

# DERECHO A LA VIDA PRIVADA



EL DERECHO AL OCIO

EL DERECHO AL OLVIDO

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR

ORACIÓN E INTIMIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES

LA PRIVACIDAD Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: DIMENSIONES DE LA VIDA HUMANA

**Comisión Deontológica de Juristas  
Padres del Colegio Retamar**

**DERECHO**  
**A LA VIDA PRIVADA**

**COMISIÓN DEONTOLÓGICA DE JURISTAS**  
**PADRES DEL COLEGIO RETAMAR**

© Los trabajos pertenecen a sus autores. Queda prohibida su reproducción por cualquier medio sin autorización escrita de los propietarios.

Las opiniones vertidas en esta publicación son de responsabilidad exclusiva de sus autores, y no representan la opinión del Colegio ni de ninguna otra institución.

Edita: Departamento de Publicaciones del Colegio Retamar.  
c/ Pajares 22. 28223 Pozuelo de Alarcón (Madrid).  
Correo electrónico: publicaciones@retamail.com.  
www.retamar.com.

Imprime: Gráficas De Diego. Camino de Hormigueras 180, nave 15. 28031 MADRID

# SUMARIO

PRESENTACIÓN .....	5
I. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: DIMENSIONES DE LA VIDA HUMANA .....	7
POR JOSÉ LUIS VIADA RUBIO	
II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA .....	10
POR FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS	
III. SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR .....	19
POR SANTIAGO THOMAS DE CARRANZA	
IV. ORACIÓN E INTIMIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES .....	28
POR RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ	
V. EL DERECHO AL OCIO .....	35
POR CESÁREO GUERRA GALI	
VI. LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA .....	38
POR CARLOS BAUTISTA SAMANIEGO	
VII. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES .....	46
POR EDUARDO DE URBANO CASTRILLO	
VIII. LA PRIVACIDAD Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO .....	50
POR JAVIER PUYOL MONTERO	
IX. EL DERECHO AL OLVIDO .....	60
POR IGNACIO MALDONADO RAMOS	
X. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA .....	64
POR JOSÉ MARÍA GARCÍA MONTERO	



# PRESENTACIÓN

A pesar de que parece que el pueblo, los ciudadanos, cada persona en concreto deberían ser lo importante, el Estado, lo público aparece por todos los lados: el Gobierno, las Instituciones, Hacienda, la “educación pública”, la “sanidad pública”...

Ante todo ello, ¿qué decir de la dimensión privada de nuestra existencia ? Más en concreto, ¿existe un derecho a la vida privada? Sin duda. Preguntas esenciales y en cierto modo inquietantes, ante ese contraste que se percibe entre el poderío omnímodo del Estado y la faceta particular, privada de cada uno de nosotros.

Por eso, fieles a nuestra cita una vez más, la Comisión Deontológica de Juristas, Padres del Colegio Retamar, ha considerado muy interesante y conveniente, presentar una publicación sobre un tema que sin duda merece toda nuestra atención: el derecho a la vida privada.

Aunque no está recogido en ningún artículo en concreto de nuestra Constitución, se hace preciso reivindicar el protagonismo de tal derecho, que se encuentra diseminado a través de diversas manifestaciones del mismo, como son el honor, la propia imagen, la intimidad, el secreto de las comunicaciones o el derecho a la privacidad informática.

Y también nos ha parecido digno de reflexión, plantearnos el derecho al ocio, a rezar o el que se denomina “derecho al olvido”. Finaliza esta publicación, con unas consideraciones sobre la objeción de conciencia, derecho inseparable de toda persona crítica.

Como queda de manifiesto en las páginas que siguen, estamos ante una cuestión fundamental , amenazada de un lado y sujeta a nuevos retos y desafíos, de otro.

Por eso, consideramos que profundizar en esta temática, es algo realmente necesario y por ello la oportunidad de presentar esta publicación en la que, como en otras ocasiones, colaboran desinteresadamente relevantes juristas, conectados a Retamar.

Marzo de 2016

Eduardo de Urbano Castrillo  
Coordinador



# I. LO PÚBLICO Y LO PRIVADO: DIMENSIONES DE LA VIDA HUMANA

JOSÉ LUIS VIADA RUBIO  
ABOGADO DEL ESTADO

## 1.- LA UNICIDAD MORAL DE LA PERSONA, COMPATIBLE CON LA BÚSQUEDA DE DISTINTOS FINES LEGÍTIMOS.

Lo público y lo privado son, como efectivamente enuncia el título de este artículo, dos ámbitos, dos facetas de la persona, de la única persona, de –en la definición de Boecio, esa sustancia individual de naturaleza racional, y que como tal no puede –no debe, en el plano moral- actuar en contradicción consigo misma. Defender, por el contrario, hipotéticamente, dos categorías de moralidad: una a seguir en el ámbito de lo privado y otra a la que adecuarse en la esfera de la actuación pública de la misma persona, es algo que conduce indefectiblemente al relativismo. Algo que en el plano colectivo debilita y disuelve la sociedad: una proposición que llevaría a la consecuencia de desvirtuar la confianza entre las personas, como condicionante básico de sus relaciones.

La diferencia de actuación o de comportamiento en una y otra esfera, pública y privada, no es, por con-

siguiente, una diferencia de comportamiento moral. La razón o causa que explica esa diversidad de modo de actuación está en que, al vivir el ser humano, por su propia naturaleza, en sociedad, debe conjugar necesariamente sus intereses privados legítimos, dignos por tanto de protección jurídica, con lo que es la aspiración a la consecución del **interés general** como concepto distinto cualitativamente de la mera suma de los intereses individuales que coexisten en el seno de la sociedad. Como dice el mismo Catecismo de la Iglesia Católica: **“una sociedad es un conjunto de personas ligadas de manera orgánica por un principio de unidad que supera a cada una de ellas”**.

Y así, cuando la persona física, individual, actúa en el campo de lo público, y no sólo cuando entra en relación con las demás personas y entidades en ese espacio público, precisamente de relaciones, sino también y sobre todo cuando desempeña un cargo público, ejercitando funciones atribuidas por el ordenamiento en el ámbito propio de cualesquiera



de los tres poderes del Estado, constitucionalmente reconocidos: legislativo, judicial y ejecutivo, debe ser consciente de la finalidad común: la consecución de ese interés general como bien compartido por todos y que efectivamente logrado perfecciona a la sociedad como grupo humano.

## **2.- UN ASPECTO PECULIAR EN EL ÁMBITO DE LO PÚBLICO: LA ACTITUD DE BÚSQUEDA DEL BIEN COMÚN DE LA PERSONA EN EL EJERCICIO DE CARGOS PÚBLICOS, Y SU DISTINCIÓN CON CONCEPTOS AFINES**

No debe confundirse ciertamente “lo público” con “lo neutral” o con la independencia de criterio. Cierto que la independencia o neutralidad de criterio puede resultar una actitud antídoto al mal o corrupción del poder, pero la neutralidad en sentido propio, aun pudiendo ser una virtud o una actitud oportuna en ciertos casos, a la vez es susceptible de conducir a dos situaciones, ambas perniciosas: una situación que vista desde una perspectiva estrictamente privada, consistiría en el ejercicio de un poder personal ilimitado en la práctica, sin control o como satrapía, que en modo alguno puede corresponder a ninguna autoridad pública, y menos en el seno de un ordenamiento democrático.

Pero otra consecuencia no deseable puede producirse también en la esfera pública de la actuación específica de un cargo público o de una institución. Y este efecto perjudicial sería la propia desagregación de los poderes del Estado, con grave perjuicio para el interés general. Tengamos en cuenta que por categórico y esencial que en un Estado de derecho posea lo que denominamos el “imperio de la ley”, no es la aplicación de la ley como tal un objetivo último o en sí mismo, sino un elemento instrumental para la consecución del bien común o también conocido en el plano de la filosofía política como el “interés general”, el cual, aun difícil de definir en cuanto a su contenido categórico, sí que sabemos que es algo conceptualmente distinto de la sola aplicación de la ley, y que es distinto también de la mera suma de los

intereses individuales de cada uno de los ciudadanos o de los propios de las instituciones y grupos o corporaciones que integran la sociedad.

El interés general posee, como decíamos, una entidad abstracta propia, diferenciada de otros conceptos o intereses o aspiraciones legítimas, públicas o privadas. El interés general, cualquiera que sea su definición —difícil y complicada—, siempre conexas a la idea de bien común —si no identificadas exactamente con él—, es lo único que no puede ser juzgado; y esto no por razón de ningún privilegio o prerrogativa, sino en cuanto que idea o concepto en función del cual todos los poderes del Estado reciben su razón de ser y que a la vez constituye el objetivo a cuya consecución los tres deben aspirar.

Pretender ser “neutral” o “independiente” conceptualmente frente a la idea de interés general o bien común, sería tanto como, o tan mezquino como, según el decir, de W. Churchill, pretender ser neutral *entre el fuego y los bomberos*.

Quiero decir, como conclusión, que la diferencia público-privado no es en sí, no equivale, de una manera automática, a neutralidad o independencia. La diferencia reside más bien en qué objetivo o finalidad se busca: el interés particular lícito y susceptible de protección jurídica por tanto, aunque se halle en conflicto con otros intereses, y haya que dilucidar la eventual solución del conflicto; o bien el interés general como finalidad a la que ha de tender el órgano constitucional que actúe en cada caso. La neutralidad de esta actuación lo será formalmente frente a las partes en el proceso y, frente a los intereses privados cuya controversia ocasionalmente haya que resolver, o legislativamente haya que definir, pero no frente a los objetivos por razón de los cuales el Estado mismo existe.

Por último, la sujeción al bien y la honradez de la persona individual, ya actúe ésta en su propia esfera de intereses personales o patrimoniales privados, ya en el ámbito de lo público, debe resultar adecuada siempre a criterios morales objetivos, código moral que, aun así, no puede tampoco confundirse *técnicamente* con el interés general

o bien común; aspiración ésta, u objetivo final en el ámbito de lo público a cuya obtención o efectivo logro debe condicionarse siguiendo criterios morales, como instrumentos éstos de iluminación racional de la conciencia. En definitiva, la distin-

ción entre lo privado y lo público simplemente nos pone delante de dos ámbitos de actuación funcional diferente, aunque en ninguno de ellos sea lícito actuar violentado la moral objetiva en tanto que acorde con la ley natural.

## II. EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

FRANCISCO SOSPEDRA NAVAS  
MAGISTRADO

Una de las actividades de estos últimos años con la que me he sentido especialmente identificado y enriquecido ha sido la de acudir a las reuniones del grupo de padres juristas de Retamar. Cada curso escolar, y al albur de la iniciativa, dinamismo, dedicación y sapiencia de nuestro coordinador, el magistrado Eduardo de Urbano, un grupo de juristas de distinta procedencia –mayoritariamente, aunque no exclusivamente, padres de Retamar- nos reunimos alrededor de una mesa y de una ponencia impartida por un experto -no necesariamente jurista- con el fin de debatir, reflexionar y formarnos sobre alguna materia relacionada con el tema que periódicamente se trata cada año.

El último lunes del mes de junio pasado se cerraba el curso dedicado a una temática de gran actualidad como es el del derecho a la vida privada. Estábamos convocados a reunirnos alrededor de la ponencia que impartía el Magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Antonio del Moral, sobre la objeción de conciencia. No voy a aquí a co-

mentar esta brillante intervención, de la que se dará cuenta en otro trabajo, pero sí me gustaría compartir un par de circunstancias que se produjeron ese día.

La primera fue la gran concurrencia de asistentes. No sé si por el interés de la materia, por el prestigio del ponente o por ser la última sesión del año, lo cierto es que difícilmente se pudieron sentar en la mesa reservada quienes llegaron con puntualidad inglesa, y hubo que recurrir a la correspondiente ampliación de mesas y sillas para quienes llegamos con puntualidad española, esto es, cinco o diez minutos tarde. En todo caso, ello deja constancia del compromiso personal de los miembros del grupo.

La segunda fue la del tradicional reparto de materias de cada final de curso. Y aquí debo manifestar que me produjo especial satisfacción que el grupo tuviera la confianza de encomendarme este encargo de dedicar unas líneas a hablar sobre el derecho a la vida privada, puesto que creo que es uno de los derechos del individuo que presenta mayores retos y con el que debemos mostrar mayor compromiso. Claro que

al ser un tema generalista seguramente voy a invadir espacios privativos asignados a mis compañeros de publicación, por lo que pido disculpas desde este momento; en mi descargo debo decir que procuraré distribuir equitativamente mis intromisiones.

El derecho a la vida privada está reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y resulta desglosado en gran parte en el art. 18 de nuestra Constitución en diferentes parcelas: intimidad, inviolabilidad domiciliar, secreto de las comunicaciones y protección de datos personales.

Si algo caracteriza al derecho a la vida privada es que tiene una faceta positiva, de configuración esencialmente individual del espacio que cada uno se reserva para sí o para su familia, y una faceta negativa o de exclusión, con un haz de derechos que conforman el contenido reaccional de la persona frente a invasiones no justificadas por parte los poderes públicos o de terceros.

En mi opinión, *(1) la privacidad es un derecho, en principio, de configuración individual donde nosotros ponemos los límites. (2) Pero debemos saber ponerlos, (3) y ser conscientes de que estamos limitados. (4) La privacidad no está exenta de potenciales injerencias externas no justificadas, cada vez más frecuentes. (5) Y más invasivas porque no olvidan, aunque tengamos capacidad de reacción frente a ellas. (6) Por todo ello, debemos comprometernos en educar en la privacidad y defenderla.*

En las siguientes líneas voy a intentar explicar estas ideas.

## **1. LA PRIVACIDAD ES UN DERECHO, EN PRINCIPIO, DE CONFIGURACIÓN INDIVIDUAL DONDE NOSOTROS PONEMOS LOS LÍMITES**

Como se ha apuntado anteriormente, el derecho a la vida privada tiene dos facetas bien diferenciadas: i) una positiva, de configuración individual, donde

el sujeto libremente fija las fronteras de aquello que quiere difundir, compartir o revelar, y con quién quiere compartirlo, y establece los espacios de reserva para sí o para su familia; y ii) una negativa, de exclusión, conformada por mandatos de no injerencia dirigidos a las autoridades públicas y/o a terceros, salvo determinadas excepciones fundadas en motivos de seguridad, salud u orden público, que permiten al individuo reaccionar frente a invasiones no deseadas.

Conceptualmente, el derecho a la vida privada equivale sustancialmente al concepto de privacidad, de raíz anglosajona, el cual engloba los derechos del art. 18 de nuestra Constitución, incluyendo el de intimidad y de protección de datos, que son especies del género que es la privacidad. En el discurso iusfilosófico anglosajón, la *privacy* es un espacio o reducto individual en el que no caben injerencias de terceros no consentidas. Es un concepto positivo en cuanto que es el individuo el que lo configura, pero formulado en términos negativos, de manera que es cada persona quien tiene el poder de definir los límites del espacio de exclusión que desea preservar del conocimiento de terceros. A finales del siglo XIX, el juez americano Thomas A. Cooley, acuñó un concepto de privacidad que define perfectamente este poder de configuración del individuo, al entender la privacidad como “*the right to be let alone*”, esto es, el derecho a ser dejado solo o a ser dejado en paz.

Ocurre sin embargo que el individuo es un ser social por lo que es inherente a su naturaleza el deseo de compartir. En las líneas anteriores yo mismo he compartido mi experiencia personal en las reuniones del grupo de Retamar, con algunas de mis impresiones y valoraciones. Compartir es algo que nos define, por lo que la configuración de la privacidad es en principio personal, esto es, cada uno decide hasta dónde quiere compartir, con quién quiere hacerlo y qué espacio se reserva para sí o para los suyos. La privacidad es en este sentido una faceta de nuestra personalidad, de acuerdo a los límites que fijamos en relación a los espacios que queremos mantener reservados frente a terceros, y las excepciones que nosotros mismos establecemos.

Este poder de configuración del individuo sobre su propia privacidad se desprende de la definición recogida en el art. 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, cuando 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”*.

## **2. PERO DEBEMOS SABER PONER LOS LÍMITES**

El avance tecnológico y científico, y la mayor complejidad de las relaciones económicas y jurídicas han puesto en valor la información como requisito esencial del consentimiento. El individuo puede disponer válidamente de sus derechos, de forma libre, pero para prestar su consentimiento con libertad debe estar informado de las consecuencias de sus actos de disposición, especialmente en aquellos entornos o ámbitos que desconoce o conoce insuficientemente.

Esta equivalencia del binomio libertad-información en la prestación del consentimiento puede visualizarse en numerosos ejemplos. Los juristas acudimos normalmente a supuestos que se plantean en ámbitos de actuación del poder público con injerencia en derechos fundamentales. Así, por ejemplo, en los casos en que es necesario recabar autorización del individuo para entradas en su domicilio particular por las autoridades policiales o administrativas; en este ámbito, la Sentencia 54/2015, de 16 de marzo, del Tribunal Constitucional, afirma que el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización del interesado por lo que la información se imbrica como elemento constitutivo del consentimiento libre. En el ámbito legislativo, tenemos numerosos ejemplos del valor de la información como presupuesto del consentimiento eficaz y así, en el caso de asistencia médica, el consentimiento debe ir precedido de una

información sobre la intervención o tratamiento médico o quirúrgico, así como sobre los riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente). Sólo por la información se sabe lo que se está consintiendo, lo que cualifica el consentimiento como libre.

Estas breves consideraciones sobre el consentimiento informado vienen a propósito de las condiciones de autodeterminación individual de los límites sobre la privacidad en entornos de gran potencialidad invasiva cuyo funcionamiento o consecuencias no son conocidos suficientemente. Más concretamente, me estoy refiriendo a la utilización de los diferentes soportes de comunicación digital o del entorno Internet para difundir informaciones sensibles a la privacidad realizadas por personas que no tienen un conocimiento suficiente del entorno tecnológico en que se mueven. Ello afecta especialmente a gran parte de las generaciones anteriores a los llamados nativos digitales, esto es, quienes no hemos nacido en la era del móvil o de internet, los cuales han irrumpido súbitamente como herramientas imprescindibles en nuestras vidas.

En este ámbito (v.gr. redes sociales, comunicaciones telemáticas, etc.), la difusión de la privacidad presenta mayores riesgos por su potencialidad de reproducción y por la inmunidad del transcurso del tiempo respecto de la información registrada, pues los datos que se introducen en Internet no caducan. Por ello, debemos saber poner los límites, esto es, debemos conocer no sólo lo que queremos compartir y con quién queremos compartirlo, sino también la potencial difusión, riesgos y consecuencias de utilizar este tipo de entornos tecnológicos. En definitiva, debemos estar informados antes de decidir o consentir el compartir datos o informaciones que afectan a nuestra privacidad por instrumentos o medios que en principio no son suficientemente conocidos.

Me gustaría ilustrar el caso con una anécdota que no tiene especial incidencia en la privacidad, pero pone en valor la importancia de la información.

En mi generación, que ya pasa de la cincuentena, tengo la impresión que ha causado verdadero furor la utilización del servicio de mensajería instantánea de *whatsapp*; no es tan universal como entre los jóvenes, pero creo que es un medio de comunicación que tiene una gran implantación entre, digamos, la segunda edad avanzada. Lo cierto es que mucha gente utiliza este servicio para felicitar las navidades o desear feliz año nuevo, sustituyendo a la tradicional felicitación postal, a la llamada telefónica o, más recientemente, al SMS. Todos los 31 de diciembre envío y recibo unos cuantos mensajes de felicitación por *whatsapp*. Pero desde hace un par de años he tenido varias experiencias de felicitaciones de *grupo whatsapp*. La mecánica es muy sencilla y reproduce lo que algunos hacían con los SMS: el felicitante crea un grupo con todos sus contactos y envía un mensaje a todos ellos, con lo que se ahorra teclear muchos mensajes diciendo lo mismo. Hasta ahí, perfecto.

