisión, Recueil, T. XXXV (1989), p. 3150 ss.
- STJCE de 17 de Octubre de 1989 (97-99/87), caso Dow Chemical Ibérica, Alcadia y Empresa Nacional del Petróleo c. Comisión, Recueil, T. XXXV (1989), p. 3181 ss.

4. Tribunal Constitucional Italiano (TCI).

- STCI 49/1963, de 9-IV (Jaeger), caso Comisario del Estado en la Región siciliana contra Presidente de la Región siciliana, Giurisprudenza Costituzionale, 1963, p. 213 ss.

- STCI 14/1964, de 7-III (Papaldo), caso Costa c ENEL, G.C., 1964, p. 129 ss.

- STCI 98/1965, de 27-XII (Fragali), caso Acciaierie San Michele, G.C., 1965, p. 1322 ss.

- STCI 183/1973, de 27-XII (Astuti), caso Frontini y otros, G.C., 1973, t. II, p. 2401 ss.

- STCI 232/1975, de 30-X (Astuti), caso Società Industriale chimiche Italia Centrale (ICIC), G.C., 1975, p. 2211 ss.

- STCI 163/1977, de 29-XII (Astuti), caso Società Unil-IT, G.C., 1977, t. I, p. 1524 ss.

- STCI 176/1981, de 26-X (La Pergola), caso Comavicola, G.C., 1981, t. II, p. 1543 ss.

- STCI 177/1981, de 26-X (La Pergola), caso Eredi Burgassi, G.C., 1981, t. II, p. 1564 ss.

- STCI 170/1984, de 8-VI (La Pergola), caso S.p.a. Granitol, G.C., 1984, t. II, p. 1098 ss.

- STCI 47/1985, de 22-II (La Pergola), caso Hermanos Carli c. Ministerio del Interior, G.C., 1985, t. I, p. 210 ss.

- STCI 48/1985, de 22-II (La Pergola), caso Compañía Mantovani y S.p.a. Carapelli c. Administración de finanzas del Estado, G.C., 1985, t. I, p. 215 ss.

- STCI 113/1985, de 23-IV (La Pergola), caso S.p.a. Beca y otros c. Consejo de Ministros, G.C., 1985, t. I, p. 694 ss.

5. Tribunal Constitucional Federal Alemán (TCFA).

- Auto (Beschluss) de 29 de mayo de 1974 (Solange I), Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE), t. 37, p. 271 ss.
- Auto de 25 de julio de 1979, BVerfGE, t. 52, p. 187 ss.
- Auto de 23 de junio de 1981, BVerfGE, t. 58, p. 1 ss.
- Auto de 19 de noviembre de 1981, BVerfGE, t. 59, p. 63 ss.
- Sentencia de 22 de octubre de 1986 (Solange II), BVerfGE, t. 73, p. 339 ss. Traducción española en RIE, vol. 14, nº 3 (1987), p. 881 ss.
- Sentencia de 11 de abril de 1989, BVerfGE, t. 80, p. 74 ss.
- Auto de 12 de mayo de 1989 (Soweit), en NJW, 1990 (cuaderno nº 15), p. 974.
- Auto de 27 de agosto de 1991, en NJW, 1992 (cuaderno nº 11), p. 678.

VI/ BIBLIOGRAFIA.

ABELLAN, José Luis y MARTINEZ GOMEZ, Luis: El pensamiento español de Séneca a Zubiri, UNED, Madrid, 1977.

AGUIAR DE LUQUE, Luis: "Dogmática y teoría jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de estos por el Tribunal Constitucional español", BDP, nº 18-19 (1983), p. 17 ss.

AGUILAR FERNANDEZ-HONTORIA, Jaime: "De nuevo en torno a la defensa de la intimidad como límite a las obligaciones de información tributaria", Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 17 (1985), p. 71 ss.

AGUILERA FERNANDEZ, Antonio: La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa e información (Posibilidades y límites constitucionales), Comares, Granada, 1990.

ALBACAR LOPEZ, José Luis: La protección de los derechos fundamentales en la nueva Constitución Española, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Subdirección General de Estudios y Documentación, Madrid, 1979.

ALONSO GARCIA, Ricardo: Derechos fundamentales y Comunidades Europeas en VVAA. Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 799 ss.

ALVAREZ CONDE, Enrique: El régimen político español, Tecnos, Madrid, 1990, (4ª ed.).

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar: La Constitución Española (Comentario sistemático), Ediciones del Foro, Madrid, 1978.

APARICIO PEREZ, Antonio: "Notas sobre derechos fundamentales y ordenamiento tributario" en VVAA. Introducción a los

derechos fundamentales, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, t. I, p. 313 ss.