Pero me voy a referir a lo que ha pasado en algunos casos, siendo especialmente llamativo el que voy a relatar. El felicitante en cuestión tenía una agenda de contactos francamente abultada, de manera que, tras el mensaje inicial, empezaron a responder en el grupo los que parecían los contactos más cercanos (amigos y familiares), y alguno más lejano (en alguno de los casos algún participante del grupo le preguntaba al felicitante quién era). Las respuestas lo fueron en número masivo, casi cien respuestas en poco más de una hora (yo mismo me animé y envié un mensaje estándar de felicitación al grupo, aun desconociendo la identidad del felicitante). Los felicitados, supongo muchos de ellos de mi generación, seguramente no cayeron en la cuenta que cada mensaje era remitido a toda la lista de contactos, entre los que nos encontramos bastante gente que teníamos una relación poco estrecha con el felicitante; muchos “íntimos” respondían en el grupo con bromas y anécdotas del felicitante y del grupo de amistades. De hecho, hasta bastantes mensajes después no supe quién era el felicitante, y creo que no era el único, pues algunos números de teléfono se iban saliendo del grupo (yo no me salí por dos motivos: tenía curiosidad —somos

curiosos, otro riesgo de la privacidad, y tampoco es que los mensajes fueran de contenido personal- y, además, queda muy mal irse del grupo, porque el *whatsapp* te “ficha”, por lo que me limité a silenciar el móvil). En definitiva, después de nochevieja y de los días sucesivos pude tener constancia no sólo de la identidad del felicitante, de algunos amigos y conocidos comunes que desconocía que lo eran, de algunas juergas fin de año, contadas de propia mano por algún felicitado en el grupo, de anécdotas del año anterior, de los viajes realizados en días posteriores, etc., etc. En definitiva, nada que no se pudiera contar, pero que tampoco en principio estaba dirigido a destinatarios con relación personal lejana.

La pregunta es: ¿el felicitante sabía que, por ahorrarse el tiempo de enviar un mensaje a cada contacto creando un grupo con todos sus contactos indiscriminadamente, mostraría datos y anécdotas de sus amistades y familiares más cercanos a personas con una relación lejana o poco estrecha?. Creo que no. Me da la impresión que la felicitación vía “*grupo whatsapp*” sigue la inercia del SMS masivo, pero éste es individual y el grupo es colectivo. Realmente es una anécdota que no tiene mayor importancia, pero pone de manifiesto el valor de *saber* poner los límites a nuestra privacidad.

### **3. Y DEBEMOS SER CONSCIENTES DE QUE ESTAMOS LIMITADOS**

La anécdota anterior nos lleva a otra reflexión: cuando ponemos límites a nuestra privacidad debemos tomar en consideración que podemos afectar la privacidad de terceros. Así, cuando el felicitante remite su grupo de contactos de forma indiscriminada a sus demás contactos, no sólo está afectando a su propia privacidad, sino también a la de sus contactos, que pueden quedar identificados, y especialmente a la de los terceros más cercanos llamados a “chatear” en el grupo y a intercambiar experiencias.

Al principio de estas líneas, yo mismo he citado a dos admirados magistrados a los que reconozco que

nos le he pedido permiso para mencionarlos, aunque creo que con ello no he afectado su privacidad. Sin duda, el contexto, el uso social o la finalidad del mensaje son elementos que marcan los límites que no debemos traspasar respecto de los datos de terceros que incluimos en la difusión voluntaria de una determinada información, si bien en todo caso debemos ser escrupulosamente respetuosos con los derechos de terceros en general y con su privacidad en particular.

Otra variable que también modula lo que es admisible difundir es la cercanía personal con el afectado. Pero precisamente la cuestión que quizás sea más preocupante lo es a propósito de la difusión de todo tipo de información que afecta a las personas más cercanas, y singularmente me refiero a los padres en relación a sus hijos menores de edad, lo cual es extensible a todo tipo de guardadores respecto de las personas sujetas a su guarda. Si echamos un vistazo a las redes sociales, vemos que los padres incluyen con total normalidad todo tipo de fotografías, informaciones, videos, etc. de sus hijos. Parece como si existiera una especie de derecho de disposición sobre la privacidad de los hijos.

Nada más lejos de la realidad. Si hablamos de la realidad jurídica y examinamos el catálogo de facultades inherentes a la patria potestad recogido en los artículos 154 y siguientes del Código Civil observamos que ninguna facultad se concede a los padres para disponer de la privacidad de sus hijos. Pero es más, el legislador es especialmente cauteloso en esta materia al estar comprometidos derechos fundamentales del menor y, así, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tras excluir la intromisión ilegítima en la intimidad en los casos de consentimiento expreso del titular, establece en su artículo 3 que este consentimiento ha de ser personal en el caso de menores o personas con la capacidad modificada judicialmente si sus condiciones de madurez lo permiten y, si no fuera así, el consentimiento ha de otorgarse mediante escrito por el representante legal (v.gr. padres o tutores), quien está obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal

el consentimiento proyectado; si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resuelve el Juez en el expediente de jurisdicción voluntaria regulado en la vigente Ley 15/2015, de 2 de julio.

Profundizando más, quizás habría que discernir dos planos: i) la configuración de la privacidad en tanto que miembros del grupo familiar (vida familiar), que debiera partir del consenso y de la decisión colectiva de la familia; y ii) la configuración de la privacidad de cada uno de los miembros de la familia (vida privada), que debiera respetar la individualidad de cada uno, incluso en el caso de menores de edad sujetos a la potestad de los padres, y con más intensidad conforme mayor sea el grado de madurez del menor.

En definitiva, existen unos límites legales en el ejercicio del poder dispositivo sobre la privacidad que puedan realizar los padres, tutores o guardadores respecto de las personas sometidas a su potestad o guarda, de manera que debemos ser conscientes que el ser padres en absoluto nos da derecho a disponer de la privacidad de nuestros hijos fuera de lo que pueda ser considerado un adecuado uso social.

#### **4. LA PRIVACIDAD NO ESTÁ EXENTA DE POTENCIALES INJERENCIAS EXTERNAS NO JUSTIFICADAS, CADA VEZ MÁS FRECUENTES.**

Tradicionalmente, los puntos de interés de los principales riesgos sobre la privacidad han venido girando sobre la posible injerencia, invasiva e injustificada, del poder público en la privacidad de los ciudadanos, y por ello se ha venido desarrollando, tanto en sede constitucional como legislativa, la regulación de los límites de inmisión por parte de las autoridades y funcionarios públicos. Hoy no se ha perdido esta perspectiva y buena muestra de ello es la reciente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, operada por Ley Orgánica 13/2015, que ha regulado detalladamente las medidas injerentes sobre los derechos reconocidos en el art. 18 de la

Constitución, abordando actuaciones tales como la intervención de comunicaciones orales o el registro de ordenadores o dispositivos de almacenamiento masivo de datos. Más recientemente, ha venido creciendo en relevancia el interés sobre la protección de datos personales o libertad informática. Pero quizás la perspectiva de futuro sitúa el debate sobre nuevas realidades.

La primera de ellas, en ese mismo ámbito de injerencia del poder público, pone el foco sobre el valor actual de la seguridad como presupuesto habilitante de la actuación injerente. Especialmente, los crecientes riesgos que en la actualidad supone el terrorismo en general, y el yihadismo en particular, plantea la cuestión del sacrificio de determinados espacios hasta ahora privativos en aras a preservar la seguridad pública. Este debate está ahí y parece claro que cualquier acción que se realice ha de partir de un consenso social que justifique un eventual desplazamiento de algunos espacios privativos hacia zonas de escrutinio para la investigación de esta delincuencia extremadamente grave, como el que se dio en su día en Estados Unidos.

La segunda realidad es que existe una mayor potencialidad invasiva horizontal, esto es, por parte de terceros desprovistos de cualquier atribución pública, derivada del nuevo entorno tecnológico y de comunicaciones. Me estoy refiriendo no sólo al derecho a la protección de datos y a las empresas u operadores de Internet, sino también a la potencialidad lesiva de las conductas de terceros atentatorias contra la privacidad en su condición de usuarios de Internet o utilizando herramientas de comunicación que permiten la difusión masiva. El propio legislador ha sido consciente de esta amenaza y ha introducido en la reforma operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, un nuevo tipo en el art. 197.7 del Código Penal que castiga a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación

menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona. En la práctica aplicativa, quizás habrá que reconsiderar los términos en que deben valorarse los propios actos como elemento eximente de la protección de la intimidad cuando el acto privado, desvelado inicialmente con el consentimiento del titular, ha tenido una difusión desproporcionada e in consentida.

Pero sin duda el principal foco de atención de la privacidad se ha desplazado hacia la potencialidad invasiva de las nuevas tecnologías del entorno internet. En efecto, en la diagnosis conflictual de la privacidad en internet destacan los problemas derivados del tratamiento de datos en buscadores, la permanencia de datos en redes sociales u otros alojamientos web, la trazabilidad personal que surge del cruce de datos y la existencia y comercialización de bancos de datos personales. Se trata además de una problemática global, que trasciende las fronteras estatales, y que genera problemas de tutela eficaz de los derechos del individuo por parte de las jurisdicciones nacionales.

Se ha dicho que Internet es el mayor escaparate de datos jamás conocido. Y es un escaparate que crece exponencialmente a medida que la red se va nutriendo de nuevos datos y que deja de estar relativamente localizada para estar disponible prácticamente en cualquier lugar. Para ilustrar estas afirmaciones basta decir que los tamaños del *Big Data* requieren de nuevos vocablos para ser definidos: *gigabyte*, *terabyte*, *petabyte*...

Internet presenta diferentes planos que pueden entrar en colisión con la privacidad: 1) una faceta es la difusión de información de acceso público, donde pueden encontrarse páginas dedicadas a la transmisión de información, ya sea prensa (v.gr. periódicos digitales) o de otra índole (v.gr. jurídica, sanitaria, social, económica, etc.) o donde se expresan libremente opiniones o creencias (v.gr. blogs); y 2) otra faceta es la comunicación de ámbito restringido, como medio de comunicación individual o de grupo, donde el usuario no transmite información, sino que utiliza la red como lugar de encuentro individual



(v.gr. correo electrónico) o colectivo (foros, chats, redes sociales, etc.). Junto a estas facetas básicas, de contenidos, el funcionamiento de internet tiene un especial riesgo de colisión con los datos personales en dos aspectos: i) el almacenamiento de información sobre el uso que se hace de la red por cada usuario en concreto; y ii) la exposición de la información personal a través de los denominados motores de búsqueda.

Ello pone de manifiesto que en la actualidad los riesgos para la privacidad son más y mayores derivados de que nos movemos en un entorno de gran potencialidad invasiva y que, además, no olvida.

## **5. Y (LAS INJERENCIAS PUEDEN SER) MÁS INVASIVAS PORQUE NO OLVIDAN, AUNQUE TENGAMOS CAPACIDAD DE REACCIÓN**

En los diferentes ordenamientos se reconoce uniformemente el derecho al olvido legal, incluso de aquellas personas que han cometido hechos antisociales o delictivos, como es claro ejemplo el del instituto de la cancelación de antecedentes penales. Sin embargo, el entorno material de Internet no olvida. El almacenamiento masivo y atemporal de datos en Internet está impidiendo que queden en el olvido situaciones que afectan a la privacidad de las personas. Y es que, como se apuntó anteriormente, los datos que se introducen en Internet no tienen fecha de caducidad.

Claro que existen datos e informaciones que están en la red de forma desestructurada, de manera que de hecho no están disponibles. Precisamente para disponer de datos e informaciones de forma estructurada surgieron los motores de búsqueda. Y es aquí donde se iniciaron los conflictos.

Los conflictos más importantes han sido los que ha generado el buscador Google, donde también se ponen de manifiesto los problemas derivados de la globalización. Y es que Internet ha supuesto un cambio cualitativo en el planteamiento de conflictos sobre la privacidad de la persona. Aunque

en principio el conflicto en la red no aporta nada nuevo al conflicto entre derechos, sí que supone su internacionalización con los consiguientes riesgos de discrepancia normativa en función del lugar en que se ubique el servidor que contiene los datos registrados. Concretamente, la empresa matriz de Google está ubicada en Estados Unidos, país que protege los datos de carácter personal de una forma indirecta, en un entramado de regulación sectorial, tanto a nivel federal como estatal, que se combina con la autorregulación industrial, y con un nivel de protección inferior, tal como se puso de manifiesto en la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea de 6 de octubre de 2015, que invalidó la Decisión 2000/520 de la Comisión Europea, conocida como *Safe Harbor*, acordada con Estados Unidos, al apreciar que no existen garantías suficientes en la transferencia de datos personales de ciudadanos de la Unión Europea a este país.

La capacidad de reacción del individuo frente a estas invasiones no deseadas de su privacidad nace de las obligaciones de garantía de los poderes públicos y de las facultades de actuación reconocidas en el ordenamiento. Destacan aquí los instrumentos de “*public enforcement*”, entre nosotros por el papel que desempeña la Agencia Española de Protección de Datos, y la acción de *habeas data*, donde se comprende el ejercicio del denominado derecho al olvido digital que se configura esencialmente es una faceta del derecho a la protección de datos (actualización).

Me voy a detener muy brevemente en dos casos especialmente relevantes en relación al denominado derecho al olvido digital. El primero en relación al buscador Google que fue objeto de pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 13 de mayo de 2014. El Tribunal de Luxemburgo afirmó su jurisdicción habida cuenta que Google actúa en cada Estado por medio de sus filiales (en el caso Google España) y solventó el tema considerando que los buscadores son responsables del tratamiento de datos y que por tanto se les puede solicitar la retirada de aquellos datos que sin ser rele-

vantes públicamente pueda perjudicar a particulares aun cuando se obtengan de una fuente lícita. Como aspectos más destacados de esta jurisprudencia comunitaria están el de desvinculación entre derecho al olvido- ilicitud de la información, y el de focalizar la decisión en la innecesariedad o inocuidad de la información cuestionada en relación a los fines para los que fue recogida o tratada.

Un paso más en esta línea supone la Sentencia del Pleno la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de septiembre de 2015, que avanza un poco más en la conformación del derecho al olvido digital. Esta vez la acción se dirigía contra el editor de una página web que contenía en su hemeroteca digital una noticia publicada en los años 80 que afectaba a los demandantes. Aquí el Tribunal Supremo pondera los derechos en conflicto, esto es, el derecho a la vida privada y de protección de datos personales, que colisiona con el interés público en el acceso a la información en cuestión. El Tribunal considera que el derecho a la protección de datos personales justifica la adopción de medidas tecnológicas para evitar que aparezca información obsoleta y gravemente perjudicial que pueda ser indexada por los buscadores de Internet, a petición de los afectados, si bien no es procedente que sean eliminados tales datos personales en las búsquedas que se realicen en la hemeroteca en cuestión, puesto que ello supondría una restricción excesiva de la libertad de información vinculada a la existencia de las hemerotecas digitales.

A mi juicio, esta sentencia ofrece una solución muy razonable a la cuestión que se le planteaba, en línea con la jurisprudencia comunitaria, con un juicio de ponderación en el que da una respuesta que expresa un justo equilibrio entre naturaleza de la información, carácter sensible para la vida privada de la persona afectada, e interés del público en disponer de esta información. Creo que acierta especialmente al poner el foco del derecho al olvido en las búsquedas universales o indiscriminadas, donde se afectan en mayor medida los datos personales que son objeto de protección, y donde el interés informativo se debilita

sustancialmente cuando se trata de datos obsoletos o inocuos como los que eran objeto de debate en el proceso.

## **6. POR TODO ELLO, DEBEMOS COMPROMETERNOS EN EDUCAR EN LA PRIVACIDAD Y DEFENDERLA**

Las líneas anteriores ponen de relieve la importancia de la privacidad como bien jurídico esencial de la persona y, por ende, como valor a transmitir, preservar y defender.

Por ello, en primer lugar, es necesario educar en la privacidad. Cuando el Papa emérito Benedicto XVI hablaba hace pocos años de la gran “emergencia educativa” en la que nos encontramos, ponía de manifiesto la creciente dificultad para transmitir a las nuevas generaciones los valores básicos de la existencia y de un recto comportamiento. Sin duda, una buena formación en privacidad equivale a la formación en valores tan importantes como los de respeto, tolerancia, convivencia y libertad, por lo que vale pena esforzarse en transmitirlos. También es cometido de los padres o formadores enseñar a la configuración responsable de la propia privacidad, lo que supone preocuparse por el medio en que se mueven los educandos y facilitarles los recursos y habilidades necesarios para que tengan capacidad de autodeterminación de los límites de su privacidad con conocimiento de los riesgos y con respeto a los demás.

Esta labor pedagógica y de preservación de la privacidad también podemos desarrollarla el día a día. En el caso, como el mío, de los jueces, nos movemos en un entorno profesional donde la transparencia y la publicidad pueden incidir en la privacidad de quienes actúan en el proceso como profesionales o como justiciables. Esta también es una preocupación constatable en las sucesivas actuaciones de los poderes públicos tendentes a preservar los datos personales de quienes actúan en el proceso, conciliando este interés privado con el principio de publicidad. En esta línea, debe destacarse la reforma de la Ley Orgánica

del Poder Judicial, operada por Ley Orgánica 7/2015, de 22 de julio, que ha regulado de forma completa el tratamiento de datos personales en las actuaciones judiciales, o el Acuerdo de 23 de julio de 2015, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se regula la exclusión de los datos de identidad personal en la publicación de sus resoluciones jurisdiccionales.

En orden a conciliar las exigencias de la publicidad de las resoluciones judiciales con el derecho a la vida privada de los justiciables parece que hay cierto consenso en que debe existir un tratamiento confidencial de datos de personas en situación de vulnerabilidad, como puede ser el caso de los menores, víctimas o denunciados en determinados delitos, testigos y, en general, terceros que no han sido parte en el proceso. Los jueces tenemos en nuestra mano favorecer mecanismos de protección de la privacidad con cosas sencillas a tener en consideración en nuestro ejercicio profesional como, por ejemplo, en la técnica de redacción de las resoluciones judiciales el evitar repetir innecesariamente el nombre de las partes, el no incorporar a la resolución datos personales de testigos o peritos cuando son irrelevantes, el emplear técnicas identificativas anónimas para designar a las víctimas o menores, o incluso a los propios testigos o peritos, etc.

Son muchas las posibilidades de defensa de la privacidad que tenemos en nuestras manos tanto a nivel profesional como a nivel de ciudadanos. Creo que lo más importante es nuestro compromiso personal: la educación en la privacidad, la intolerancia de las inmisiones injustificadas, la denuncia de los abusos, el ejercicio profesional garante y respetuoso con la privacidad de los demás. . . .

Para finalizar, debo decir que también es buena muestra de compromiso personal, y ahora hablo en clave de grupo Retamar, el haber dedicado un tiempo de nuestro tiempo libre a debatir sobre la privacidad y a difundir nuestras conclusiones en esta publicación.