ARAGON REYES, Manuel: "La interpretación de la Constitución y el carácter objetivo del control de constitucionalidad", REDC, nº 17, p. 85 ss.

ARGUELLES, Agustín de: Discurso Preliminar a la Constitución de 1812, Introducción de Luis Sánchez Agesta, CEC, Madrid, 1989 (1ª reimpresión).

ARISTOTELES: La Política, trad. de Julian Marías y María Araujo, Introducción y notas de Julian Marías, CEC, Madrid, 1989.

ARTOLA, Miguel: Enciclopedia de Historia de España, Alianza, Madrid, 1988.

AZORIN: De un transeúnte, Espasa-Calpe, Madrid, 1958.

BAÑO LEON, José María: "Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y la competencia del juez nacional", REDA nº 54 (1987), p. 277 ss.

- "La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española", REDC, nº 24 (1988), p. 155 ss.

BARBERO SANTOS, Marino: "Honor e injuria en el Derecho Romano", en Estudios de Criminología y Derecho Penal, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.

BASILE, Silvio: "Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas", en La Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Civitas, Madrid, 1981.

BAUDIN, Federico: Voz "Domicilio" en Enciclopedia Jurídica Española, Ed, Francisco Seix, Barcelona, t. XI, sif. (¿1910?), p. 338 ss.

BEJAR MERINO, Helena: "La génesis de la "privacidad" en el pensamiento liberal", Sistema, nº 76 (1987), p. 59 ss.

- El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad, Alianza, Madrid, 1990, (2ª ed).

BENEYTO, José María: "La Influencia del Parlamento Europeo en el desarrollo de los derechos fundamentales en la CEE", RIE, vol. 16, nº 3 (1989), p. 837 ss.

BENEYTO PEREZ, Juan: Los orígenes de la Ciencia Política en España, Doncel, Madrid, 1975 (1ª ed. 1949).

- "Los derechos fundamentales en la España medieval", REP, nº 26 (1982), p. 99 ss.

BERLIN, Isaiah: "Dos conceptos de libertad" (trad. de Julio Bayón), en Cuatro ensayos sobre la libertad, trad. de Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Alianza, Madrid, 1988, p. 187 ss.

BERNALDO DE QUIROS, Constancio: voz "Inviolabilidad de domicilio" en Enciclopedia Jurídica Española, F. Seix, Barcelona, t. XIX, si (¿1910?), p. 909.

BIELZA DE ORY (ed.): Geografía General, vol 2, Taurus, Madrid, 1987 (Reimpresión de la 2ª edición).

BLAT GIMENO, Francisco R.: Relaciones laborales en empresas ideológicas, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1.986.

BORRAJO INIESTA, Ignacio: "El status constitucional de los extranjeros", en VV.AA. Estudios sobre la Constitución Española homenaje al profesor García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 697 ss.

BURDEAU, Georges: Les libertés publiques. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon & Durand-Anaias, Paris, 1961 (2ª ed).

CADALSO VAZQUEZ, José: Cartas Marruecas. Noches lúgubres, ed. de Joaquín Arce, Cátedra, Madrid, 1980.

CALDERON DE LA BARCA, Pedro: El mayor monstruo del mundo. El príncipe constante, Espasa-Calpe, Madrid, 1970 (4ª ed.).

CAMARA VILLAR, Gregorio: La objeción de conciencia en el servicio militar, Civitas, Madrid, 1991.

CAMPELO, Moisés María: Los valores de la intimidad: iniciación a una antropología agustiniana, Estudio Agustiniiano, Valladolid, 1986.

CAMPOS, Julio: El "homo interior", en La Ciudad de Dios, vol. CLXXXVII, nº 1 (1974), p. 5 ss.

CARMONA SALGADO, Concepción: Libertad de expresión e información y sus límites, Edersa, Madrid, 1991.

CARRETERO PEREZ, Adolfo: "Los derechos fundamentales de los extranjeros en España, principios generales", en VVAA Introducción a los derechos fundamentales, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.988, t. I, p. 457 ss.

CARRILLO, Marc: Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978, PPU, Barcelona, 1.987.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio: "La protección de los derechos humanos en las Comunidades Europeas", en E. García de Enterría, J.D. González Campos y S. Muñoz Machado: Tratado de Derecho Comunitario, Civitas, Madrid, 1986, t. II, p. 17 ss.

- "Protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales", RIE, VII, nº 2 (1991), p. 431 ss.

CARRO MARTINEZ, Antonio: Derecho Político, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e intercambio, Madrid, 1962 (2ª ed. corregida).

CASCAJO CASTRO, José Luis y GIMENO SENDRA, Vicente: El recurso de amparo, Tecnos, Madrid, 1988 (2ª ed).

CASCAJO CASTRO, José Luis y GARCIA ALVAREZ, Manuel: Constituciones extranjeras contemporáneas, Tecnos, Madrid, 1988.

CASTILLO ALONSO, Gonzalo del: voz "Derechos Individuales", en Enciclopedia Jurídica Española, F.Seix, Barcelona, s.f. (¿1910?), t. XI, p. 338 ss.

CEDEIRAS CHECA, Ramón: "Derechos y libertades de los extranjeros en España", en VVAA, Introducción a los derechos fundamentales, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, t. I, p. 441 ss.

COHEN-JONATHAN, Gérard: La convention européenne des droits de l'homme, Presses Universitaires d'Alx-Marseille Economica, Paris, 1989.

COLLADO GARCIA-LAJARA, Enrique: "Los derechos fundamentales de las personas jurídico-privadas a la inviolabilidad de domicilio y a la defensa en la reciente jurisprudencia comunitaria", Revista de Estudios e Investigaciones de las Comunidades Europeas, nº 14, p. 141 ss.

COMBES, Gustave: La doctrine politique de Saint Augustin, Pion, Paris, 1927.

CONSTANT DE REBEQUE, Benjamin: "De la libertad de folletos, panfletos y periódicos considerada en relación con el interés del Gobierno", en Escritos políticos, Estudio preliminar, traducción y notas de María Luisa Sánchez Mejías, CEC, Madrid, 1989, p. 207 ss.

- "De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos", en Escritos políticos, CEC, Madrid, 1.989, p. 257 ss.

CRESPO DE LARA, Pedro: El artículo dos. La prensa ante el Tribunal Supremo, Prensa Española, Madrid, 1975.

CRUZ VILLALON, Pedro: "El nuevo Derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio)", REDC, nº 2 (1981), p. 93 ss.

- Estados excepcionales y suspensión de garantías, Tecnos, Madrid, 1.984.

CUPIS, Adriano de: Voz "Diritto a la riservatezza e segreto" en Novissimo Digesto Italiano (diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula), Unime Tipografico-Editrice Torinese, Turín, 1969, t. XVI, p. 115 ss.

CHECA GONZALEZ, Clemente y MERINO JARA, Isaac: "El derecho a la intimidad como límite a las funciones investigadoras de la Administración tributaria", en Introducción a los derechos fundamentales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1.988, t. I, p. 483 ss.

CHOMSKY, Noam y HERMANN, Edward S.: Los guardianes de la libertad: propaganda, desinformación y consenso en los medios de comunicación de masas, traducción de Carmen Castelló, Civitas, Barcelona, 1990.

CHUECA SANCHO, Angel G.: Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, Bosch, Barcelona, 1.989.

DELGADO BARRIO, Javier: "Proyección de las decisiones del TEDH en la jurisprudencia española", RAP, nº 119 (1989), p. 233 ss.

- Diccionario Enciclopédico Salvat Universal, Salvat, Barcelona, 1969.

DIEZ DE VELASCO Y VALLEJO, Manuel: "La declaración de los derechos y libertades fundamentales del Parlamento Europeo y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en VVAA Estudos em homenagem ao prof. Doutor A Ferrer Correia, Boletim da Faculdade de Direito, nº especial, Coimbra, 1991, t. III, p. 425 ss.

D'ORS PEREZ-PEIX, Alvaro: Estudios varios sobre el Derecho en crisis, CSIC, Roma-Madrid, 1.973.

DRZEMCZEWSKI, Andrew; Le droit au respect de la vie privée et familiale du domicile et de la correspondance (tel que le garantit l'article 8 de la Convention Européenne des Droits de l'homme), Direction des Droits de l'homme, Conseil d'Europe, Estrasburgo, 1985.

DUBY, Georges: "Poder privado, poder público: partir de las palabras", trad de Francisco Pérez Gutiérrez, Revista de Occidente, nº 83, p. 87 ss.

DUQUE GIMENO, Aquilino: El suicidio de la modernidad, Bruguera, Barcelona, 1984.

EHEVARRIA PEREZ-ALBERT, Javier: "Los poderes de investigación de la Comisión en materia de defensa de la competencia: necesidad de respetar las garantías de procedimiento previstas en el Derecho nacional", la Ley (Comunidades Europeas), nº 59, 1-X-1990, p. 1 ss.

ELORZA, Antonio: "Las ideas políticas", en Miguel Artola (Ato.), Enciclopedia de Historia de España, Alianza, Madrid, 1988, vol. III, p. 123 ss.