Y quiero concluir hablando del grupo de padres juristas de Retamar. Como decía al principio, por mi parte no puedo más que agradecer que el grupo Retamar me integrara sin ser padre de Retamar, lo que deja constancia de que es un grupo abierto y tolerante, además de tener inquietudes y compromisos, como ya dije, algo de lo que en verdad hoy se necesita en nuestra sociedad. El Papa Francisco decía que quien quiera vivir con dignidad y plenitud no tiene otro camino más que reconocer al otro y buscar su bien. Dedicar el tiempo a reconocer los riesgos de la sociedad, este año sobre la privacidad y la libertad de la persona, y a buscar soluciones para el bien de los demás, es algo que desde luego nos hace mejores

# III. SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR

SANTIAGO THOMAS DE CARRANZA  
ABOGADO

*El camino es siempre mejor que la posada*  
Cervantes

En el presente artículo vamos a tratar de analizar el derecho fundamental al honor desde una doble perspectiva, pasiva y activa, como algo que nos viene dado —por nuestra condición y dignidad de seres humanos— y que los demás tienen la obligación de respetar; pero también, desde una posición más dinámica y, a mi modo de ver, mucho más sugerente, como una cualidad de la que se derivan importantes deberes para el hombre, hacia sí mismo y hacia los demás.<sup>1</sup>

1 Hablar de la dignidad humana y citar a Kant constituye sin duda un lugar común. Pero no por ello deja de ser interesante observar como Kant concibe la dignidad humana como fundamento de los deberes del hombre hacia sí mismo y hacia los demás: “Obra de tal manera que trates a la humanidad, tanto

---

en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre al mismo tiempo como un fin y nunca solo como un medio” (Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres), de donde se deriva la exigencia de tratar a todos los seres humanos, a nosotros mismos y a los demás, como fines en sí mismos y nunca como medios instrumentales al servicio de nuestros propios intereses (tratándonos a nosotros mismos o a los demás como meras cosas). De ello se derivan deberes de respeto y de actividad, que restringen nuestro ámbito de libertades para hacer posibles las de los demás, requisito necesario para hacer viable la vida en comunidad. La dignidad humana impone, pues, al hombre mandatos de actividad como condición necesaria para hacerse digno de tal condición: “Obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal”. Desde esta perspectiva podríamos también hacer referencia a la máxima cristiana sobre el amor incondicional al prójimo que Jesús de Nazaret nos transmitió hace más de 2000 años.

v  
i  
d  
a  
  
P  
r  
i  
v  
a  
d  
a

## EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR COMO ALGO QUE NOS VIENE DADO POR NUESTRA CONDICIÓN DE SERES HUMANOS. CARACTERES BÁSICOS A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y DE LA JURISPRUDENCIA

Ineludiblemente unido a la dignidad de la persona humana, de la que trae causa, el derecho fundamental al honor se encuentra consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, a cuyo tenor: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.<sup>2</sup> Contribuye nuestra Constitución a la efectividad de estos derechos fundamentales consagrando el secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), la limitación del uso de la informática (18.4 CE) y su carácter como límites efectivos de las libertades de expresión y de información que consagra el artículo 20.4 de nuestra Carta Magna.

Nuestro texto constitucional no contiene una definición de lo que debe entenderse por “honor”, no concreta las situaciones en las que dicho derecho puede considerarse vulnerado, ni las consecuencias que de dicha vulneración pueden derivarse. No obstante, a la vista de la legislación, civil y penal, dictada para la protección de este derecho fundamental, de la doctrina, y de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional durante los más de 37 años que lleva vigente nuestra Constitución, podemos destacar sumariamente las siguientes características básicas:

**1.** El honor es un derecho fundamental que corresponde a todo hombre por su condición de tal, inherente, pues, a la dignidad de la persona que a todos nos corresponde y que consagra de forma expresa el artículo 10 de nuestra Constitución como fundamento del orden político y de la paz social. Es un derecho de carácter personalísimo, ligado a la propia existencia del hombre y, por ello, irrenuncia-

ble, inalienable e imprescriptible. Un bien precioso para la persona, que afecta a su integridad moral y que se manifiesta en los diferentes campos de su vida (personal, profesional, comercial, política, etc.).

Históricamente ha sido corriente identificar el honor con el honor de clase, solo atribuible a determinadas personas en atención a consideraciones diversas (nacimiento, familia, raza, sexo, ideología, religión, etc.) que solo servían para distinguir, clasificar y discriminar. Sin embargo, la concepción actual de la dignidad humana, que hunde sus raíces en el humanismo cristiano —el hombre como ser racional creado a imagen y semejanza de Dios— y que a todos los hombres corresponde por nuestra condición de tales, concibe el derecho al honor, al igual que al resto de los derechos fundamentales, como un derecho inherente a nuestra condición de seres humanos, a todos por igual, con independencia de cualquier nota diferencial o discriminatoria. Nadie, ni siquiera las personas deshonestas o poco virtuosas están excluidas de su reconocimiento y tutela.

**2.** La idea del honor ha tenido históricamente manifestaciones muy variadas. En la actualidad, y dentro del plano jurídico, el honor es habitualmente concebido en un doble sentido, objetivo y subjetivo. En un sentido objetivo, trascendente o externo, se identifica el honor con el buen nombre, la reputación o la fama de la que goza una determinada persona ante las demás. En un sentido subjetivo, inmanente o interno, el honor se identifica con el sentimiento o estimación que cada persona tiene de sí misma. Combinando ambas acepciones, es célebre la definición de De Cupis que concibe el honor como “*la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona*”.

El Tribunal Constitucional, tras reconocer que no existe positivizado un concepto de derecho al honor —ni en la Constitución, ni en ninguna otra ley— y tras calificarlo como concepto jurídico indeterminado —cuya precisión dependerá de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento—, ha asociado el concepto de honor con el de la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio

<sup>2</sup> El artículo 18.1 de la Constitución consagra tres derechos fundamentales —derecho al honor, derecho a la intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen— que, aunque indudablemente conectados entre sí, son diferentes.

de Roma) la cual, -como la fama y aún la honra- consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha señalado de forma reiterada que *“el derecho al honor protege a su titular frente a atentados en su reputación personal, impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquélla”* (por todas, STC 216/2006, de 3 de julio). Mediante el derecho al honor se protege, pues, la reputación, la buena fama, el aprecio de una persona ante sí misma y ante los demás y se prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, atentando injustificadamente contra su reputación, haciéndola desmerecer ante la opinión propia o ajena. Desde esta perspectiva, el derecho al honor puede ser concebido, siguiendo a Federico de Castro, como un derecho *“que concede un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus más importantes cualidades”*.

**3.** La protección del derecho al honor se extiende no solo a las personas físicas, tanto en su vertiente personal (íntima y familiar) como profesional, sino también a las personas jurídicas, en la medida en que éstas no son sino reflejo de las personas que las integran y gobiernan. El ámbito de protección del derecho se extiende también a las personas fallecidas, cuya defensa corresponderá a la persona que éstas hayan designado a tal efecto en su testamento, o en su defecto, a los parientes supervivientes, correspondiendo en último término al Ministerio Fiscal (artículo 4 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil de los Derechos Fundamentales al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen).

Nuestro Tribunal Supremo no ha dudado en destacar que las lesiones al derecho al honor pueden tener lugar tanto en el ámbito interno de la propia intimidad personal y familiar, como en el marco externo del ambiente social y profesional en el que cada persona se desenvuelve (STS 23 de Marzo de 1987). Y el Tribunal Constitucional, por lo que al ámbito profesional se refiere, ha destacado de forma reiterada

que *“hoy como ayer, son la honradez y la integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores, siendo el trabajo el elemento que a través del tiempo ha ido ganando terreno, pasando de ser un concepto servil a tener una consideración máxima en el orden de los valores sociales”*; y, añade, *“esto lleva a la conclusión de que el prestigio en este ámbito, en especial, en un aspecto ético o deontológico, más aun que en el técnico, ha de considerarse incluido en el núcleo constitucionalmente protegible y protegido del derecho al honor, y por ello digno de ser amparado”* (STC 233/1992, de 14 de diciembre). Y es que *“(…) el juicio crítico o la información divulgada acerca de la conducta profesional o laboral de una persona, puede constituir un auténtico ataque a su honor personal, incluso de especial gravedad, ya que la actividad profesional suele ser una de las formas más destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad”*, de forma que *“la descalificación injuriosa e innecesaria de ese comportamiento tiene un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de una persona repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad, como en la imagen personal que de ella se tenga”* (…). *“poseyendo un especial relieve aquéllas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o ética en el desempeño de una actividad; lo que, obviamente, dependerá de las circunstancias del caso, de quien, como, cuando y de qué forma se ha cuestionado la valía profesional del ofendido”* (SSTC 180/1999, de 11 de octubre y 9/2007 de 15 de enero).

Con respecto al derecho al honor de las personas jurídicas podemos citar, entre otras muchas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1997, a cuyo tenor: el artículo 18 de la Constitución *“no excluye de la extensión de su protección y garantía a las personas jurídicas respecto a los ataques injustificados que afecten al prestigio profesional y social, que conforman integración de su patrimonio moral,*

con repercusión en el patrimonial, por sus resultados negativos, y así puede traducirse en una pérdida de la confianza de la clientela, de proveedores y concurrentes comerciales o de rechazo o minoración en el mercado de forma general y todo ello como consecuencia de que *las personas jurídicas también ostentan derechos de titularidad al honor, con protección constitucional, pues no se puede prescindir totalmente del mismo, en su versión de prestigio y reputación profesional, necesarios par el desarrollo de sus objetivos sociales y cumplimiento de los fines para los que fueron constituidas (...)*". También los partidos políticos gozan de la protección que dimana del derecho al honor frente aquéllas afirmaciones y expresiones que los difamen o los hagan desmerecer en la consideración ajena (tal y como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia sobre el caso *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July c. Francia*, de 22 de octubre de 2007), sin perjuicio de que el grado de tolerancia a la crítica deba ser mayor por razón del papel fundamental que les asigna la Constitución como instrumento esencial para la participación política y, consiguientemente, para la formación y existencia de una opinión pública libre (STC 79/2014, de 28 de mayo).

**4.** El derecho al honor goza de una doble protección legal, civil y penal:

**4.1. Protección Civil:** La protección del derecho al honor en el ámbito de lo civil está regulada en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (en lo sucesivo, "LOPDH"), norma ésta que define el derecho al honor en un sentido negativo al considerar como intromisiones ilegítimas en el ámbito de tal derecho: la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, así como la divulgación de hechos relativos a la vida de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre (artículo 7 LOPDH).

La Ley regula en su artículo 9 el cauce legal para la tutela judicial del derecho al honor frente a las intromisiones ilegítimas (A), así como las pretensiones que podrá deducir el perjudicado a la hora de ejercer su legítimo derecho de defensa (B):

**A)** Con respecto al cauce legal previsto, la LOPDH contempla tres vías: la vía procesal ordinaria (procedimiento declarativo ordinario previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se tramitará con carácter preferente y en el que será siempre parte el Ministerio Fiscal), el procedimiento especial del artículo 53.2 de la Constitución (pendiente de desarrollo) y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (una vez ultimada la vía judicial). Asimismo, podrá también el perjudicado, de forma compatible, hacer uso del derecho de rectificación regulado por la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, que reconoce a toda persona, natural o jurídica, el derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio.

**B)** Y, con respecto a las pretensiones del perjudicado, la LOPDH contempla la adopción por parte de los Tribunales de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima vulneradora del derecho al honor y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre tales medidas, podríamos citar: la tutela cautelar encaminada al cese inmediato de la intromisión ilegítima; el reconocimiento del derecho a replicar; la difusión de la sentencia; la expresa prohibición de que la intromisión se repita en un futuro; así como el derecho del perjudicado a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la intromisión ilegítima (incluyendo en todo caso el daño moral sufrido, además del material o patrimonial).

Las medidas deberán ser solicitadas en concreto por el perjudicado (carácter rogado de la justicia civil), correspondiendo al Juez decidir sobre la pertinencia o no de las mismas (entre las medidas que se han tomado en algunos casos se hallan las

de destruir negativos de fotografías ilícitamente obtenidas, la incautación de cintas de video, la prohibición de utilizar el nombre de una persona de forma injuriosa, el cierre de páginas webs, etc.). Con respecto a la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la intromisión ilegítima, la LOPDH consagra una presunción legal señalando que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima, extendiéndose la indemnización, no solo al daño material o patrimonial, sino también al daño moral, cuya valoración se realizará atendiendo a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión producida y a la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido. También se tendrá en cuenta el beneficio que haya podido obtener el causante de la lesión como consecuencia de la misma.<sup>3</sup> Finalmente señalar que las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercerlas.

**4.2. Protección Penal:** Por lo que al ámbito de lo penal se refiere, la tutela del derecho al honor se manifiesta a través de la tipificación de los delitos de calumnia e injuria (delitos contra el honor) regulados en el Título XI del Código Penal (artículos 205 a 216). El artículo 205 define la calumnia como la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Y, por su parte, el artículo 208 del mismo texto legal, define la injuria como la acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación. Para que la injuria sea constitutiva de delito ha de ser tenida en el concepto público por grave o, tratándose de la imputación de hechos, cuando se haya llevado a cabo con conoci-

miento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad. El ambos casos, el tipo agravado de ambos delitos se da en los casos en los que la calumnia y la injuria sean hechas con publicidad.

El Código Penal contempla para la calumnia penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses si se propagan con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a doce meses (artículo 206). Por su parte, las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses (artículo 209). En ambos delitos, los acusados quedarán exentos de toda pena probando la verdad de las imputaciones realizadas (*“exceptio veritatis”*). El ejercicio de la acción penal exige presentación de querrela por la persona ofendida o por su representante legal (*“delicta privata”*). Solo se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo (artículo 215). Los delitos de injurias y calumnias prescriben al año (artículo 131.1).

**5.** Finalmente, debe señalarse que el derecho al honor, al igual que los restantes derechos fundamentales, no tiene un carácter absoluto e ilimitado. Son básicamente tres las limitaciones más relevantes: en primer término, las contenidas en la propia LOPDH, según la cual no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas por el posible perjudicado (autorización que puede ser revocada en cualquier momento), así como las acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante (artículo 8.1 LOPDH). En segundo lugar debemos también citar como limitación de la defensa del honor la *“exceptio veritatis”*, es decir, la excepción consistente en la verdad o notoriedad del hecho atribuido a la persona ofendida (como ocurre por ejemplo con los delitos de calumnia e injuria antes referidos). Y, finalmente, debemos hacer referencia a las libertades de expresión e información que nuestra Constitución consagra en su artículo 20.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo ha establecido la responsabilidad solidaria del autor de la publicación, del director del medio en que tiene lugar y del editor del mismo, por los perjuicios producidos (SsTS 20 mayor 1988 y 19 de marzo de 1990). Además, por lo que al ámbito penal se refiere, el artículo 212 declara responsable civil solidario a la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.



Los conflictos entre el derecho al honor y las libertades de expresión e información han sido frecuentes. Que el derecho al honor puede verse vulnerado a través de los diferentes medios de comunicación (prensa, radio, televisión, internet, etc.) resulta claro. Y también parece evidente que los medios de comunicación social no pueden ser utilizados de forma irresponsable para mentir, manipular y deformar la verdad vulnerando el derecho al honor de los demás. Decidir cual de estos derechos debe prevalecer, en que supuestos y bajo que circunstancias debemos dar prevalencia a uno u otro, es algo que no puede ser determinado a priori con carácter general, sino que exige una ponderación de los intereses en conflicto a la vista de la circunstancias concretas de cada caso. Esta labor la realizan los Tribunales, caso a caso, conflicto a conflicto, delimitando, mediante la técnica de la ponderación (la que la Jurisprudencia norteamericana denomina técnica del “*balancing*”), el contenido y alcance de tales derechos. A la vista de la amplia jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional en relación con el tema que nos ocupa, podemos destacar aquí como líneas principales de la misma:

En primer lugar, la prevalencia de las libertades públicas de expresión e información sobre el derecho fundamental al honor, por la función que aquéllas tienen como garantía de una opinión pública libre, indispensable para la efectiva realización del pluralismo político en el seno de una sociedad democrática. Ahora bien, esta prevalencia no tiene carácter absoluto y su alcance dependerá, en buena medida, de la condición pública o privada de la persona sobre la que verse la información u opinión y de la relevancia, pública o privada, del asunto de que se trate, debiendo valorarse de forma razonable si existe una “relación adecuada” entre el fin que se pretende alcanzar con la publicación de la información u opinión y el menoscabo del derecho al honor del afectado. Así pues, el valor preponderante de estas libertades tendrá lugar cuando se ejerciten en conexión con asuntos que sean de interés general, por las materias a que se refieran y/o por las personas que en ellos intervengan

y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. La prevalencia de estas libertades alcanzará su máximo nivel de intensidad cuanto tengan por objeto personas de notoriedad y proyección pública, que ejerzan funciones públicas o que resulten implicadas en asuntos de interés o relevancia pública, obligadas por ello a soportar la crítica, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin lo cuales no existiría una sociedad democrática.

En segundo lugar, que la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, en la medida en que aquélla tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor, mientras que ésta, la libertad de información, versa sobre hechos, o más concretamente, sobre hechos que puedan considerarse de relevancia o interés público.

Y, en tercer término, que ambas libertades tienen carácter limitado: La libertad de información exige el requisito de la veracidad o, al menos, de la diligencia razonable en la búsqueda de la verdad a fin de contrastar la información que va a ser objeto de publicación. En la libertad de expresión, por el contrario, no opera el requisito de la veracidad (imposible probar la exactitud o veracidad de un pensamiento, idea, opinión o juicio de valor), ahora bien, la libertad de expresión cederá ante el derecho al honor cuando se utilicen frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que la Constitución Española no reconoce un pretendido derecho al insulto. En ambos casos, deben evitarse las exageraciones innecesarias, así como las intromisiones injustificadas en la vida privada de las personas objeto de la información u opinión. La posición preferente de las libertades de expresión e información no significa, pues, dejar vacío de contenido el derecho fundamental al honor de quienes resulten afectados por aquéllas, que sólo habrá de sacrificarse en la medida en que ello resulte necesario para la formación de la opinión pública y/o para asegurar la información libre en el seno

de una sociedad democrática. No merecerán, por tanto, protección constitucional, aquellas opiniones o informaciones en que se utilicen insinuaciones insidiosas y vejaciones dictadas por un ánimo ajeno a la función informativa o cuando se comuniquen, en relación a personas privadas, hechos que afecten a su honor y que sean innecesarios e irrelevantes para la formación de la opinión pública y/o para lo que constituya el interés público de la información.<sup>4</sup>

### **EL DERECHO FUNDAMENTAL AL HONOR COMO GENERADOR DE DEBERES HACIA UNO MISMO Y HACIA LOS DEMÁS**

Llegados a este punto, y sin perjuicio de lo anterior, debo reconocer que me resulta también muy sugerente plantear un acercamiento al derecho fundamental al honor, no solo como algo que nos viene dado por nuestra condición de seres humanos -que se traduciría en una mera titularidad pasiva del derecho (puro beneficio) que los demás deben respetar y que concede a su titular un derecho de defensa o de reacción ante eventuales intromisiones ilegítimas- sino, más bien, como una cualidad de la que se derivan importantes deberes de comportamiento y de respeto hacia uno mismo y hacia los demás. Esta concepción resulta en mi opinión indispensable si queremos mantener en el tiempo los derechos conquistados, pues solo una comunidad de personas maduras y responsables, conscientes de sus obligaciones y deberes, podrá perdurar en el tiempo. La pregunta, pues, que necesariamente surge desde esta perspectiva es sencilla de formular, aunque, quizás, no tan fácil de responder: ¿Como debo comportarme para estar a la altura del derecho fundamental al honor que como ser humano, por mi dignidad de tal, me corresponde? ¿Como nos hacemos merecedores de tal honor?.