EMBED IRUJO, Antonio: "Derechos fundamentales y protección judicial contra actos de organizaciones internacionales. El caso Eurocontrol", REDA, nº 38 (1983), p. 421 ss.

ESCRIBANO, Francisco: La configuración jurídica del deber de contribuir, Civitas, Madrid, 1988.

ESPARZA TORRES, José Javier: "Contradicciones y abismo de la comunicación de masas", en Punto y Coma nº 8 (1987), p. 9 ss.

FAIREN GUILLEN, Víctor: Temas del Ordenamiento procesal, t. III (La defensa de los derechos humanos. EL defensor del Pueblo. El Tribunal Constitucional), Tecnos, Madrid, 1982.

FARIAS GARCIA, Pedro: Libertades públicas e información, Eudema, Madrid; 1988.

FERNANDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso: El secreto profesional de los informadores, Tecnos, Madrid, 1990.

FERNANDEZ SEGADO, Francisco: "La suspensión individual del ejercicio de derechos constitucionales", REP, nº 35 (1983), p. 123 ss.

- Las Constituciones históricas españolas, Civitas, Madrid, 1986.

- "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", REP, nº 70 (1990), p. 93 ss.

FERRER PEÑA, Ramón María: Los derechos de los extranjeros en España, Tecnos, Madrid, 1989.

FLAQUER i VILARDEBO, Lluís: De la vida privada, ed. 62, Barcelona, 1982.

FORCADA JORDI, Marcos: "Las inspecciones o registros sobre la propia persona", La Ley, nº 2609 (26-X-1990), p. 1 ss.

FORSTHOFF, Ernst: El Estado de la sociedad industrial, trad. de Luis López Guerra y Jaime Nicolás Muñiz, IEP, Madrid, 1975.

FREUND, Julien: L'essence du politique, Sirey, Paris, 1981 (1ª ed. 1965).

GAFFIOT, Felix: Dictionnaire Latin-Français, Machette, Paris, 1985 (1ª ed. 1934).

GARCIA COTARELO, Ramón: Los partidos políticos, Sistema, Madrid, 1985.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón: Curso de Derecho Administrativo, t.I, Civitas, Madrid, 1989 (5ª ed.).

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, LINDE, Enrique, ORTEGA, Luis y SANCHEZ MORON, Miguel: El sistema europeo de protección de los derechos humanos, Civitas, Madrid, 1983, (2ª d.).

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, GONZALEZ CAMPOS, Julio y MUÑOZ MACHADO, Santiago: Tratado de Derecho Comunitario, Civitas, Madrid, 1986.

GARCIA FERRANDO, Manuel, IBAÑEZ ALONSO, Jesús y ALVIRA, Francisco: El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación, Allanza, Madrid, 1989 (2ª ed.).

GARCIA GALLO, Alfonso: Manual de Historia del Derecho Español, Madrid, 1982, (9ª ed. revisada).

GARCIA GARRIDO, José Luis: La filosofía de la educación de Lucio Anneo Seneca, Confederación Española de Cajas de Ahorros-Magisterio Español, Madrid, 1969.

GARCIA TORRES, Jesús y JIMENEZ-BLANCO, Antonio: Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid, 1986.

GAY FUENTES, Celeste: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español", RAE, nº 120 (1989), p. 259 ss.

GITRAMA GONZALEZ, Manuel: voz "Imagen (derecho a la propia)", Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. XI, Seix, Barcelona, 1979, p. 301 ss.

GOMEZ DE LIAÑO, Ignacio: La mentira social. Imágenes, mitos y conductas, Tecnos, Madrid, 1989.

GOMEZ PAVON, Pilar: La intimidad como objeto de protección penal, Akal, Torrejón, 1989.

GOMEZ DE LA SERNA, Ramón: El caballero del hongo gris, Salvat-Alianza, Madrid, 1970.

GONZALEZ NAVARRO, Francisco: "Poder domesticador del Estado y derechos del recluso", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 1053 ss.

GOÑI SEIN, José Luis: El respeto a la esfera privada del trabajador, Civitas, Madrid, 1988.

GOODWIN, Barbara: El uso de las ideas políticas, trad. Enrique Lynch, Península, Barcelona, 1988.

GUNTHER, Hans F.: Pueblo y Estado, herencia y selección, trad. Eugenio Sturm, Liding, Buenos Aires, s.f. (1ª ed. alemana 1933).

HAURIUO, André: Derecho Constitucional e instituciones políticas, trad. adaptación y apéndice de José Antonio González Casanova, Ariel, Barcelona, 1971.

HELLER, Hermann: Teoría del Estado, trad. de Luis Tobio, FCE, México, 1974, (7ª reimpresión).