Para Ulpiano eran tres los mandatos que acti-

<sup>4</sup> Entre otras muchas, SsTC 107/1988; 105/1990; 171/1990; 214/1991; 40/1992; 85/1992 y 22/1995; 12/2012. Asimismo puede citarse la STEDH de 24 de junio de 2004 Von Hannover vs. Alemania.

vidad que para los romanos constituían una vida irreprochable: vivir honestamente, no dañar a otros y dar a cada uno lo suyo. Desde esta perspectiva viene también a mi memoria aquella llamada al “complemento ético del hombre” de la que nos hablara Ortega y Gasset en *la Rebelión de las Masas* para referirse al hombre excelente, aquél que, en contraposición al hombre masa, se exige más que los demás a fin de superarse a sí mismo, acumulando sobre sí dificultades y deberes consciente de que no es posible confundir “tener derechos” con “no tener obligaciones”. Y en un sentido similar se expresa también Javier Gomá cuando en su obra sobre la Ejemplaridad Pública hace un llamamiento al hombre democrático de nuestra sociedad actual diciéndole: **“tienes que reformar tu vida”**. Para Gomá la civilización democrática actual solo será viable a la larga si está formada mayoritariamente por ciudadanos maduros que, sin renunciar a su propia individualidad, se comprometan éticamente con el desarrollo de la sociedad, limitando de forma consciente sus derechos y asumiendo dichosamente los deberes y obligaciones que para con la sociedad le corresponden, conscientes de que sólo así podrán “convivir” con los demás hombres, de que sólo así, juntos, podremos ser más libres (“ser más libres juntos”).

Ortega y Gasset definía al hombre tipo de la sociedad, en cuanto hombre-masa, como un niño mal criado saturado de derechos y autoeximido de deberes, que malgasta y se aprovecha de la herencia recibida ignorando los considerables sacrificios que las generaciones anteriores han tenido que realizar para llegar a la situación actual. La herencia recibida es la civilización, la democracia, las garantías, derechos y libertades que el hombre, con un enorme esfuerzo colectivo, ha logrado conquistar frente a la opresión y el despotismo durante los últimos trescientos años. Europa, denunciaba Ortega, se ha quedado sin moral, no es que el hombre-masa menosprecie una anticuada en beneficio de otra emergente, es que simplemente aspira a vivir sin supeditarse a ninguna moral, es decir, sin ningún sentimiento de sumisión,

conciencia de servicio u obligación, viviendo en una especie de minoría de edad continuada en la que solo existen derechos y ninguna obligación. Para Ortega la democracia no será viable salvo que al hombre actual se le enseñe algo más que democracia, es decir, algo más que derechos, a saber, sus obligaciones. Hace así un llamamiento al “complemento ético” del hombre, aquél que decide madurar y hacer frente a las exigencias de la vida asumiendo los deberes y obligaciones que como tal le corresponden. Surge así, frente al hombre-masa, el hombre selecto o excelente, que no es el petulante que se cree superior al resto, sino que es el que se exige más que los demás aunque no logre cumplir en su persona esas exigencias superiores. No se trata, pues, de clases sociales, sino de clases de hombres.<sup>5</sup>

Y, por su parte, Javier Gomá, en su obra sobre la *Ejemplaridad Pública* y en un sentido más igualatorio, tras reconocer que en nuestra época se ha consumado en una alta proporción el ideal de una “civilización no represora”, no duda en destacar que la civilización democrática solo será viable a la larga si está mayoritariamente formada por ciudadanos evolucionados dispuestos a comprometerse éticamente en su desarrollo y a renunciar o posponer, por su propio convencimiento cívico y sin coerción externa, a la gratificación estético-instintiva inmediata. Para el autor, urge, pues, la necesidad de dotar a la *polis* de contenido metafísico y moral que le permita recuperar su función pedagógica básica de formar ciudadanos instruidos en el ejercicio virtuoso de su libertad y comprometidos con el cumplimiento de sus fines colectivos; que les invite a asumir las limitaciones, restricciones y sacrificios inherentes a su socialización como parte que son de la comunidad; que sepa despertar en el yo el sentimiento de lo que es debido en la dignidad propia y ajena, alentando en su corazón el deseo de completar su progresión en el ciclo vital hasta constituirse en ciudadano evolucionado y corresponsable en solidaridad con

los demás hombres. Una dignidad, que impone a los demás un deber de respeto y a su titular, el deber de “reformular su vida”. A tal fin, Gomá propone, en esta época postnihilista, una teoría cultural de la ejemplaridad, una ejemplaridad persuasiva, no autoritaria, que, involucrando todas las dimensiones de la persona, incluida la privada, promueva una reforma de su estilo de vida que, finalmente, pueda llegar a ser la fuente y el origen de nuevas costumbres cívicas, articuladoras de la vida social (...) una ejemplaridad que contribuirá sin duda a la reforma de la subjetividad con mucha más eficacia que todo el conjunto de leyes y reglamentaciones administrativas con tenencia a burocratizar la polis en lugar de regenerarla.<sup>6</sup>

En mi opinión, la llamada a reformar tú vida de la que nos habla Gomá, o el surgimiento de “hombres selectos” comprometidos éticamente con el desarrollo de la sociedad a que hacía referencia Ortega, pasa necesariamente, hoy más que nunca, por la educación. Una educación en valores que enseñe a nuestros hijos a madurar y a comprometerse éticamente con el desarrollo de la comunidad como vía indispensable para hacer realidad su propia individualidad. La educación debe preparar a nuestros hijos para alcanzar dichosamente la madurez, la etapa más larga de nuestra vida, siendo conscientes de que madurar implica la asunción de deberes y responsabilidades. Enseñemos, pues, a nuestros hijos a conocer y defender sus derechos, pero sin olvidar sus deberes y obligaciones, pues solo una comunidad de personas responsables podrá perdurar en el tiempo (educar en deberes garantizará a la larga

6 Javier Gomá, *Ejemplaridad Pública*, en la obra recopilatoria *Tetralogía de la Ejemplaridad*, Taurus, Madrid, 2014. *Ejemplaridad Pública* es la tercera de las obras del autor que, junto a *Imitación y Experiencia*, *Aquiles en el Gineceo* y *Necesario pero Imposible*, integran la tetralogía del autor sobre la idea de la ejemplaridad. En la última de las obras citadas, Gomá, partiendo de la máxima aristotélica “es evidente que en todo debemos imitar al mejor”, se pregunta: y si el mejor de todos ha sido *el Galileo* —que personificó una ejemplaridad extraordinaria que bien puede calificarse de super-ejemplaridad— ¿cómo sería el mundo si todos o muchos siguieran su ejemplo?

5 José Ortega y Gasset, *La Rebelión de las Masas y otros ensayos*, Alianza Editorial, Madrid 2014.

una sociedad de derechos). A tal fin, resulta a mi modo de ver imprescindible, en primer término, ser conscientes de la importancia de la familia, célula natural y fundamental de la sociedad, de cuya salud, estabilidad y bienestar depende en buena medida la salud, estabilidad y bienestar de la sociedad misma. Debe reivindicarse, pues, el papel de la familia-escuela, pues es en el seno de la familia donde los padres debemos empezar a cumplir con nuestro derecho y deber de educar a nuestros hijos según nuestras propias convicciones morales y religiosas, sin hacer dejación de nuestras responsabilidades en favor de ninguna otra persona o institución, pública o privada. ¿Dónde mejor van a ser educados nuestros hijos en el amor, en el respeto hacia uno mismo y hacia los demás, en la solidaridad, en la libertad o en la esperanza? Y, en segundo término, resulta también necesario tener muy presente el enorme poder transformador que el ejemplo tiene en la educación,

conscientes de aquella máxima que decía que *“el ejemplo no es solo la mejor manera de educar, es la única”*. Y no me refiero al ejemplo épico, elitista o petulante, sino al ejemplo cotidiano de aquél que, sin menoscabo de sus derechos, se esfuerza día a día en tratar de hacer las cosas bien, de ser mejor, asumiendo sus responsabilidades y cumpliendo con sus obligaciones con sencillez y humildad (aunque no siempre lo consiga). Parafraseando a los autores antes citados, podríamos decir que en la sociedad actual no es ya la Nobleza la que obliga, sino el honor y la dignidad que a todos nos corresponde por nuestra condición de seres humanos. Las empresas, las instituciones, las asociaciones, los partidos políticos, en fin, la sociedad misma, no es sino reflejo de los hombres y de las mujeres que la integramos. El éxito o fracaso de la misma dependerá, pues, de la clase de hombres y mujeres que seamos capaces de alumbrar.

## IV. ORACIÓN E INTIMIDAD. ALGUNAS REFLEXIONES

RAFAEL CABALLERO SÁNCHEZ  
PROFESOR TITULAR DE UNIVERSIDAD.  
LETRADO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### ¿POR QUÉ TRATAR DE LA ORACIÓN EN UNA PUBLICACIÓN DE JURISTAS SOBRE LA INTIMIDAD?

La oración es la intimidad de la persona cuando se abre a Dios y se comunica con Él. Por eso tiene sentido que en una publicación como ésta, que pretende abordar diversos aspectos del derecho a la intimidad, haya un hueco para la oración, pues ésta es quizá una de las acciones de la persona más hondamente conectadas con su intimidad. Aunque es evidente que ni el Derecho ni la deontología profesional, que son la perspectiva desde la que se analizan los temas de estas publicaciones periódicas del Grupo de Padres Juristas del Colegio Retamar, tienen mucho que decir sobre la oración o comunicación entre Dios y el hombre, pues es algo que corresponde a la esfera privada de la persona. Si acaso, es cometido del Derecho garantizar un delicado respeto de la sociedad a la práctica de la oración por cualquier persona como manifestación genuina de su libertad religiosa. Igual

que nadie puede ser obligado a rezar en contra de sus convicciones personales. El hecho es que me pareció sugerente la invitación que me dirigió el coordinador del grupo para ocuparme de este capítulo.

### LA INTIMIDAD “EXTERIOR” Y EL DERECHO

La primera idea que quisiera destacar es que la oración se refiere a la verdadera intimidad de la persona, que es mucho más profunda o interior que la intimidad de la que se ocupa el Derecho. Al fin y al cabo, la intimidad que protege el art. 18 de la Constitución Española y la normativa que lo desarrolla es una intimidad “exterior” a la persona, que hace referencia principal al entorno privado, personal y directo que le envuelve y en el que desarrolla su existencia, más que a su interioridad propiamente dicha, que es un fortín que en principio queda extramuros de las normas jurídicas mientras no tenga manifestaciones exteriores. En efecto, el Derecho parte de la consideración de la dignidad del

ser humano, que se proyecta en el respeto debido a la esfera de relaciones humanas de todo tipo en las que el sujeto debe poder desplegar su personalidad libremente, y que no puede ser condicionada ni invadida de manera injustificada.

Así lo expresa la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien el derecho a la intimidad viene a ser una ‘reserva de conocimiento del ámbito personal’ que cada uno debe administrar. Según la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5 (reiterada después en la STC 89/2006, de 27 de marzo, FJ 5), ese derecho se traduce en “un poder de control sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”.

Por eso el art. 18 CE concentra su atención, entre otros aspectos, en la protección del domicilio y del secreto de las comunicaciones, que son fundamentales para resguardar la esfera inmediata que rodea a la persona de inmisiones no consentidas. El domicilio es el espacio físico privado en el que toda persona despliega su intimidad, bien de manera individual bien en familia o en otras formas de convivencia, que debe ser sagrado, y que sólo por razones graves, por el poder público y con las debidas garantías puede ser perturbado. Y las comunicaciones son el vehículo para la apertura voluntaria de la intimidad personal

a otros (desde lo más trivial a lo más profundo), cuya privacidad debe ser exquisitamente respetada, salvo que uno mismo quiera abrirla a terceros e incluso al público en general, e igualmente sólo se puede interferir por razones graves apreciadas por un juez. Mediante las distintas modalidades de comunicación una persona abre su interior a otra u otras, y recibe también las manifestaciones de la interioridad de otras, debiendo poder controlar la dimensión o alcance que se quiera dar a esa apertura. A estos dos elementos del domicilio y las comunicaciones habría que sumar hoy el de la protección de los datos personales, cuyo uso y manipulación se quieren rodear de garantías, especialmente frente a las posibilidades que ofrece su tratamiento informatizado y cruzado. Los novedosos sistemas de *Big Data* actuales, aplicados al entorno personal, son la viva encarnación del *Gran Hermano* orwelliano. Sin duda los datos personales son parte de ese reducto personal o íntimo en el que los demás, incluyendo los poderes públicos, no tienen derecho a inmiscuirse, salvo en la medida en que les compete hacerlo y lo permita una norma jurídica del rango necesario, con las debidas garantías.

La cuestión es, en definitiva, que el Derecho se interesa y protege sólo la dimensión “externa” de la intimidad personal, lo cual es enteramente lógico, puesto que el Derecho se ocupa sólo de la dimensión social o relacional de la persona. Ahora bien, la protección de esa dimensión externa de la intimidad es imprescindible para el respeto de la persona misma y de su dimensión o conciencia más profunda, que es un santuario sagrado que no se puede profanar.

## LA INTIMIDAD “INTERIOR” Y LA ORACIÓN

En cambio la oración, aunque pueda tener también manifestaciones externas, como la familia que reza junta el rosario o la persona que acude a una iglesia a orar, e incluso públicas o abiertas, como ocurre con tantos actos de culto y tradiciones populares y religiosas arraigadas en nuestra cultura, conecta necesariamente con el tuétano de la per-

sona, con su pura interioridad, con su conciencia más profunda, en la medida en que se abre a la trascendencia. Es más, se puede afirmar que sin ese componente interior, no hay verdadera oración, por más que externamente haya ostentosas expresiones de fervor o actitudes de piedad<sup>1</sup>. La oración brota necesariamente del interior de la persona, y su principal dimensión es la interna, aunque lo lógico y connatural es que tenga proyección exterior. De hecho, ni siquiera es necesario que la oración se traduzca en palabras, aunque las personas necesitamos verbalizar o cristalizar en palabras, siquiera sea interiormente, lo que llevamos en el alma.

Por eso el contexto apropiado de la oración, para que el hombre se pueda dirigir a Dios, es el cultivo de la interioridad. Vivimos en una sociedad en la que cada vez es más importante lo externo, las apariencias, los sentimientos superficiales, porque es una sociedad marcadamente individualista y materialista. Paradójicamente el bienestar (por mucha crisis económica que hayamos atravesado el nivel de vida de nuestros días es muy superior al de toda la historia previa de la civilización) ahoga la interioridad del hombre, en vez de permitirle desarrollarla con mayor libertad. La abundancia de Occidente propicia la formación de ciudadanos sin espíritu, que viven con comodidad en una especie de estado de electroencefalograma plano, sin vida cerebral, aunque se mantengan unas constantes vitales, incapaces de enfrentarse con las preguntas radicales de la existencia y de tomar decisiones en consecuencia. Con gran clarividencia expresó Juan Pablo II en su última visita a España que “el drama de la cultura actual es la falta de interioridad, la ausencia de contemplación. Sin interioridad la cultura carece de entrañas, es como un cuerpo que no

1 Como recoge el célebre Punto 85 de Camino de San Josemaría Escrivá sobre la oración: “*Despacio. —Mira qué dices, quién lo dice y a quién. —Porque ese hablar de prisa, sin lugar para la consideración, es ruido, golpeo de latas. Y te diré con Santa Teresa, que no lo llamo oración, aunque mucho menees los labios*”.

ha encontrado todavía su alma”<sup>2</sup>. Sin interioridad el hombre es un ser plano, hueco por dentro, y no es capaz de orar de verdad.

## ¿QUÉ ES LA ORACIÓN?

La oración no se identifica con esa interioridad o dimensión interior de la persona, aunque tenga su sede en ella. Sencillamente porque la oración no consiste en la reflexión interior de una persona que recapacita sobre su vida y las cosas que le ocurren, la cual puede ser provechosa e incluso clarividente, sino que exige en todo caso alteridad, encuentro con un interlocutor interior que es distinto de mí. Como hemos avanzado antes, la oración es la apertura consciente y voluntaria de mi alma a Dios. Es la comunicación con ese Ser del que sé que procedo y del que dependo, y que sorprendentemente descubro en mi interior, y no sólo a través de sus obras, que son todas las personas y realidades que me rodean en el universo. Le descubro dentro de mí mismo, primero, porque soy hechura suya y tengo su huella en mi propio ser: somos nada menos que *imago Dei*, como revela el Génesis<sup>3</sup>. De ahí la lógica de las célebres palabras de San Agustín, que son además testimonio de su propia experiencia vital, “Nos hiciste, Señor, para ti, y nuestro corazón está inquieto, hasta que descansa en ti”<sup>4</sup>. Pero es que, en segundo lugar, la fe nos asegura que Dios mismo está realmente presente dentro del alma de quien está en gracia o comunión con Él. No con una presencia deletérea y universal,

2 Juan Pablo II, Aeródromo de Cuatro Vientos, 3 de mayo de 2003.

3 “Dios creó al hombre a su imagen, a imagen de Dios lo creó, hombre y mujer los creó” (Génesis 1, 27). Comenta Rémi Brague en su libro *Lo propio del hombre*, BAC, Madrid, 2014, p. 161, que la idea del hombre como imagen de Dios está magistralmente expresada en una escultura de la catedral de Chartres, que representa la creación de Adán, en la que “los rasgos del hombre recién creado reproducen exactamente los del Creador que se encuentra justo detrás de él, y que está representado según los cánones tradicionales que regulan el tipo de Cristo”.

4 San Agustín, Confesiones I, 1, 1.

que al final aboca a un inmanentismo panteísta, sino como un ser personal, distinto de mí y real, que acompaña a la persona en lo más hondo de su ser, inspirándola, bendiciéndola, perdonándola y compartiendo su intimidad. Por eso se puede afirmar, parafraseando de nuevo al Obispo de Hipona, que *Dios es más íntimo a mí que yo mismo*<sup>5</sup>. Dios es un ser real, a quien puedo encontrar dentro de mí y con el que puedo relacionarme: eso es la oración.

En el fondo hacer oración es saber orientar el monólogo interior que toda persona tiene consigo misma, dado que somos seres con consciencia, hacia una esfera mucho más enriquecedora, que nos saca de planteamientos ensimismados y probablemente egoístas. O cuanto menos pobres y limitados, porque no alcanzan a descubrir la totalidad de mi condición de ser racional, pero a la vez creado y con un destino eterno. La oración es el descubrimiento de que no estoy sólo en este mundo ni tampoco en lo recóndito de mi conciencia, de que Dios me acompaña y me quiere con amor personal, porque un padre, un buen padre, no puede separarse de su hijo: “orar, en su forma más simple, es dirigirse a Dios como hijo”<sup>6</sup>. El descubrimiento de que ese Ser todopoderoso y trascendente, creador de todo lo que veo y lo que no veo, omnipresente y omnisciente, es mi padre —y mi madre—, le llevo dentro y me quiere con más intensidad de la que yo soy capaz de dar con todas mis energías, es el verdadero motor de arranque de todo proceso de oración. Es más, podemos asegurar que ese descubrimiento del amor personal, incondicional y de totalidad de Dios por mí es la fuente de la verdadera felicidad en la tierra, y su realización es la esencia de lo que llamamos el cielo<sup>7</sup>.