HEPBURN, Katherine Houghton: "Das Recht auf Privatsphäre. Das Dilemma der öffentliche Person", trad. de Garson Kanin, en Kanin Garson: Spencer Tracy und Katherine Hepburn, Fischer, Francfort del Meno, 1990.

HERRERO TEJEDOR, Fernando: Honor, intimidad y propia imagen, Colex, Madrid, 1990.

HERVADA, Javier y ZUMAQUERO, José María: Textos internacionales de derechos humanos, Enusa, Pamplona, 1978.

HOBBS, Thomas, Leviatán. o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil, trad. de M. Sánchez Sarto, Sarpe, Madrid, 1983 (2 vols), 1980.

IGLESIAS CUBRIA, Manuel: El derecho a la Intimidad, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970.

ISERN, Damian: De las formas de gobierno ante la ciencia jurídica y los hechos, Tipografía de Manuel G. Hernández, Madrid, vol. 1 (1892), vol. 2 (1893).

ITALIA, Vittorio: Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni, Giuffrè, Milán, 1963.

JELLINEK, Georg: Reforma y mutación de la Constitución, Estudio Preliminar de Pablo Lucas Verdú, traducción de Christian Förster y Pablo Lucas Verdú, CEC, Madrid, 1991.

JIMENEZ CAMPO, Javier: "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", REDC nº 20/1987, p. 35 ss.

JIMENEZ-BLANCO, Antonio: "Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 635 ss.

JUNGER, Ernst: La emboscadura, trad. de Andrés Sánchez Pascual, Tusquets, Barcelona, 1988.

KRABBE, Hugo: "L'Idée moderne de l'Etat", en Recueil des cours de l'Académie de Droit Internationale de la Haye, Hachette, París, 1927, p. 513 ss.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: Derecho de Familia, Bosch, Barcelona, 1983.

LASAGABASTER, Iñaki: "Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho Público", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al prof. García de Enterría, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 651 ss.

LOCKE, John: (Segundo) Ensayo sobre el Gobierno civil, trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid, 1990.

LOEBENSTEIN, E: "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les Etats Parties à la Convention", en VVAA Vie privée et droits de l'homme, Bruylant, Bruselas, 1973, p. 394 ss.

LOEWENSTEIN, Karl: "Roma y la teoría general del Estado", trad. de Inés de Melgar y Alfredo Gallego Anabitarte, REP, nº 174 (1970), p. 5 ss.

LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando: Derechos fundamentales y libertad negocial, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

LOPEZ BENITEZ, Mariano: "Más allá de la disciplina (Reflexiones sobre los límites de aplicación del Derecho Disciplinario Militar)", en VVAA Estudios jurídicos, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1991, t. I, p. 405 ss.

LOPEZ GARRIDO, Diego: Libertades económicas y derechos fundamentales en el sistema comunitario europeo, Tecnos, Madrid, 1986.

LOPEZ IBOR, Juan José: El descubrimiento de la intimidad y otros ensayos, Aguilar, Madrid, 1958 (3ª ed.).

LOPEZ RAMON, Fernando: "Inviolabilidad de domicilio y autotutela administrativa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Española de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 225 (1985), p. 31 ss.

LORENTE SARIÑENA, Marta: Las infracciones a la Constitución de 1812, CEC, Madrid, 1988.

LUCAS MARTIN, F. Javier de: "Democracia y Transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", en Anuario de Filosofía del Derecho, t. VII (1990), p. 131 ss.

LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo: "Las Comisiones de Investigación en las Cortes" en Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, Monográfico nº 10 (1986), p. 143 ss.

- voz "Petición (derecho de)" en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. XIX, F. Seix, Barcelona, 1989, p. 734 ss.

- El derecho a la autodeterminación informativa. Tecnos, Madrid, 1990.

LUCAS VERDU, Pablo: Curso de Derecho Político, vol III, Tecnos, Madrid, 1976.

- Curso de Derecho Político, vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984.

- Estimativa y política constitucional. Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 1984.

- La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend. Tecnos, Madrid, 1987.

- La teoría de la Constitución como Ciencia Cultural, BDP, nº 27-28 (1988), p. 11 ss.

LLEDO IÑIGO, Emilio: "El ánfora y el ordenador", en EL País de 20-XII-1987, p. 11.

MacIVER, Robert M.: The modern State, Oxford University Press, Londres, 1946, (1ª ed. 1926).

MAHONEY, Paul: "Judicial activism and judicial self-restraint on the ECHR: two sides of the same coin", Human Rights Law Journal, vol 11 (1990), p. 57 ss.

MANGAS MARTIN, Araceli: "La Constitución y la ley ante el Derecho Comunitario (Comentario a la STC 28/1991 de 14 de febrero)", RIE, vol 18, nº 2 (1991), p. 587 ss.

MAQUIAVELO, Nicolás: Discursos sobre la primera década de Tito Livio, Introducción y notas de Ana Martínez Arancón, Alianza, Madrid, 1987.

MATEU ISTURIZ, José: "El amparo constitucional a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas", en Revista de Estudios e Investigaciones de las CCFE, nº 1, p. 117 ss.

MATTHIEU, Robert: Le Racket fiscal, Albin Michel, Paris, 1990.

- Echec à la dictature fiscale, Albin Michel, Paris, 1991.

MEYER, J.de: "Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les Etats Parties à la Convention", en VVAA. Vie privée et droits de l'homme, Bruylant, Bruselas 1973, p. 363 ss.

MICHAVILA NUÑEZ, José María: "El derecho al secreto profesional y el art. 24 de la Constitución: una visión unitaria de la institución", en VVAA. Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 1415 ss.

MIGUEL CASTAÑO, Adoración de: "Libertad de información y derecho a la intimidad: medios para garantizarlos. Incidencia en el ámbito de la Estadística", RFDUC, Monográfico nº 12 (Informática y Derecho), p. 165 ss.

MIRKINE-GUETZEVITCH, B: Modernas tendencias del Derecho Constitucional, trad. de Sabino Alvarez Gendín, Reus, Madrid, 1934.

MONTESQUIEU: Del espíritu las leyes, prólogo de E. Tierno Galván, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Orbis, Barcelona, 1984.

MORALES PRATS, Fermín: La tutela penal de la intimidad: privacy e informática, Destino, Barcelona, 1984.

MUÑIZ VEGA, Gonzalo: Los objetores de conciencia. ¿Delincentes o mártires?, Speiro, Madrid, 1974.

MUÑOZ MACHADO, Santiago: El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1980 (Reimp. 1985).

- Libertad de prensa y procesos por difamación, Ariel, Barcelona, 1988.

- "La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos", en Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública, nº 7 (1991), p. 9 ss.

OPSAHL, T: "La Convention et le droit au respect de la vie familiale et la protection des droits des parents et tuteurs familiaux dans l'éducation des enfants", en VVAA, Vie privée et droits de l'homme, Bruylant, Bruselas, 1973, p. 243 ss.

ORTEGA Y GASSET, José: "Notas de vago estío", en El espectador, t. V, publicado en "El espectador, tomos V y VI", Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 11 ss.

- "Vitalidad, alma, espíritu", en El Espectador, t. V, publicado en "El Espectador, tomos V y VI", Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 64 ss.

- "Socialización del hombre", en El Espectador, t. VIII, publicado en "El Espectador, tomos VII y VIII", Espasa Calpe, Madrid, 1966, p. 222 ss.

ORTEGA MUÑOZ, Juan Fernando: "Estudio de las relaciones Iglesia-Estado desde el año 313 hasta el 410", en La Ciudad de Dios, vol CLXXXVII, nº 1 (1974), p. 70 ss.

ORTI, Alfonso: "La apertura y el enfoque cualitativo o estructural: la entrevista abierta semidirigida y la discusión de grupo", en M. García Fernando, J. Ibáñez Alonso y F. Alvira: El análisis de la realidad social. Métodos y técnicas de investigación. Alianza, Madrid, 1989 (2ª ed.).

ORWELL, Georges: 1984, en The Penguin Complete novels of George Orwell. Penguin, Harmondsworth, 1984.

OTTO Y PARDO, Ignacio de: Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987.

- "La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el art. 53.1 de la Constitución", en Lorenzo Martín-Retortillo e Ignacio de Otto y Pardo: Derechos fundamentales y Constitución. Civitas, Madrid, 1988.

PALACIO ATTARD, Vicente: "El problema de la decadencia española en la conciencia actual", en Estudios Universitarios. Circuito Cultural Guipuzcoano, San Sebastian, 1949.

PALACIOS, Isidro J.: "La sociedad de la información. Nueva forma de domicilio y colonización", en Punto y Coma, nº 8 (1987), p. 3 ss.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique: Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución. Tecnos, Madrid, 1990 (3ª ed.).

- Los derechos fundamentales. Tecnos, 1988 (3ª ed.).

- "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica" en Mario Losano, A.E. Pérez Luño y Mª Fernanda Guerrero Mateus: Libertad informática y leyes de protección de los datos personales. CEC, Madrid, 1989, p. 133 ss.

PEREZ SERRANO, Nicolás: La Constitución Española (9 de diciembre de 1931), Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932.