5 “Porque tú estabas más dentro de mí que lo más íntimo de mí” (san Agustín, Confesiones, III, 6, 11).

6 Raniero Cantalamessa, *La Palabra y la Vida*, Editorial Claretiana, Buenos Aires, 1994, p. 324. Y añade, “Jesús no sólo enseñó este nuevo modo de orar (¡nuevo, porque ningún hebreo se había atrevido nunca a dirigirse a Dios con ese título tan familiar!), sino que lo vivió. (...) El orante cristiano es un hijo que habla con su Padre”.

7 Esa idea del cielo como amor incondicional que embarga

## ORACIÓN Y FE: FE PARA ORAR, PERO TAMBIÉN ORACIÓN PARA CREER

Se puede objetar a lo anterior que sólo si se tiene fe se pueden ver las cosas así. Por un lado, es cierto que la fe en Dios parece el presupuesto necesario para hacer oración. Sólo me puedo comunicar con Dios si creo que Él está ahí. De hecho, como afirmaba Romano Guardini “la oración es la expresión más elemental de la fe, el contacto personal con Dios, al que fundamentalmente está orientada la fe. Es posible que la fe deje de fluir durante algún tiempo sin que la fe se atrofie, pero a la larga es imposible creer sin orar, así como no se puede vivir sin respirar”<sup>8</sup>.

Pero a la vez, es preciso comprender que no sólo ‘oro porque creo’, sino que también ‘creo porque oro’. Es decir, entre fe y oración existe una mutua influencia, que puede ser positiva o negativa, pues ambas se vigorizan y debilitan mutuamente. Mi fe languidece si no rezo, y a la par se fortalece si lo hago. Y esto no es incurrir en una petición de principio. Hay quienes entienden que la fe es mera autosugestión voluntarista de que ese Ser que llamamos Dios existe. Sería la mera proyección de una necesidad interior de un ser finito e inseguro, una ilusión analgésica ante la dureza de la realidad que me circunda, pero que en el fondo es sólo manifestación de debilidad y fuente de alienación, de la que el hombre además debe liberarse si quiere desplegar toda su potencialidad (y ya el siguiente paso es acusar a la Iglesia, a las Iglesias, de haber capitalizado ese sentimiento como instrumento de dominación). Ese planteamiento materialista, en el que no me puedo detener en estas breves páginas, se apoya en algo tan trivial como que

a la persona y la hace infinitamente dichosa me marcó al leer el relato de una persona que se ha asomado al otro lado más allá de la muerte. El doctor Eben Alexander, neurocirujano norteamericano que pasó siete días en coma profundo y “regresó” tras una ECM (experiencia cercana a la muerte) lo cuenta de manera conmovedora en su libro *La prueba del cielo*, Zenith-Planeta, 2013.

8 Romano Guardini, *Introducción a la vida de oración*, Ed. Palabra, 3ª edición, Madrid, 2014, p. 32.



a Dios no le podemos percibir directamente por los sentidos externos del hombre (ver, oír, oler, tocar). Pero esa limitación se supera sorprendentemente por la experiencia de la oración, cuando se descubre que Dios está en otra longitud de onda distinta de en la que quiere moverse una mentalidad racionalista, y que es mucho más real que lo que veo, oigo, huelo o toco. Afortunadamente, Dios aunque a veces juega al escondite lo hace *para perder* y siempre se deja encontrar por quien le busca con sinceridad. Y la manera de buscarle es rezar, es decir, abrir a Él mi intimidad o interioridad. Se puede decir, por tanto, que la oración es manifestación de fe, pero a la vez sólo rezando es como se encuentra esa fe, aunque resulte paradójico para el racionalista. Podrían aducirse muchos argumentos, pero lo más sencillo es invitar al ‘prueba y verás’ que no es una autosugestión.

De la mano de la fe va también la virtud de la esperanza. Porque la oración también proporciona esperanza a la persona, que es un apoyo fundamental que todos necesitamos para vivir. Me parece que es Benedicto XVI, tanto en su Encíclica *Spes salvi*, como en algún otro escrito, quien mejor ha expresado esta idea de que la oración es el lugar primordial para encontrar la esperanza: “Cuando ya nadie me escucha, Dios todavía me escucha. Cuando ya no puedo hablar con ninguno, ni invocar a nadie, siempre puedo hablar con Dios (. . .); el que reza nunca está totalmente solo”<sup>9</sup>. Qué abismal diferencia con el abandono existencial al que se muestran condenadas tantas personas por no percibir la realidad consoladora de todo un Dios cercano<sup>10</sup>.

9 Benedicto XVI, *Dios está cerca*, Chronica, Barcelona, 2011, pp. 191-192, y en la Encíclica *Spes salvi*, de 30 de noviembre de 2011, n. 32. Y además pone como ejemplo impactante el del Cardenal Nguyen Van Thuan, que en su opúsculo *Oraciones de esperanza* describe sus trece años de encarcelamiento en una situación humana de desesperación total, en la que “la escucha de Dios, el poder hablarle, fue para él una fuerza creciente de esperanza”.

10 Son terribles las palabras del psicoanalista alemán Erich Fromm, que expresan la soledad del hombre sin fe y sin trascendencia: “Naces solo y mueres solo, y en el paréntesis la soledad es tan grande que necesitas compartir la vida para olvidarlo”.

Lo que está claro es que la fe no es una doctrina o unas verdades en las que se cree, porque convenzan más o menos. Muchas personas incurren en el error de la *fe a la carta*, en la que el criterio de elección es el ‘me lo creo’ o ‘no me lo creo’, como quien elige platos de un menú. La fe es el encuentro con una Persona real y viva, y la forma de encontrarla es la oración. De nuevo es Benedicto XVI quien nos advierte que “no se comienza a ser cristiano por una decisión ética o una gran idea, sino por el encuentro con un acontecimiento, con una Persona, que da un nuevo horizonte a la vida y, con ello, una orientación decisiva”<sup>11</sup>. Por eso, una vez descubierta, la oración pasa a ser una verdadera necesidad de la persona, cuyo encuentro con Dios se desborda y abarca a toda la existencia. El camino de la oración transforma a la persona, como hemos visto que ocurre en los santos. A esa metamorfosis la llamamos vida de oración: cuando la comunicación con Dios no es sólo puntual o episódica, sino que arraiga en el alma de la persona con potencia transformadora.

## ALGUNOS CONSEJOS PARA HACER ORACIÓN

No quiero terminar sin acompañar estas reflexiones con alguna orientación más práctica para encontrar el dial de Dios y establecer comunicación con Él. Muchos autores hablan de métodos para hacer oración y de prácticas que dan resultado. Jacques Philippe se opone radicalmente, porque la oración es una gracia y no una técnica. Se trata de recibir esa gracia de Dios, y no de aprender a practicar lo que a la postre sería una especie de *yoga cristiano*<sup>12</sup>. Sin duda es cierto lo que dice, y su librito de apenas cien páginas es una verdadera delicia que rebosa sabiduría espiritual y es muy aconsejable. Pero yo matizaría que también hay

11 Benedicto XVI, Encíclica *Deus caritas est*, de 25 de diciembre de 2005, n. 1.

12 Jacques Philippe, *Tiempo para Dios. Guía para la vida de oración*, Patmos, 2007, pp. 12-13. Lo importante en la oración no son las técnicas de concentración mental, de respiración serena y de equilibrio corporal, para adquirir una especie de conciencia superior.

que poner los medios para alcanzar la comunicación con Dios. Digamos que hace falta esfuerzo por parte del hombre para estar en disposición de recibir ese regalo de Dios que es la vida de oración. Ese esfuerzo es lo que se llama lucha ascética.

Ya hemos indicado que la fe, o al menos buscar la fe, es imprescindible para hacer oración, pero ¿qué más hace falta para encontrar a Dios en la oración? En mi opinión, es muy importante vencer a los *enemigos de la oración*, que son el egoísmo, la pereza y la superficialidad y aridez espiritual. Dicho en positivo, para hacer oración hace falta una actitud generosa y de humildad interior, una dedicación constante y perseverante, y un poco de aprendizaje sobre cómo cultivar la interioridad y saber dirigirse a Dios.

**a.** La actitud adecuada para hacer oración proviene de la humildad y del deseo de agradar a Dios. La humildad no es ese servilismo postizo y vergonzante de quien muestra una falsa modestia, sino mucho más sencillamente el ser realistas y reconocer nuestra condición limitada y dependiente, lo cual es una evidencia para toda persona sensata. Por otro lado, la humildad no equivale a renunciar a encontrar a Dios con el intelecto. Todo lo contrario: en la oración hay que poner en juego todas las potencias del alma, y la inteligencia es una herramienta capital. Pero sin olvidar que lo capital es dirigirse a nuestro Padre, aunque sea con un gesto interior. Como antes se ha apuntado, la oración mental no es hacer consideraciones espirituales, por muy profundas, luminosas o sesudas que sean. Esas reflexiones pueden ser provechosas y convenientes, pero carecen de un elemento esencial de la oración, que es la interlocución. La oración es necesariamente dialógica, una conversación entre personas: hablar y escuchar con el alma. Por eso, la cuestión del intelecto en la oración es sobre todo un problema de actitud, que no tiene que ver con la inhibición de la razón. La oración es la apertura de nuestra intimidad como seres dependientes, porque realmente lo somos, necesitados de la comprensión, la ternura, la misericordia, la fortaleza... que sólo Dios puede dar. La autosuficiencia es una barrera

que impide la comunicación con Dios, que “resiste a los soberbios, pero a los humildes da su gracia”<sup>13</sup>. Siempre recordaré la sabiduría de un profesor de lengua que tuve en el colegio, que mientras se pasaba la mano por su brillante calva, afirmaba con voz grave que “nunca es más grande el hombre que cuando está de rodillas”.

Junto a la humildad, el deseo de agradar a Dios, como hace un buen hijo con su padre. O lo que es lo mismo, una actitud decidida de buscar lo que me acerca a Él y de rechazar lo que me separa de Él. Todo eso se puede resumir en odiar o rechazar interiormente el pecado, que es el mal querido o buscado en cualquiera de sus formas. El cristiano no actúa por temor, pero debe consolidar una actitud firme de apartarse de todo lo que ofende a Dios para poder encontrarle. Lo cual es compatible con la debilidad humana, y nuestra admirable tendencia a reincidir una y otra vez en las mismas faltas y claudicaciones, como si no fuéramos capaces de gobernar nuestra vida. Esas derrotas, cuando son reconocidas, redundan en mayor humildad y conocimiento propio, y nos permiten entrar en sintonía con Dios para rezar.

En relación con esto me gustaría destacar que el sentido de la oración no puede ser el de buscarnos a nosotros mismos. Un cristiano no hace oración para sentirse a gusto, sino para agradar a Dios y corresponderle. Aunque como consecuencia de eso lo normal es que encuentre la paz y la alegría interiores. Una consecuencia de esto es que no debemos hacer oración solo cuando *apetece* o parece que lo necesito, sino habitualmente, con independencia de mi estado de ánimo o de mi grado de ocupación en esta vida tan estresante que llevamos. Lo cual conecta con el siguiente punto.

**b.** En segundo lugar, la oración requiere dedicación, es decir, tiempo, esfuerzo y constancia. Porque aunque el diálogo de la criatura con el Creador sea lo más natural del mundo, esa oración no fluye natural si no se pone la energía necesaria. No somos seres angelicales, sino hombres de carne y hueso, ocupados

---

13 I Pedro, 5,5.

en mil tareas cotidianas que absorben nuestra cabeza. Nuestro mundo interior se alimenta de todo lo que nos entra por los sentidos, que en principio puede distraernos para encontrar a Dios y hablar con Él. Pero esto no debe ser necesariamente así. No hay ocupación ni tarea humana, por muy intrascendente que sea, que no pueda servir para alimentar el trato con Dios de un cristiano. Precisamente el mensaje central de la espiritualidad del Opus Dei es la posibilidad del encuentro pleno con Dios en el mundo y a través de las cosas del mundo, sobre todo de las más cotidianas, como son la familia y el trabajo. Para el cristiano las realidades corrientes rebosan de Dios y es un reto descubrirlo.

Pero ese encuentro divino a través de lo humano hay que propiciarlo, y para ello lo normal es tener que dedicar un tiempo específico para estar con Dios con constancia y generosidad, hasta que los hábitos de comunicación con Él cristalicen interiormente. Lo describe de manera deliciosa Santa Teresa de Jesús, como tantos otros santos, poniendo el ejemplo del cuidado de una huerta y del trabajoso laborar del hortelano para sacar el agua necesaria que la alimente<sup>14</sup>. Es cierto que se puede rezar en cualquier sitio y circunstancia, pues llevamos siempre con nosotros nuestra intimidad, pero no es fácil que el corazón salte a Dios en medio de las actividades de la jornada si no hay en nuestra vida espacios específicos y reservados para la oración. Con una gran ventaja, y es que esos espacios de tiempo se pueden abrir con toda flexibilidad en nuestro horario cotidiano, sin más condicionantes que el de encontrar un momento de recogimiento. Temprano por la mañana, o a última hora del día. En un receso de nuestra jornada o aprovechando un desplazamiento que sea compatible con replegarnos

14 Santa Teresa de Ávila, *Libro de la vida*, 1565, Capítulo XI. “Ha de hacer cuenta el que comienza, que comienza a hacer un huerto en tierra muy infructuosa, que lleva muy malas hierbas, para que se deleite el Señor. Su Majestad arranca las malas hierbas, y ha de plantar las buenas (...). Y con ayuda de Dios hemos de procurar, como buenos hortelanos, que crezcan estas plantas y tener cuidado de regarlas, para que no se pierdan, sino que vengan a echar flores que den de sí gran olor, para dar recreación a este Señor nuestro, y así se venga a deleitar muchas veces a esta huerta y a holgarse entre estas virtudes.

interiormente para entregarnos a un diálogo íntimo con Jesucristo. En cualquier caso, es el tiempo mejor invertido de nuestra vida.

c. Por último, con el adecuado cultivo de la interioridad y el saber dirigirse a Dios me refiero a algunas condiciones para que los concretos ratos dedicados a la oración sean fructíferos. Lo primero, sin duda, es que debe haberlos, con la longitud que sea apropiada a las circunstancias de cada uno: 5 minutos, 15, 30, 60. . . pero con habitualidad<sup>15</sup>. Lo siguiente es saber recoger los sentidos externos y dominar los internos. Se trata de evitar que nos distraigan las cosas que pasan alrededor de nosotros, sobre todo las que sobrevuelan dentro en nuestra imaginación y en nuestra memoria. Ahí el mejor consejo es que cualquiera que sea el objetivo de nuestra mirada, de nuestra escucha o de nuestro runruneo interior, sepamos reconducirlo como motivo para que prenda en el alma la llama de la conversión afectuosa con Dios (desde la última película que hemos visto y nos ha gustado, el comentario de una persona que nos ha golpeado, o la noticia que acabamos de leer en internet). También es aconsejable el esfuerzo positivo para centrar nuestra atención directamente en aquello que nos lleva al Señor, como es la lectura imaginativa del Evangelio (apasionante es la experiencia, tan recomendada por San Josemaría, de hacerse presente en esas escenas de la vida de Cristo con la categoría de actor secundario<sup>16</sup>) o de algún libro adecuado de espiritualidad, o la escucha de la predicación de un buen pastor de almas, que despierte en nosotros el movimiento interior de invocar a Dios.

15 Jacques Philippe, *Tiempo para Dios*, op. cit., p. 89, opina que un cuarto de hora es el mínimo estricto, y recomienda que en la medida de lo posible le dediquemos los momentos más favorables, en que estamos más frescos y no prevemos interrupciones. Lo importante es ir adquiriendo hábito con fidelidad, dado que nuestra vida se mueve a base de ritmos cotidianos a los que nos acostumbramos (p. 88).

16 Josemaría Escrivá de Balaguer, *Es Cristo que pasa*, Rialp, Madrid, n. 107: “mezclaos con frecuencia entre los personajes del Nuevo Testamento. Saboread aquellas escenas conmovedoras en las que el Maestro actúa con gestos divinos y humanos, o relata con giros humanos y divinos la historia sublime del perdón, la de su amor ininterrumpido por sus hijos”.

## V. EL DERECHO AL OCIO

CESÁREO GUERRA GALI  
ABOGADO

Nuestra Constitución garantiza el ocio y el descanso en el Capítulo III con el título: “DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONOMICA” donde el artículo 40 señala lo siguiente: “... los poderes públicos... velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

Este artículo alude al derecho al descanso —que es el objetivo principal del ocio— pero solamente en el ámbito laboral. Fuera del ámbito laboral la Constitución solamente obliga a los poderes públicos a fomentar y facilitar la educación sanitaria, la educación física, el deporte y la cultura, todo ello, para facilitar y ordenar el ocio.

Así el artículo 43 de la Constitución dice expresamente que: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el

deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

No obstante este reconocimiento constitucional al descanso, lo cierto es que “los padres de la constitución” no incluyeron este derecho al descanso o al ocio en el Capítulo II sobre “DERECHOS Y LIBERTADES. DERECHOS Y DEBERES DE LOS CIUDADANOS” en cuyo capítulo se amparan derechos fundamentales como los del trabajo, la libertad de circulación, la vida, la vivienda, la tutela judicial efectiva, la libertad religiosa, la inviolabilidad del domicilio, la huelga, etc...”. Es más, en este Capítulo II se dice que los españoles tenemos derecho y deber de trabajar, pero en ningún lugar de la Carta Magna se dice expresamente que tenemos derecho y obligación al ocio.

La Constitución percibe el ocio como un derecho subjetivo, propio de la voluntariedad de cada uno y destinado al disfrute personal. Es decir, el ocio es uno de los principios rectores de la política social que emana del derecho de la libertad del individuo

amparada en el artículo 17 de la Constitución que señala *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley”*.

Aunque la Constitución sólo se circunscribe a garantizar y fomentar el entorno donde ese ocio se puede ejercer libremente: la cultura, el medioambiente, el turismo, la salud, etc., la mención más clara y directa a un derecho constitucional lo tenemos en las vacaciones laborales que ahora se regula en el nuevo Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en los artículos 34, 37 y 38 y también en los diferentes y numerosos convenios colectivos de cada sector de la actividad empresarial.

Efectivamente, el ocio se circunscribe constitucionalmente al ámbito social y de la salud, por eso nuestra Carta Magna lo garantiza, fomenta y ampara en estos cuatro campos: a) en el descanso-como derecho- de los trabajadores respecto su jornada laboral, b) en las personas discapacitadas, c) en la juventud, y d) en la tercera edad. Así en los artículos 48, 49 y 50 de la Carta Magna, se dice:

*“Los poderes públicos. . . . con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar (personas de la tercera edad) mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio.*

*“Los poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”.*

*“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.*

En cumplimiento del fomento, disfrute y promoción constitucional al ocio se ha promulgado abundante normativa estatal, autonómica y municipal en materia del derecho del deporte, del medioambiente, de la cultura, viajes, del turismo, de la sanidad, regulatoria del consumo de bebidas alcohólicas, del ruido, etc. todo ello con un objetivo principal: la prestación de estos servicios sociales mediante un conjunto de actividades prestaciones y equipamientos que tienen como fin el promocionar y posibilitar el desarrollo del bienestar social de todos los ciudadanos facilitándoles el acceso al ocio en sus diferentes modalidades.