PEREZ TREMPS, Pablo: "Justicia comunitaria, Justicia Constitucional y Tribunales ordinarios frente al Derecho Comunitario", REDQ nº 13 (1985), p. 157 ss.

PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "Sobre el derecho a la propia imagen (a propósito de la STC 170/1987, de 30 de octubre)", Poder Judicial nº 10 (1988), p. 75 ss.

PESCATORE, Pierre: "The context and significance of fundamental rights in the Law of the European Communities", en Human Rights Law Journal, 1981.

PHILIP, Lóic: Droit fiscal constitutionnel, Economica, Paris, 1990.

PINILLOS DIAZ, José Luis: El lenguaje de las ciencias humanas, Real Academia Española, Madrid, 1988.

PIQUERAS BAUTISTA, José Antonio: "El abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales", en Introducción a los derechos fundamentales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, t. II, p. 86.1 ss.

PRIETO SANCHIS, Luis: Estudios sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990.

QUERALT, Joan Josep: "La inviolabilidad domiciliaria y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas", REDQ nº 30 (1990), p. 41 ss.

RADCLIFFE OF WERNETH, Lord: The problem of power, Collins, Londres, 1958.

RICHARDS, David A.J.: "Liberalism, public morality and Constitutional Law; Prolegomenon to a theory of the constitutional right to privacy", Law and Contemporary problems, vol 51 (nº 1), 1988, p. 123 ss.

RIEDMATTEN, H. de: "La Convention et le droit au respect de la vie familiale et la protection des parents et tuteurs familiaux dans la education des enfants", en AAVV: Vie privée et droits de l'homme, Bruylant., Paris, 1973, p. 323 ss.

ROBLES MORCHON, Gregorio: Los derechos fundamentales en la Comunidad Europea, Cœura, Madrid, 1988.

RODA RIVAS, Arcadio: Ensayo sobre la opinión pública, Imprenta de M. Minuesa, Madrid, 1870.

RODRIGUEZ DEVESA, José María: Derecho Penal Español, Parte Especial, Madrid, 1983.

RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos y WOELKER, Ulrich: "Derecho Comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decisión del Tribunal constitucional Federal Alemán de 22 de octubre de 1986", RIE, vol 14, nº 3 (1987), p. 667 ss.

RODRIGUEZ MOURULLO, Gonzalo: "Libertad de expresión y derecho al honor: criterios jurisprudenciales para la resolución de los conflictos", en VVAA. Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991, t. II, p. 893 ss.

RODRIGUEZ RAIMUNDEZ, Antonio: "Sobre las entradas y registros domiciliarios: Ausencia de fedatarios", Tapia, nº 61 (1991), p. 25 ss.

ROMEO CASABONA, Carlos María: Poder informático y seguridad jurídica, Fundesco, Madrid, 1987.

ROMERO COLOMA, Aurelia María: Derecho a la información y libertad de expresión. Especial consideración del proceso penal, BOSch, Barcelona, 1984.

ROMERO MORENO, José Manuel: Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX, CEC, Madrid, 1983.

ROUSSEAU, Jean Jacques: Du contrat social, Précédé d'un Essai sur la politique de Rousseau par Bertrand de Juvenel, Pluriel-Hachette, París, 1982.

ROYO JARA, José: La protección del derecho a la propia imagen, Colex, Madrid, 1987.

RUBERT DE VENTOS, Xavier: Filosofía y/o Política, Península, Barcelona, 1984.

RUBIO LLORENTE, Francisco: "Problemas básicos de una Constitución federal", en Felipe González y otros: Socialismo y Libertad, Edicusa, Madrid, 1976.

RUBIO LLORENTE, Francisco y ARAGON REYES, Manuel: "La jurisdicción constitucional", en La Constitución Española de 1978, Estudio sistemático dirigido por los profesores Alberto Predieri y Eduardo García de Enterría, Cívitas, Madrid, 1981 (2ª ed.), p. 829 ss.

RUIZ VADILLO, Enrique: "Ineficacia total o parcial de alguno de los derechos fundamentales como consecuencia de una concurrencia colisiva, en su protección jurídico-penal (Especial referencia a la libertad de expresión)", en VVAA: Introducción a los derechos fundamentales, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, t. II, p. 1257 ss.

SABINE, George: Historia de la teoría política, trad. de Vicente Herrero, F.C.E., Madrid, 1987, (16ª reimpresión).

SABADA, Javier: "¿Es posible la democracia hoy?", en El País, 20-I-1988, p. 12.

SAGARRA I TRIAS, Eduard: Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España, Bosch, Barcelona, 1991.

SAINZ DE ROBLES, Federico Carlos: "Libertad de expresión versus honor (Sentencia 51/1989 de 22 de febrero, del Tribunal Constitucional)", en Tapia nº 46 (mayo-junio 1989), p. 4 ss.

SALVADOR CODERCH, Pablo y otros: ¿Qué es difamar? Libro contra la ley del libelo, Civitas, Madrid, 1987.

- El mercado de las ideas, CEC, Madrid, 1990.

SANCHEZ AGESTA, Luis: Sistema político de la Constitución Española de 1978, Edersa, Madrid, 1989 (5ª ed.).

SANCHEZ ALBORNOZ, Claudio: La Edad Media Española y la empresa de América, Eds. Cultura Hispánica del Instituto de Cooperación Iberoamericana, Madrid, 1983.

SANCHEZ DE LA TORRE, Angel: Comentario al Fuero de los Españoles, IEP, Madrid, 1975.

SCHMITT, Carl: Teoría de la Constitución, trad. de Francisco de Ayala, Alianza, Madrid, 1982.

- Ex captivitate salus. Experiencias de los años 1945-1947, trad. de Anima Louise Schmitt de Otero, Porto, Santiago de Compostela, 1960.

- "La tiranía de los valores", en REP, nº 115 (1961), p. 65 ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel: "Comentario al art. 18 de la Constitución", en Fernando Garrido Falla (comp.): Comentarios a la Constitución, Civitas, Madrid, 1980, p. 231 ss.

SMEND, Rudolf: Constitución y Derecho Constitucional, trad. de J.M. Beneyto, CEC, Madrid, 1985.

SOLOZABAL ECHEVERRIA, Juan José: "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información", REDC, nº 23, (1988), p. 139 ss.

SPINOZA, Baruch: Tratado teológico-político, traducción de Julián de Vargas y Antonio Aozaya, Orbis, Madrid, 1986

SORIANO, Ramón: Las libertades públicas, Tecnox, 1990.

STEIN, Ekkehart: Derecho Político, trad. de F. Sáinz Moreno y nota preliminar de F. Rubio Llorente, Aguilar, Madrid, 1983.

TAEGER, Jürgen (comp): Das neue Personalausweis, Rowohlt, Hamburgo, 1984.

TERUEL CARRALERO, Domingo: voz "Delitos contra la inviolabilidad de la correspondencia", en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, t. VI, Seix, Barcelona, 1975.

TOCQUEVILLE, Alexis de: La democracia en América, Sarpe, Madrid, 1984.

TORRES DEL MORAL, Antonio: Principios de Derecho Constitucional Español, Atomo, Madrid, 1988 (2ª ed.).

TOYNBEE, Arnold Joseph: Estudio de la Historia, Compendio de D.C. Somerwell, trad. de L.A. Bixio, Planeta-Agostini, Barcelona, 1984.

TRUYOL SERRA, Antonio y VILLANUEVA ECHEVARRIA, Ramón: "Derecho a la intimidad e informática", en Informática e Derecho, nº 1 (1975).

TUSELL, Javier (dir): Introducción a la historia del mundo contemporáneo, UNED, Madrid, 1987.

VV.AA.: Derecho a la información y a la intimidad (Monográfico), Cuenta y Razón, nº 44-45 (1989).

VALLE, José Manuel del: "El derecho a la intimidad del trabajador durante la relación del trabajo", en Actualidad Laboral, nº 39 (1991), p. 485 ss.

VEGA GARCIA, Pedro de: La Reforma Constitucional y la problemática del poder constituyente, Tecnos, Madrid, 1988 (1ª reimpresión).

- "El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional", REP, nº 43 (1985), p. 45 ss.

VERDE I ALDEA, Josep: Los derechos humanos y las Comunidades Europeas, Grupo Socialista del Parlamento Europeo, Madrid, 1989.

VERHOEBEN, J y MERTENS, P.: "La protection de la vie privée et familiale dans trois conventions internationales relatives aux droits de l'homme", en VV.AA: Vie privée et droits de l'homme, Bruylant, Bruselas, 1973, p. 149 ss.

VIDAL MARTINEZ, Jaime: "Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar", RGD, 1980, p. 1042 ss. y 1162.

- En torno al concepto y naturaleza del derecho a la intimidad personal y familiar, RGD, 1981, p. 3 ss.

- El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982, Montecoro, Madrid, 1984.

WARREN, Samuel D. BRANDEIS, Louis D. "The right to privacy", Harvard Law Review, vol IV, nº 5 (15-XII-1890), p. 193 ss.

WESTIN, Alan F.: Privacy and Freedom, Atheneum, Nueva York, 1970, (6ª edic).