Aunque la Constitución nos garantice que los poderes públicos facilitarán, garantizarán y fomentarán diversas áreas sociales vinculadas al ocio, como el deporte, la cultura, el medioambiente, los juegos de azar. . . ., lo cierto es que cada persona tiene su propia manera de descansar, pero cualquier actividad de oír que se practique debería tener, en mi opinión, seis requisitos básicos:

1º.- Entender que descansar debiera ser un deber gozoso, aunque esta obligación al descanso no la reconozca como tal la Constitución española. Si el Creador descansó”. . . . *Y al séptimo día descansó. . . .”* (Gen. 2,3) nosotros debemos imitarle;

2º.- Que se dirija este ocio a un verdadero descanso personal para recuperar *“acopiar fuerzas”* de cara a la vuelta al trabajo diario, *“sacar adelante a nuestra familia y servir a la sociedad”*. *“El descanso significa repesar: acopiar fuerzas, ideales, planes. . . En pocas palabras: cambiar de ocupación, para volver después —con nuevos bríos— al quehacer habitual* (San Josemaría, *Surco*, n. 514);

3º.- La libre elección del ocio, bien entendido;

4º.- Desarrollo personal, potenciando y disfrutando de las relaciones interpersonales de afecto y amistad, sobre todo con la familia,

5º.- Promocionar y mejorar las propias capacidades y habilidades físicas.

6º.- Aprovechar el tiempo de ocio para santificar el descanso con la atención a la familia, la ayuda

a los demás, y la interiorización para encontrar la esencia y Verdad de las cosas “*in interiore homine habitat veritas*” decía San Agustín.

El ocio, como un derecho que emana de la libertad individual, tiene sus propios límites legales: el derecho al descanso de los demás y a la seguridad de los que participan en una actividad de ocio y del resto de los ciudadanos. Por ello se han afanado, sobre todo las administraciones autonómicas y los municipios, en dictar normas que regulen el ocio, el deporte, los llamados “botellones”, ferias de todo tipo, caza, eventos deportivos, establecimientos nocturnos, etc, fundamentalmente para garantizar que el ocio de algunos no vulnere el derecho al descanso de terceras personas o también el derecho y deber de trabajar de los demás.

El Convenio de Roma (1950), ratificado por España en 1979, en su artículo 8 señala:

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

*2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho 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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.*

En conclusión, nos encontramos que en España y en el resto de la Unión Europea los poderes públicos tienen por un lado obligaciones positivas, estas son: regular, facilitar, y promocionar el ocio de los ciudadanos y de su protección integral, pero con justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto, y por otro lado: obligaciones negativas: la no injerencia en el derecho a la vida privada y familiar en donde el ocio es, y debe seguir siendo, un derecho y una obligación del individuo auto inducida.

# VI. LA INVIOLABILIDAD DOMICILIARIA

CARLOS BAUTISTA SAMANIEGO  
FISCAL

## 1. CONCEPTO DE DOMICILIO

La norma constitucional que proclama la inviolabilidad del **domicilio** y la interdicción de la entrada y registro domiciliario (art. 18.2 CE) constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1 CE) que garantiza el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas, STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3). De esta construcción interrelacionada resulta que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto de la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución española reconoce a ambos derechos, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio europeo de derechos humanos (en adelante, CEDH; STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

El derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) tiene por objeto la protección de

un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (por todas, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5), el derecho a la inviolabilidad del **domicilio** protege un ámbito espacial determinado, el “**domicilio**”, por ser aquél en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; y 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6).

La Constitución no ofrece una definición expresa del **domicilio** como objeto de protección del art. 18.2 CE. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha ido perfilando una noción de **domicilio** de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico,

el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en varias sentencias (SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4 ; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2 ), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por dicho Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que ha realizado de las características del espacio que ha de considerarse **domicilio** y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

Con carácter general, el Tribunal Constitucional ha declarado 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. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ 2; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

A esta genérica definición se ha añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de **domicilio**, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que “la idea de **domicilio** que utiliza el art. 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones”; en segundo lugar, que el concepto constitucional de **domicilio** tiene “mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no “admite concepciones reduccionistas -... como las- que lo equiparan al concepto jurídico-penal de

morada habitual o habitación” (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado **domicilio** el órgano constitucional ha afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el **domicilio** constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como **domicilio**. Así, ha declarado que no todo “recinto cerrado merece la consideración de **domicilio** a efectos constitucionales”, y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a “aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad” (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, ha señalado, que “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como **domicilio** a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza”, pues “la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros” (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, ha advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio si, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

En aplicación de esta genérica doctrina, se ha entendido en concreto que una vivienda es **domi-**



**cilio** aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5 ), y, sin embargo, no ha considerado **domicilio** los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro -STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.b) -.

De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene que el rasgo esencial que define el **domicilio** a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere **domicilio**, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.

El rasgo esencial que define el **domicilio** delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados **domicilio**: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos

que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye **domicilio**, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el **domicilio**, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del **domicilio** respecto de la protección de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros.

## 2. PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La protección constitucional del **domicilio** en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su “inviolabilidad” en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5 ). La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el **domicilio**, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FFJJ 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 3; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3).

De lo expuesto se infiere que la noción de **domicilio** delimita el ámbito de protección del derecho reconocido en el art. 18.2 CE, tanto a los efectos de fijar el objeto de su “inviolabilidad”, como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trata de un caso de flagrante delito.

### 3. AUTORIZACIÓN DE ENTRADA EN CASO DE VARIOS MORADORES

Esta posibilidad es muy frecuente en caso de cónyuges. De acuerdo con la STC 22/2003, de 10 de febrero, ha de partirse de que la convivencia presupone una relación de confianza recíproca, que implica la aceptación de que aquél con quien se convive pueda llevar a cabo actuaciones respecto del **domicilio** común, del que es cotitular, que deben asumir todos cuantos habitan en él y que en modo alguno determinan la lesión del derecho a la inviolabilidad del **domicilio**. En definitiva, esa convivencia determinará de suyo ciertas modulaciones o limitaciones respecto de las posibilidades de actuación frente a terceros en el **domicilio** que se comparte, derivadas precisamente de la existencia de una pluralidad de derechos sobre él. Como regla general puede afirmarse, pues, que en una situación de convivencia normal, en la cual se actúa conforme a las premisas en que se basa la relación, y en ausencia de conflicto, cada uno de los cónyuges o miembros de una pareja de hecho está legitimado para prestar el consentimiento respecto de la entrada de un tercero en el **domicilio**, sin que sea necesario recabar el del otro, pues la convivencia implica la aceptación de entradas consentidas por otros convivientes.

A esa situación normal parece responder el texto expreso de la Constitución española. En efecto, el artículo 18.2 CE, tras proclamar que el **domicilio** es inviolable, declara que “ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin el consentimiento del titular o autorización judicial”, excepto en los casos de flagrante delito.

De modo que, aunque la inviolabilidad domiciliaria, como derecho, corresponde individualmente a cada uno de los que moran en el **domicilio**, la titularidad para autorizar la entrada o registro se atribuye, en principio, a cualquiera de los titulares del **domicilio**, por lo que pueden producirse situaciones paradójicas, en las que la titularidad para autorizar la entrada y registro pueda enervar la funcionalidad del derecho a la inviolabilidad domiciliaria para tutelar la vida privada del titular del derecho.

En definitiva, la composición razonable de los intereses en juego de los moradores hace que usualmente pacten explícita o implícitamente la tolerancia de las entradas ajenas consentidas por otro comprador y que los terceros que ingresen en el **domicilio** puedan así confiar a priori en que la autorización de uno de los titulares del **domicilio** comporta la de los demás.

Sin embargo, el consentimiento del titular del **domicilio**, al que la Constitución se refiere, no puede prestarse válidamente por quien se halla, respecto al titular de la inviolabilidad domiciliaria, en determinadas situaciones de contraposición de intereses que enerven la garantía que dicha inviolabilidad representa.

Del sentido de garantía del art. 18.2 CE se infiere inmediatamente que la autorización de entrada y registro respecto del **domicilio** de un imputado no puede quedar librada a la voluntad o a los intereses de quienes se hallan del lado de las partes acusadoras, pues, si así fuese, no habría, en realidad, garantía alguna, por ejemplo, en los casos de separación de los cónyuges que, no obstante, siguen viviendo bajo el mismo techo, cometiendo uno un delito sobre el otro, que lo denuncia. En este caos, al ser víctima del delito, tiene intereses contrapuestos a los del recurrente en el proceso penal.

Una situación especial es la del precarista. Así, de acuerdo con la STC 209/2007, de 27 de septiembre, este tiene limitada dicha capacidad de exclusión de terceros. Una limitación específica del derecho personal y general de exclusión del titular del **domicilio** concurre en el derecho de quien habita en

una morada por concesión graciosa de un morador que, por las razones que sean, tenga a bien soportar sin contraprestaciones los inconvenientes que comporta su paso a una situación de comprador. En estos supuestos, la lógica de la relación entre los moradores y la propia viabilidad de este tipo de concesiones posesorias hacen que no sea válida la ponderación de intereses que el derecho a la inviolabilidad de **domicilio** resuelve en favor de la exclusión respecto a la inclusión de la visita ajena, y que no pueda imponerse la facultad de exclusión del nuevo morador frente al interés del titular originario de aceptar entradas en su **domicilio** y organizar de tal modo su vida personal. Al igual que sucede con el ejercicio del derecho de exclusión de los “cotitulares del **domicilio** de igual derecho y, en concreto, en los casos de convivencia conyugal o análoga” (STC 22/2003, de 10 de febrero, FJ 6 ), en el que concurre usualmente un pacto recíproco de admisión de las entradas consentidas por otro cotitular, puede también hablarse en estas situaciones, que no generan obligaciones para quien cede graciosamente su morada, de la asunción explícita o implícita por el así beneficiado de la tolerancia con las entradas que el titular originario del **domicilio** consienta en el mismo. Sin embargo, Esta limitación del derecho a la inviolabilidad de **domicilio** del segundo morador puede encontrar a su vez un límite (la excepción de la excepción que provoca el regreso a la regla general) en aquellos casos en los que la intromisión en el **domicilio** sea ajena a los intereses del titular originario y esté a la vez específicamente orientada a alterar la privacidad de aquél por parte de los agentes de la autoridad. Frente a la petición de autorización de los agentes policiales para entrar en la morada a los efectos de detener al sospechoso, o de registrar sus pertenencias, no puede invocarse la limitación del derecho a la inviolabilidad del **domicilio** del morador en precario en relación con las entradas consentidas por quien le cede la posesión, pues, al tiempo que sólo de un modo muy tenue está en juego el desarrollo de la personalidad de éste, queda, sin embargo, afectado con la máxima intensidad el derecho de aquél a la

preservación de un ámbito espacial íntimo a través de una facultad de exclusión del mismo “de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro” (STC 189/2004, de 2 de noviembre, FJ 3 ). La ponderación de intereses que está en la base del derecho a la inviolabilidad de **domicilio** debe decantarse en este particular supuesto a favor del interés de exclusión del morador a pesar de las peculiaridades de su situación posesoria y de la autorización del titular que había accedido graciosamente a compartir su morada.

Esta titularidad es predicable igualmente de las personas jurídicas, de conformidad con la STC 137/85, de 17 de octubre. Partiendo de la base de que en nuestro ordenamiento constitucional está ausente un precepto similar al que integra el art. 19.3 Ley Fundamental de Bonn, según el cual los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por su naturaleza, les resulten aplicables, lo que ha permitido que la jurisprudencia aplicativa de tal norma entienda que el derecho a la inviolabilidad del **domicilio** conviene también a las Entidades mercantiles, parece claro que nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del **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 pueden ser los fijados en el art. 24 CE, sobre prestación de tutela judicial efectiva, tanto a personas físicas como a jurídicas.

Este es también el criterio aceptado por la doctrina generalizada en otros países, como pueden ser, dentro de Europa, en Alemania, Italia y Austria, donde se sigue un criterio que puede reputarse extensivo, llegado el momento de resolver esta misma cuestión, pudiendo entenderse que este derecho a la inviolabilidad del **domicilio** tiene también justificación en el supuesto de personas jurídicas, y posee una naturaleza que en modo alguno repugna la posibilidad de aplicación a estas últimas, las que

-suele ponerse de relieve- también pueden ser titulares legítimos de viviendas, las que no pueden perder su carácter por el hecho de que el titular sea uno u otra, derecho fundamental que cumple su sentido y su fin también en el caso de que se incluyan en el círculo de los titulares de este derecho fundamental a personas jurídicas u otras colectividades.

En suma, la libertad del **domicilio** se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo.

Sin embargo, la STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2, precisa que las personas jurídicas gozan de una intensidad menor de protección, por faltar una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas. De suerte que ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del **domicilio** de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros.

#### 4. REQUISITOS DEL CONSENTIMIENTO

La STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2, remarca que el consentimiento eficaz del sujeto particular permite la inmisión en su derecho a la intimidad, si bien no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito; sin embargo, en supuestos referentes al derecho a la inviolabilidad del **domicilio**

del art. 18.2 CE, ha indicado el Tribunal que este consentimiento no necesita ser expreso (STC 22/1984, de 17 de febrero) y que, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como un consentimiento tácito (STC 209/2007, de 24 de septiembre, FJ 5). Es eficaz para avalar la entrada no solo el consentimiento prestado verbalmente, sino además el derivado de la realización de actos concluyentes que expresen dicha voluntad.

Ahora bien, en todos los casos, el consentimiento eficaz tiene como presupuesto el de la garantía formal de la información expresa y previa, que debe incluir los términos y alcance de la actuación para la que se recaba la autorización injerente. Así, en el ámbito del derecho a la intimidad, hemos apreciado la vulneración de dicha garantía en los casos en que la actuación no se ajusta a los términos y el alcance para el que se otorgó el consentimiento, quebrando la conexión entre la actuación que se realiza y el objetivo tolerado para el que fue recabado el consentimiento (en este sentido, SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 8, y 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

La STS 5630/2010, en cuanto a los requisitos que deben tenerse en cuenta para el consentimiento autorizante del registro domiciliario, dice que, según las SSTS. 1803/2002 de 4.11 y 261/2006 de 14.3, son los siguientes:

a) Otorgado por persona capaz; esto es mayor de edad ( Sentencia de 9 de noviembre de 1994), y sin restricción alguna en su capacidad de obrar. En supuestos de minusvalía psíquica aparente, esté o no declarada judicialmente, no puede considerarse válidamente prestado el consentimiento

b) Otorgado consciente y libremente. Lo cual requiere:

1) que no esté invalidado por error, violencia o intimidación de cualquier clase; 2) que no se condicione a circunstancia alguna periférica, como promesas de cualquier actuación policial, del signo que sean; 3) que si el que va a conceder el consentimiento se encuentra detenido, no puede válidamente prestar tal consentimiento si no es con

asistencia de Letrado, lo que así se hará constar por diligencia policial. “El consentimiento a la realización de la diligencia, uno de los supuestos que permiten la injerencia en el derecho fundamental a la inviolabilidad del **domicilio**, requiere que ha de ser prestado ante un letrado que le asista y ello porque esa manifestación de carácter personal que realiza el detenido puede afectar, indudablemente, a su derecho a la inviolabilidad y también a su derecho de defensa, a la articulación de su defensa en el proceso penal, para lo que ha de estar asesorado sobre el contenido y alcance del acto de naturaleza procesal que realiza” ( STS 2-12-1998). Por tanto si el titular está detenido su consentimiento no será valido de carecer al concederlo de asistencia letrada ( SSTC. 196/87, 252/94, SSTS. 2.7.93, 20.11.967, 23.1.98, 14.3.2000, 12.11.2000, 3.4.2001).

c) Puede prestarse oralmente o por escrito, pero siempre se reflejará documentalmente para su constancia indeleble.

d) Debe otorgarse expresamente, si bien la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 551 autoriza el consentimiento presunto. Este artículo ha de interpretarse restrictivamente, pues el consentimiento tácito ha de constar de modo inequívoco mediante actos propios tanto de no oposición cuanto, y sobre todo, de colaboración, pues la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en virtud del principio in dubio libertas y el criterio declarado por el Tribunal Constitucional de interpretar siempre las normas en el sentido más favorable a los derechos fundamentales de la persona, en este caso del titular de la morada (SS.5.3, 30.9 y 3.10.96m 7.3.97 y 26.6.98).

Si el consentimiento no se produce en las condiciones de serenidad y libertad ambiental necesarias no se considerará suficiente como consentimiento: “*Qui siluit cum loqui debuit, et notint, consentire de videtur*” ( SS. 7.3 y 18.12.97), pues consiente el que soporta, permite, tolera y otorga, inequívocamente” que entre y registre y registre (S. 23.1.98).

e) Debe ser otorgado por el titular del **domicilio**, titularidad que puede provenir de cualquier

título legítimo civilmente, sin que sea necesaria la titularidad dominical.

f) El consentimiento debe ser otorgado para un asunto concreto, del que tenga conocimiento quien lo presta, sin que se pueda aprovechar para otros fines distintos ( Sentencia de 6 de junio de 2001).

g) No son necesarias en ese caso las formalidades recogidas en el art. 569 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, respecto de la presencia del Secretario Judicial.

## 5. FLAGRANCIA DELICTIVA

La S.T.C. 341/93, de 18/11, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 21.2 L.O.P.C. (Ley Orgánica de Protección Ciudadana), constituye el punto de partida para definir el alcance de la flagrancia como supuesto verdaderamente excepcional previsto en el artículo 18.2 C.E en sede de inviolabilidad del **domicilio**, acudiendo a “la arraigada imagen de la flagrancia como situación fáctica en la que el delincuente es “sorprendido” -visto directamente o percibido de otro modo- en el momento de delinquir o, en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito”, no asumiendo como definitivas las formulaciones legales presentes en nuestro Ordenamiento hasta la L.O. 7/88, de 28/12, que suprimió la definición legal incorporada al artículo 779 LECrim., deduciéndose la presencia de las dos siguientes notas: evidencia del **delito** y urgencia de la intervención policial, cuidándose de matizar que esta última no es por sí sola flagrancia.

Pues bien, dicho alcance también está presente en el lenguaje común, no necesariamente técnico, y, así, el Diccionario de la R.A.E. se refiere a lo **flagrante** como adjetivo que expresa “que se está ejecutando actualmente”, “de tal evidencia que no necesita pruebas” y en **flagrante** como modo adverbial que quiere decir “en el mismo momento de estarse cometiendo un **delito**, sin que el autor haya podido huir”. El Diccionario del Español Actual se refiere a estarse “ejecutando en el momento en que se habla” y a ser “cosa muy evidente e innegable”. En síntesis,

actualidad e inmediatez del hecho y percepción directa y sensorial del mismo, lo que excluye la sospecha, conjetura, intuición o deducciones basadas en ello.

La Jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo constata esta línea doctrinal. En este sentido, la de 7/3/00 se refiere a la doble inmediatez temporal y personal, y a la urgente necesidad de intervención inmediata de la policía, bien para poner fin al mal que la infracción conlleva, para detener al delincuente o para aprehender el objeto o los instrumentos del **delito**. La de 13/3/00 se refiere a **delito flagrante** como aquél que encierra en sí la prueba de su realización por existir una percepción sensorial directa del **hecho delictivo**. O la aún más reciente de 9/6/00 que sigue la misma línea. Los supuestos son sustancialmente análogos al presente: agentes policiales en funciones de vigilancia que desde el exterior del **domicilio** perciben directamente hechos presuntamente delictivos ejecutados en su interior (tráfico de droga).

En similar dirección la STS. 1523/98 de 2.12, en un supuesto en que la Policía llegó al lugar de autos

como consecuencia de una llamada telefónica en la que se avisaba que se estaba cometiendo un robo en el garaje, comprobando que había dos personas en el interior, que fueron entregados a los Policías por el propietario de éste, manifestando uno de aquéllos que no habían ido a robar, sino a reclamarle el dinero que le había entregado para que le suministrara droga, añadiendo que en dicho local había gran cantidad de droga. Esta situación que fue calificada por la Audiencia como **delito flagrante** que legitimaba a la Policía la entrada y registro para “averiguar si en dicho local se traficaba con estupefacientes”, declaró: En la conocida sentencia del Tribunal Constitucional 341/1993, de 18 de noviembre, se define la flagrancia como una ‘situación fáctica en la que la **comisión del delito** se percibe con evidencia y exige por ello una inmediata intervención’, de donde deviene primordial y de inexcusable concurrencia el requisito de que la Autoridad o sus agentes hayan tomado una percepción directa del **hecho delictivo**, es decir, que la evidencia del **delito** se constate sensorialmente sin necesidad de acudir a otros elementos de comprobación”.

## VII. EL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO  
MAGISTRADO

*“En el principio, fue la palabra”* (Io. 1, 1)

Uno de los derechos más importantes y que sin embargo está más en riesgo en este siglo XXI, escenario de un desarrollo de las telecomunicaciones como nunca se había visto, es precisamente el derecho al secreto de las comunicaciones.

Es decir, el derecho fundamental que tiene toda persona a hablar, a comunicarse con otros, sin que nadie escuche, ilegalmente, su conversación.

### 1. UN DERECHO PERMANENTEMENTE AMENAZADO

Se trata de un derecho ligado a los perennes intentos del poder de enterarse de lo que dicen sus ciudadanos. Y así, tal injerencia se ha dado desde los tiempos de los *“cabinets noirs”* de la Monarquía absolutista, hasta los ataques más recientes, por ejemplo del régimen comunista, reflejados magistralmente en la película *La vida de los otros*, sobre las escuchas

a los disidentes en la desaparecida República Democrática de Alemania, o en el conocido “1984” de Orwell, en el que aparece una frase clave, que podría aplicarse al “Estado de Partidos” de nuestra época:

“¿Quién controla el pasado?, corrió la consigna del Partido,... quien controla el presente controla el pasado”.

Por eso, no puede extrañar que tales comportamientos hayan sido objeto de durísimas descalificaciones, tildándoseles de “abuso incalificable”, porque “penetra arbitrariamente en nuestra intimidad...y se aprovecha de nuestra confianza para traicionarla”.

De ello, ha derivado un movimiento constitucional para su reconocimiento -Constitución rusa, art. 128, Weimar art. 117, y posteriormente, art. 15 de la Constitución italiana o 10 de la Ley Fundamental de Bonn-, destacándose como nota común su plasmación vinculada al secreto de la correspondencia, el cual ha ido evolucionando hacia la expresión más moderna y amplia de “secreto de las comunicaciones (de todas clases)”, garantizando su limitación por

ley y su injerencia concreta, mediante intervención judicial, exclusivamente .

Otro dato a tener en cuenta, ha sido la progresiva independización del derecho al secreto de las comunicaciones, respecto del de intimidad, al que se halla tan próximo. Por otro lado, las nuevas tecnologías han acentuado esta tendencia al hacer más necesario un tratamiento individualizado del mismo.

Sin embargo, el gran problema del “secreto de las comunicaciones” ha sido, y sigue siendo, la necesidad de que la jurisprudencia haya tenido que desarrollar toda una doctrina ante la insuficiencia o, inexistencia, en algunos casos, de legislación al respecto.

El ejemplo de la C. USA es bien expresivo de lo que decimos. Así, el secreto de las comunicaciones no se encuentra específicamente protegido pero en la 4ª Enmienda se protege la intimidad. Ello hizo que la jurisprudencia fuera desarrollando los contornos de este derecho hasta que la “Omnibus Crime Control and Safe Street Act”, de 1968, regulara la materia.

Y en Alemania, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 2010, ha anulado diversos preceptos de la Ley de 21-12-2007 dictada para transponer la Directiva 2006/24/CE , por considerar que vulneraba el art. 10.1 de la Constitución alemana que recoge el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

La sentencia centra su argumentación en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de “claridad de la ley”, que el TEDH viene encuadrando dentro de la expresión “calidad de la ley”, con la que se resalta el estándar con que ha de regularse adecuadamente el derecho al secreto de las comunicaciones .

Por otro lado, en España, es de recordar la sentencia de nuestro Tribunal Supremo de fecha 9 de febrero de 2012 en la que se condenó a Baltasar Garzón, a la sazón Juez Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, como autor de un delito de prevaricación del artículo 446.3º en concurso aparente de normas (artículo 8.3) con un delito uso de artificios de escucha y grabación con violación de las garantías constitucionales, sobre las conversaciones

mantenidas entre presos preventivos y abogados en los locutorios del centro penitenciario, en el llamado Caso “Gurtel”. Sentencia que le supuso, además de una importante multa, la pena de once años de inhabilitación especial para el cargo de juez o magistrado, lo que ha supuesto de hecho, su separación de la carrera judicial.

## 2. UN DERECHO ESENCIAL

Pero además de un derecho históricamente amenazado, constituye un derecho esencial en una sociedad como la actual en la que convivimos personas muy distintas, con elementos diferenciales objetivos: edad, sexo, raza, creencias. . .

Se trata de un derecho propio de los seres humanos que se relacionan mediante la comunicación, sea oral, escrita o a través de los modernos medios tecnológicos.

La protección se hace de la comunicación, de toda comunicación, con independencia de su contenido, esto es, se trate de un asunto de la máxima importancia o de algo cotidiano, propio de la vida normal de las personas.

Esa tutela, lo es, del acto comunicativo en sí, lo que incluye el mensaje y el medio en que se produce, siempre que los interlocutores deseen mantener en privado, la comunicación.

Y ello, porque la comunicación, forma parte no ya de la vida privada en general, sino incluso de una esfera más reducida cual es la “intimidad”, ese *inner circle* que toda persona tiene el derecho a salvaguardar y el Estado debe garantizar.

De ese modo, las comunicaciones relacionadas con la vida de cualquier ciudadano, se trate de negocios, ocio, vida familiar o cualquier aspecto de la esfera humana, merecen protegerse porque son una manifestación esencial, de la dignidad humana.

La dignidad humana, concebida como el atributo o condición de toda persona que le confiere el derecho a poder actuar y a ser considerado como sujeto y no como objeto, se erige en fundamento de tan importante derecho. Y es que, como ha dicho el



Papa Francisco: Hay que despertar la palabra, porque cada palabra tiene dentro de sí una chispa de vida y este es el primer deber del comunicador.

### 3. UN DERECHO MUY REGULADO

El derecho penal, concebido como un derecho de “ultima ratio” o instrumento subsidiario de protección de los ataques más graves a los bienes jurídicos considerados de mayor relevancia en una sociedad –la vida, la libertad, la propiedad...- también tiene un papel protagonista en la protección del secreto de las comunicaciones.

De este modo, se pone de manifiesto la trascendencia que tiene este derecho, que más allá del respecto social y político que merece, goza de la garantía de ser tutelado por los órganos judiciales, tanto en la esfera civil, mediante la LO 1/82 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, como mediante el código Penal.

En vía civil, se protege las intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de dicha Ley, y que son:

Uno. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

Dos. 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, así como su grabación, registro o reproducción.

Tres. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Cuatro. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Cinco. La captación, reproducción o publicación

por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

Siete. La divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena.

Y se hace mediante una tutela judicial que incluso puede recabarse ante el Tribunal constitucional, mediante el recurso de amparo, y que comprende la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores.

De ese modo, se trata de obtener el cese de “escuchas” e injerencias indebidas y la reparación, económica, incluso, por tales invasiones del derecho en cuestión, condenando a indemnizar los perjuicios causados, incluidos los daños morales.

En el ámbito penal, el art. 197 CP castiga al particular que descubra o revele los secretos de otro, sin su consentimiento, del siguiente modo: se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, en cuyo caso será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

Y se le impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores.

Y el art. 198 sanciona a la autoridad o funcionario público que, fuera de los casos permitidos por la Ley, sin mediar causa legal por delito, y prevaliéndose de su cargo, realizare cualquiera de las conductas descritas en el artículo anterior, será castigado con

las penas respectivamente previstas en el mismo, en su mitad superior y, además, con la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años.

Por su parte, los arts. 535 y 536 CP castigan, respectivamente:

- a “la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, interceptare cualquier clase de correspondencia privada, postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si divulgara o revelara la información obtenida, se impondrá la pena de inhabilitación especial, en su mitad superior, y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.
- y a “la autoridad, funcionario público o agente de éstos que, mediando causa por delito, interceptare las telecomunicaciones o utilizare artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales, incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años. Si divulgare o revelare la información obtenida, se impondrán las penas de inhabilitación especial, en su mitad superior y, además, la de multa de seis a dieciocho meses.”

#### **4. UN DERECHO QUE HAY QUE SALVAGUARDAR**

El problema en la actualidad de este derecho, se centra en la legislación que se está dictando en los últimos tiempos para protegernos de los ataques y riesgos más graves que afectan a las democracias.

Buena muestra de ello son las medidas legislativas tomadas en EE.UU, Francia, Gran Bretaña,

Canadá, Australia... en los últimos años, para combatir el terrorismo yihadista.

Acciones que han llevado a hablar de un “espionaje bueno” que justifica —así en Francia— interceptar sin autorización judicial, las comunicaciones de cualquiera que estuviera implicado en actividades terroristas.

Y es que, como ha justificado el premier británico Cameron, el 13 de mayo de 2015, al anunciar la nueva normativa, : “Durante demasiado tiempo hemos sido una sociedad pasivamente tolerante” .

Pero eso conlleva nuevos riesgos para los derechos fundamentales, y en concreto para el libre ejercicio del derecho al secreto de las comunicaciones. O es que no recordamos que la Patriot Act, todo lo justificable que se quiera tras los tremendos sucesos del 11-S de 2001, ha dado lugar a torturas y violaciones de los derechos humanos en Guantánamo, teniendo retenidos a multitud de sospechosos sin juicio.

En efecto, hay que controlar políticamente estas medidas, denunciar los excesos y resolver, en vía judicial las denuncias que puedan deberse a excesos o actos del poder, sin la debida justificación.

Y es que el “Estado ultrapreventivo” del que ha hablado el periodista de “Le Monde”, Jacques Follorou, es un “mecanismo que abre la puerta a todos los abusos”, al dar a los servicios secretos franceses —él se centra en su realidad nacional— unas posibilidades a espaldas de todo control legal.

Además, y esto es muy grave, en un Estado de derecho como el actual, se produce lo que se denomina una “toma de la ley” por un *cock-tail* de represión y vigilancia electrónica, que constituye una amenaza real, insistimos, si no tiene suficiente control.

En definitiva, toca tomar conciencia de la importancia de este derecho, pidiendo su tutela ante los Jueces y tribunales de un lado, y siendo críticos con los excesos reguladores que suponen, restringir la libertad precisamente so capa de protegerla.

## VIII. LA PRIVACIDAD Y EL DESARROLLO TECNOLÓGICO

JAVIER PUYOL MONTERO  
ABOGADO. MAGISTRADO EN EXCEDENCIA

Según varios expertos de privacidad, concuerdan que el concepto de privacidad o la idea de seres privados, se manifestó con la invención de la imprenta. Antes de la imprenta, los libros eran escritos a mano, lo que hacía muy difícil el tener disponibles múltiples copias de un mismo libro. Por lo tanto leer un libro era un evento social, donde se organizaban reuniones donde una persona leía el libro a un grupo. En el siglo XVI con la llegada de la imprenta, ahora el lector podía acceder a su propia copia de un libro, el cual podía leer en la privacidad de su hogar: la noción de la “parte de adelante” y la “parte de atrás” de una casa dan pie a la idea de **público** y **privado** respectivamente<sup>1</sup>. En este orden de cosas, debe ponerse de manifiesto, como el Diccionario de la Real Aca-

demia de la Lengua Española no hace referencia alguna al término “privacidad” no obstante su sola mención ha de remitirnos necesariamente a la idea de “intimidad”, o bien, “de vida privada”. Y es precisamente por la influencia de principios que no son propios de la lengua de donde surge el término, más aún, el concepto jurídico tiene un claro origen anglosajón como derivado del precepto “*the right to be alone*” receptado en el ordenamiento jurídico de los Estados Unidos a fines del siglo XVII. La doctrina sentada por el Juez estadounidense Thomas Cooley en su obra “*The Elements of Torts*”, de 1873 y el trabajo de Warren y Brandeis, “*The Right to privacy*”, dieron forma a una clásica definición del vocablo “privacy”, entendido de manera genérica, como el derecho a estar solo o derecho a la soledad. El término “privacy” constituye un bien jurídico con proyección social, que enuncia el ejercicio de la libertad humana y, asimismo, impone un límite en la interrelación social. Tal acepción no encuentra un correlato exacto en nuestro derecho

1 ROMERO, Natalia. “¿Qué es privacidad? Buscando una definición social”. MM Sociedad. 9 de febrero de 2.009.

[http://manzanamecanica.org/2009/02/que\\_es\\_privacidad\\_buscando\\_una\\_definicion\\_social.html](http://manzanamecanica.org/2009/02/que_es_privacidad_buscando_una_definicion_social.html)

por cuanto se ha optado por el empleo genérico de este neologismo. Hablar de privacidad no permite discriminar entre la intimidad propiamente dicha y la vida privada, elementos conceptualmente distintos para el derecho norteamericano que tomáramos como ejemplo. Si bien el objeto inicial de los ensayos jurídicos descritos apuntaban esencialmente a analizar y tratar de encontrar límites para el avance indiscriminado de la prensa sobre la vida privada de los ciudadanos, no se puede poner en entredicho que, el avance tecnológico actual, que ha disparado exponencialmente las posibilidades de acceder y disponer de información de cualquier naturaleza, conlleva un potencial peligro de exacerbar la incidencia de tales medios sobre el derecho fundamental a la intimidad de las personas.

Y estas reflexiones deben ponerse en relación por el pronunciamiento llevado a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>2</sup>, en el sentido de que el derecho a la protección de datos de carácter personal no puede considerarse un derecho absoluto, sino que debe ejercitarse y en consecuencia interpretarse en relación con su función en la sociedad<sup>3</sup>.

La protección de datos está estrechamente ligada al respeto de la vida privada y familiar

establecido en el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Esta vinculación se refleja en el apartado 1º del artículo 1 de la Directiva 95/46/CE, que establece que los Estados miembros garantizarán la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas, y en particular del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales<sup>4</sup>.

Esta regulación normativa comunitaria, debe ser considerada como una derivada que es, del hecho de la intensificación de las relaciones entre los distintos agentes sociales por la ampliación de las capacidades técnicas de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), que se ha operado en la última década del siglo pasado y en las dos primeras de este siglo XXI.

Esta interrelación continua e intensa ha propiciado un conjunto de interdependencias, cada vez más complejas, entre los distintos países que conforman la comunidad internacional, o la sociedad global. En este sentido, debe entenderse que podría indicarse, con cierta propiedad, que nos encontramos ante la presencia de lo que podría denominarse la “tercera revolución industrial”, de todo punto globalizada, afectando a todos los Estados del orbe terrestre, y a las sociedades y a las personas que los componen. Dicha “tercera revolución industrial” podría venir caracterizada por una amplia gama de progresos técnicos y organizativos, derivados del abaratamiento y consiguiendo, al mismo tiempo, un importante desarrollo de la electrónica y del proceso de miniaturización de sus componentes, que se dan de forma prácticamente simultánea, en los campos de la ciencia, la tecnología, la industria, la educación y la Administración, entre otros. Y resulta obvio que este fenómeno tiene unas implicaciones

2 Vid. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 9 de noviembre de 2010, en los asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09, Volkerund Markus Schecke y Eifert, Rec. 2010, p. I-0000. Véase así el apartado 48 de la sentencia “el derecho a la protección de los datos de carácter personal no constituye una prerrogativa absoluta, sino que debe ser considerado en relación con su función en la sociedad”.

3 En consonancia con el apartado 1º del artículo 52 de la Carta, pueden introducirse limitaciones al ejercicio del derecho a la protección de datos, siempre que tales limitaciones estén establecidas por ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás. Su tenor literal es: “Los derechos reconocidos por la presente Carta que constituyen disposiciones de los Tratados se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites determinados por éstos.”

4 Vid. Apartado 1º del artículo 1º de la Directiva 95/46/CE “Los Estados miembros garantizarán, con arreglo a las disposiciones de la presente Directiva, la protección de las libertades y de los derechos fundamentales de las personas físicas y, en particular, del derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de los datos personales.”

económicas y sociales<sup>5</sup> de gran calado, que no han hecho más que comenzar.

Así, el flujo de productos físicos ha perdido su papel central en el proceso económico, de modo que las empresas y los mercados, independientemente del sector en el que actúen, se han convertido, en gran medida, en procesadores de información y generadores de nuevo conocimiento<sup>6</sup>.

---

5 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico, afirma que “el mejor laboratorio para el conocimiento y comprensión de una realidad política, jurídica y social concreta es la propia Historia. Conforme a la máxima «la Historia es maestra de la vida», formulada felizmente por Marco Tulio Cicerón en el siglo I a.C., entendemos que desde la contemplación del pasado, sobre todo de ciertas experiencias políticas de notable perfección, puede realizarse un intento de penetrar en el tiempo presente con el fin de conocerlo y mejorarlo, en un constante e inacabado proceso de perfeccionamiento”.

Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. “Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración”, Ediciones Académicas, Madrid. 2010, pág. 12.

6 En este sentido, debe tenerse en cuenta que los crecientes volúmenes de datos en las compañías conllevan a una serie de retos para la organización de TI, a fin de mantener y mejorar la seguridad, la accesibilidad y la veracidad de la información. En este sentido, la gestión de los datos debe ser entendida como una mezcla de tecnología y cultura. Los datos son un activo empresarial y como tal se debe tratar y proteger como cualquier otro, ya que se debe partir de la realidad actual, de la que se desprende que existe una necesidad imperante de introducir datos y guardarlos. De hecho, los objetivos estratégicos que tienen las empresas son cada vez más complicados y necesitan más datos para ser alcanzados. Esta realidad tiene su reflejo en el crecimiento exponencial del volumen de información con que se cuenta, lo que supone que cada vez sea más complicado gestionar estos datos. Hasta el momento actual era posible llevar a cabo esta gestión de una manera sencilla, pero ahora las organizaciones se ven obligadas a prestar especial atención a los datos por sí mismos para poder dar respuesta a las necesidades de su negocio. El problema que surge en la mayoría de empresas llegados a este punto es que los datos están inconexos. Lo que se desprende de este desorden es la dificultad de adquirir una visión desde todos los ángulos de cualquiera de las facetas del negocio. No se puede llegar al 360°, por ejemplo acerca de un cliente, por razones como las siguientes, que son las más habituales:

- Las aplicaciones no se comunican bien.
- Los datos no tienen la calidad que deberían.

Consecuentemente con ello, los avances en las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) han sido capaces de reestructurar las relaciones existentes hasta la fecha entre el tiempo y el espacio, y se han convertido en el centro neurálgico del proceso de globalización. El ejemplo paradigmático de este proceso es la red Internet. Su expansión vertiginosa ha permitido a las relaciones sociales evolucionar de una forma jamás sospecha, pero ha sido sobre todo

---

-La información no proporciona la fiabilidad esperada.

Por eso, cada vez, para dar respuesta a las necesidades del negocio hay que tratar mejor los datos y a lo largo de las siguientes páginas se presenta el marco teórico en el que basarse para estructurar la gestión de los mismos, tal y como se desprende de Data Management International ([www.dama.org](http://www.dama.org)), la asociación independiente de proveedores que analiza y estudia los conceptos de la gestión de datos y que lidera esta iniciativa. Las once funciones de la Gestión de Datos son las siguientes:

Data Governance: se ocupa de la planificación, supervisión y control en la gestión y uso de datos.

Data Architecture: encargada de establecer los modelos, políticas y reglas para gestionar los datos.

Data Modeling & Design: que diseña la base de datos, implementación y soporte.

Data Storage: función que determina cómo, cuánto y qué se almacena.

Data Security: se encarga de todo lo relativo a la privacidad, confidencialidad y a garantizar un acceso apropiado.

Data Integration & Interoperability: responsable de definir la integración y transferencia de los datos.

Documents & Contents: establece las reglas aplicables a los datos fuera de las bases de datos.

Reference & Master Data: buscan aportar una visión 360° de la información.

Data Warehousing & BI: se ocupan de lo referente a datos históricos y analíticos.

Meta-Data: trata de integrar, controlar y proporcionar meta datos.

Data Quality: a través de la que se define, controla y mejora la calidad de los datos.

A tales efectos debemos remitirnos al estudio denominado: “Data Management. La gestión de Datos eficaz”. PowerData. 2013. <http://www.powerdata.es/index.php/ar/>

en el ámbito económico donde se ha producido la gran revolución al funcionar como una unidad en tiempo real, y ha conformado una nueva economía global que viene definida, principalmente, por los flujos de capitales, personas e información, en los cuales las fronteras espaciales han dejado de tener la importancia de antaño.

Pero esta realidad social y económica, también tiene sus consecuencias jurídicas, las cuales han de ser contempladas y reguladas. Puede afirmarse, en este sentido, que toda normativa legal, especialmente en lo que atañe al reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona, nace de una necesidad básica del hombre. El ser humano consolida su personalidad en la medida en que desarrolla sus potencialidades, y la abandona, en la medida en que se funde y confunde en los otros, esto es, se despersonaliza. La dignidad de la persona, entre otros aspectos, deriva de su libre albedrío, es decir, de su autonomía para regir su destino.

Así nacen los derechos a la libertad, educación, asociación, formación familiar, expresión, selección de ocupación, libertad religiosa, audiencia, etcétera. Entre esas necesidades está el reconocimiento de una zona en la que nadie se entrometa sin autorización. En materia de creencias religiosas o filosóficas, preferencias sexuales, cuestiones financieras, salud o uso de imagen, todos desean conservar esa privacidad<sup>7</sup>. La intimidad es una necesidad humana y un derecho natural del hombre por lo que es independiente y anterior a su regulación positiva. La intimidad corresponde al ámbito psicológico e inconmensurable del individuo, comprende su personalidad, sus valores morales y religiosos, sus tendencias sexuales y amorosas, sus orientaciones ideológicas. Lo íntimo está más fuera del alcance del interés público que lo privado. Cada persona tiene el derecho de resguardar y preservar su privacidad y decidir qué parte de su ser prefiere compartir con otras personas y cual hace pública para conoci-

miento de todos los que se interesen por esa faceta de la personalidad. El entrometimiento, la injerencia y el avasallamiento compulsivo de la privacidad lesionan gravemente el derecho de la persona. Cada persona tiene el derecho de resguardar y preservar su privacidad y decidir qué parte de su ser prefiere compartir con otras personas y cual hace pública para conocimiento de todos los que se interesen por esa faceta de la personalidad. Por todo ello, puede afirmarse que “la intimidad es uno de los bienes principales de los que caracterizan a la persona”. Y derivado de esta afirmación se hace preciso tener en consideración, que el “desenvolvimiento de la personalidad psicofísica solo es posible si el ser humano puede conservar un conjunto de aspectos, circunstancias y situaciones que se preservan y se destinan por propia iniciativa a no ser comunicados al mundo exterior”. En este sentido, “va de suyo que perdida esa autodeterminación de mantener reservados tales asuntos, se degrada un aspecto central de la dignidad y se coloca al ser humano en un estado de dependencia y de indefensión”.

Al hilo de este razonamiento, debe traerse a colación que el término “íntimo” viene de “*intimus*”, superlativo latino que significa “lo más interior”. El Diccionario de la Real Academia define privacidad como el “ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”, y define intimidad como “zona espiritual íntima y reservada de una persona”. Siendo una ineludible necesidad básica del individuo, el derecho debe reconocerla, protegerla y satisfacerla.

De ahí surge el debate con relación a la protección de datos personales, y a la privacidad que son materias muy propicias a la discusión doctrinal, fundamentalmente por las diferentes posturas que han aparecido últimamente. En primer lugar, se tiene que considerarla doctrina denominada “Hardlaw”, encabezada por los países de la UE que propugnan una estricta intervención estatal. En segundo lugar, se encuentra la posición denominada “Softlaw”, cuyo principal protagonista son los Estados Unidos, que aboga por una conducta mucho más permisiva,

7 Cfr.: Política Digital. <http://www.politicadigital.com.mx/?P=leemota&Article=1705&c=9>

centrada en la autorregulación y la elaboración de códigos de conducta éticos<sup>8</sup>.

No obstante ello, no puede pasarse por alto, que la protección de la vida privada tiene un interesante desarrollo a nivel internacional. Así debe recordarse la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) en la que en su artículo 12 estableció 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. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”

Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) recogió en su artículo 17 el pronunciamiento relativo a 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 honra y reputación.*
2. *Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques.*

Finalmente debe traerse a colación el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) en el que se manifestó en su artículo 8º, lo siguiente:

1. *Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*
2. *No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, 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 las libertades de los demás.*

Como antes se indicó, la privacidad o la intimidad es lo exclusivo, lo propio, lo suyo, la vida humana es inseparable de lo privado o privativo de uno. Pero a veces ambos términos se confunden, y sin embargo responden a conceptos bien diferentes. Por ello, puede afirmarse que el concepto de Intimidad, se caracteriza por lo siguiente:

- a) Sólo sean las personas físicas quienes gozan de intimidad; las personas jurídicas y las instituciones, no.
- b) La intimidad requiere el consentimiento para participar de ella sin que se destruya. Requiere siempre del consentimiento libre del sujeto para hacer partícipe a otros. Por ello, puede afirmarse que el hecho de conocer y difundir la intimidad de una persona contra su voluntad comporta automáticamente su destrucción
- c) La intimidad implica el respeto a la libertad de las personas.
- d) La intimidad tiene un valor absoluto, incuestionable e inviolable.

Por el contrario, el concepto de privacidad responde a los siguientes parámetros:

- a) Como un derecho esencial del individuo. Se trata de un derecho inherente de la persona con independencia del sistema jurídico particular o contenido normativo bajo el cual está tutelado por el derecho positivo.
- b) Es un derecho extra patrimonial.
- c) Se trata de un derecho que no se puede comerciar o intercambiar como los derechos de **crédito**, habida cuenta que forma parte de la personalidad del individuo, razón por la cual es intransmisible e irrenunciable, y, finalmente;
- d) Es un derecho imprescriptible e inembargable.

Todo ello nos lleva a afirmar, que el derecho a la privacidad ha dejado de ser sólo un asunto doctrinal para convertirse en contenido de derecho positivo en virtud del desarrollo científico y tecnológico que ha experimentado el mundo moderno con el uso masivo

8 SANJUR, Yitzy. Derecho a la Intimidad Informática. 3 de agosto de 2012. <http://ymsanjur.blogspot.com.es/2012/08/derecho-la-intimidad-informatica.html>

de la informática, que permite el acceso casi ilimitado a información personal por parte de instituciones públicas y privadas. Las expresiones “intimidad”, “vida privada” o “privacidad”, parecen señalar una frontera entre aquello que debe permanecer reservado a la persona y aquello otro que queda sometido a la consideración pública. Como es de sobra conocido «el concepto de intimidad se ha definido utilizando una metáfora, en donde lo inmaterial se transforma en una figura geométrica: se habla de la esfera de la intimidad». El Tribunal Constitucional español en varias ocasiones se ha referido a la esfera de la intimidad o a la esfera privada de la persona (entre otras las SSTC 22/1984, 110/1984, 114/1984). Lo cierto es que la protección de la vida privada no se encuentra recogida de forma expresa en la Constitución española que se refiere a la intimidad en el párrafo 1º del artículo 18 y en el párrafo 4º del artículo 20 al citarlo como uno de los límites de las libertades informativas. Mientras que el párrafo 4º del artículo 18 dice: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Este precepto ha sido inicialmente desarrollado por la Ley Orgánica 5/1992, 29 de octubre de 1992, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), y posteriormente lo ha sido por la Ley Orgánica 15/1.999, de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal, sobre la base de la Directiva 95/46/CE, y pronto lo será en función de la aprobación por parte del Parlamento Europeo del correspondiente Reglamento Comunitario de Protección de Datos, donde se pretende establecer un semejante y homogéneo régimen jurídico para todos los países que conformen la Unión, donde se proteja la intimidad personal basada en el tratamiento informático de los datos personales, pero también la libre circulación de los mismos, dado su innegable valor económico, como fuente del desarrollo entre los Estados, evitándose con ello los problemas surgidos con la Directiva actualmente vigente, que ha sido traspuesta de manera desigual entre los países comunitarios, con lo que

a la postre se han configurado regímenes jurídicos dispares, pese a tratarse de la misma Directiva, y de idéntica materia jurídica.

Con independencia de ello, esta normativa ha venido en su conjunto a establecer en beneficio de las personas, una serie de cautelas respecto de las bases de datos públicas y privadas. Fundamentalmente se refiere a la privacidad. De ahí, que ya desde la propia exposición de motivos de la LORTAD, se utilizara de manera generalizada esta expresión de privacidad, al afirmarse:

*“El progresivo desarrollo de las técnicas de recolección y almacenamiento de datos y de acceso a los mismos ha expuesto a la privacidad, en efecto a una amenaza potencial antes desconocida. Nótese que se habla de la privacidad, y no de la intimidad; aquélla es más amplia que ésta, pues en tanto la intimidad protege la esfera en que se desarrollan las facetas más singularmente reservadas de la vida de la persona —el domicilio donde realiza su vida cotidiana, las comunicaciones en las que expresa sus sentimientos, por ejemplo— la privacidad constituye un conjunto, más amplio más global de facetas de su personalidad que, aisladamente consideradas, pueden carecer de significación intrínseca pero que, coherentemente enlazadas entre sí, arrojan como precipitado un retrato de la personalidad del individuo que éste tiene derecho a mantener reservado, Y si la intimidad en sentido estricto está suficientemente protegida por las previsiones de los tres primeros párrafos del artículo 18 de la Constitución y por las leyes que los desarrollan, la privacidad puede resultar menoscabada por la utilización de las tecnologías informáticas de tan reciente desarrollo”.*

Ello es así, porque, tal como señala Sánchez de Diego<sup>9</sup> hasta el presente, las fronteras de la privaci-

9 Cfr.: SANCHEZ DE DIEGO, Manuel. “Intimidad y Privacidad en la Red. Consideraciones jurídicas del derecho español”. E-gov. 2 de octubre de 2.012. <http://www.egov.ufsc.br/portal/contenido/intimidad-y-privacidad-en-la-red-consideraciones-jur%C3%ADdicas-del-derecho-espa%C3%B1ol>



dad estaban defendidas por el tiempo y el espacio. El primero procuraba, con su transcurso, que se evanescieran los recuerdos de las actividades ajenas, impidiendo, así, la configuración de una historia lineal e ininterrumpida de la persona; el segundo, con la distancia que imponía, hasta hace poco difícilmente superable, impedía que tuviésemos conocimiento de los hechos que, protagonizados por los demás, hubieran tenido lugar lejos de donde nos hallábamos. El tiempo y el espacio operaban, como una salvaguarda de la privacidad de la persona. Uno y otro límite han desaparecido hoy: el desarrollo tecnológico, especialmente la informática, y las modernas técnicas de comunicación permiten salvar sin dificultades el espacio, y la computación posibilita almacenar todos los datos que se obtienen a través de las comunicaciones, así como acceder a los mismos en apenas segundos, por distante que fuera el lugar donde transcurrieron los hechos o remotos que fueran éstos». Es interesante señalar que el ámbito de protección de este derecho se extiende más allá de la propia intimidad, alcanzando a datos que se generan y se captan en ámbitos puramente privados, incluso públicos pero cuyo tratamiento automatizado puede determinar y evidenciar amplias zonas que se corresponden con aspectos íntimos del individuo. Es decir, cuando nos referimos al derecho a la intimidad informática, la protección de los datos no se realiza por la naturaleza más o menos íntima de los datos, sino por el hecho que esos datos van a ser procesados de forma automática y a través de ese procesamiento se pueden llegar a asociar con una persona concreta y determinada, donde se deja al descubierto esa esfera íntima y recóndita del ser humano. Lo cierto es que la protección constitucional del artículo 18.4º de los mencionados derechos frente a la informática debería de extenderse más allá, hasta mencionar, hoy en día, y de manera expresa a las telecomunicaciones. Aunque la fusión entre informática y telecomunicaciones es tal que lo correcto sería referirse a la telemática como medio agresor de los derechos fundamentales.

Todo ello nos conduce a una realidad distinta. En la situación actual este derecho ha ido variando considerablemente. Y ello ha sido motivado sobre la base consistente en que el desarrollo tecnológico ha redimensionado las relaciones del hombre con sus semejantes, así como su marco de convivencia. Hoy, no se puede negar que la informática se ha convertido en el símbolo emblemático de la cultura contemporánea. Por ello, el reconocimiento del derecho a la intimidad —en sus diversas manifestaciones— luego de lograr su consolidación como un derecho fundamental, ha ido alcanzando nuevos matices. Ahora, con el tratamiento, la recolección, el almacenamiento de informaciones que antes sólo podía formar parte de la vida íntima de cada ser humano —o bien, era conocido por un mínimo sector—, ha ido variando paulatinamente su entorno y estructura. Esto es, los datos personales de toda persona se han convertido en una práctica habitual de control y almacenamiento por parte de los sectores tanto públicos como privados. Es por ello que el derecho a la intimidad ha tenido que irse redireccionando a su ámbito de protección, donde además de la facultad del individuo de rechazar invasiones a su ámbito privado, ahora supone el reconocimiento de un derecho de control y acceso de sus informaciones, es decir, de toda aquella información relativa a su persona. Por tal motivo, el uso y control sobre los datos concernientes a cada persona, debe serle reconocido ya no sólo como una mera gracia a modo de prerrogativa, sino que además constituye un derecho fundamentalmente protegido y garantizado por mecanismos y acciones jurídicas de protección idóneos<sup>10</sup>.

Sin lugar a dudas, puede afirmarse que los datos personales son el petróleo del siglo XXI, tal como señaló Stefan Gross-Selbeck en una red social para profesionales. Y en este mismo sentido, Andrew

10 Cfr.: GARCIA GONZALEZ, Aristeo. "La protección de los datos personales: derecho fundamental del Siglo XXI. Un estudio comparado". Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Número 12º. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/120/art/art3.htm>

Keen, experto en temas de Internet del Silicon Valley (Estados Unidos), ha indicado que “esos datos que suministramos son explotados en todos lados y eso es lo que genera innovación y valor”. Y de ello debe deducirse que aunque la mayoría de servicios de redes sociales y mensajería advierten que “la información y contenidos publicados por el usuario son de su entera responsabilidad y propiedad”, todos, de alguna manera u otra, dejan en claro que tal información “puede ser usada para la sindicación, difusión, distribución o publicación de dicho contenido en otros medios y servicios”. Del mismo modo, la información obtenida sirve a los efectos de la realización de actividades publicitarias. Claramente, todos estos servicios hacen seguimiento y rastreo de la actividad de sus usuarios (cosa que especifica en los términos de servicio) con el objetivo de presentarle información comercial relacionada en sus resultados de búsqueda, perfiles sociales, correos electrónicos, sitios de videos y fotos, entre otros, con lo que todavía se desprotege de una manera mucho más profunda a la intimidad del individuo.

En España, según afirma Jorge Flores<sup>11</sup> al igual que en Europa y muchas otras partes del mundo, desde hace varios años y con intensidad creciente, se está trabajando para la información, la sensibilización y la formación en el uso sin riesgos de Internet y también, aunque con menor énfasis, de la telefonía móvil y los videojuegos. Es claro que, en la medida en que la Red ha cobrado mayor protagonismo, por importancia e incidencia, como entorno de socialización y convivencia se hace más evidente que niños, niñas y adolescentes van a ser más autónomos y sujetos a sus propios criterios que a los consejos paternales y paternalistas de los que nos hemos venido sirviendo. Esos consejos han cumplido su misión y la siguen cumpliendo en las edades más tempranas pero van quedando insuficientes. Por ello, además de personas informadas sobre las situaciones de riesgo y

las medidas preventivas a adoptar, debemos aspirar a formar plenos ciudadanos digitales que, entre otras muchas cuestiones, sean capaces de disfrutar de sus derechos en connivencia con los derechos ajenos. Dicho autor destaca que detrás de este planteamiento subyacen dos imperativos:

a) Focalizar la acción en las personas y sus actitudes y no tanto en las tecnologías que utilizan. Priorizar actitudes y valores frente a conceptos y procedimientos. Las personas prevalecen y las tecnologías cambian.

b) Considerar la seguridad en la red como una condición necesaria pero no suficiente. El objetivo sobre el desarrollo integral de las personas online debe ir más allá de eludir ser víctimas de determinados peligros para procurar el desarrollo de competencias ciudadanas sobre la base de valores sólidos y habilidades para la vida.

La necesidad de esta labor de protección de la infancia y la adolescencia se hace evidente no sólo por los datos que arrojan los estudios referidos a estos riesgos o por el día a día que se vive en hogares y aulas sino también y, en especial, por el llamamiento que desde varias instancias se está produciendo. El uso de Internet favorece la comunicación, la diversidad cultural y el abordaje a un nuevo universo de conocimiento. El acceso a este nuevo escenario es una experiencia distinta y requiere que la familia, la escuela y el Estado estén preparados para guiar a las generaciones más jóvenes hacia un uso responsable, respetuoso y ético de Internet y las nuevas tecnologías en general.

La familia, los educadores y los adultos en su conjunto son los responsables de acordar con los niños, niñas y adolescentes los términos de su uso. Los especialistas aconsejan realizar un acuerdo o “contrato” sobre cuestiones básicas como tiempos, contenidos a los que se permite acceder y condiciones para la comunicación con nuevos usuarios con los que se contactan.

Es por ello que es vital revisar de nuevo el modelo educativo en lo concerniente a la formación ciudadana, ya que los esfuerzos por implementar y desarrollar

11 Cfr.: FLORES FERNANDEZ, Jorge. Fundador y Director de “Pantallas Amigas”. <http://www.pantallasamigas.net/jorge-flores-fernandez-director-pantallas-amigas.shtm>

una serie de competencias, que al ser integradas a los currículos proporcionen al estudiante la adquisición de conocimientos y habilidades cognitivas, emocionales y comunicativas que permiten a los miembros de una comunidad participar en la construcción de una sociedad democrática, pacífica e incluyente, ahora giran en torno a las nuevas dinámicas sociales producto de la integración de la superautopista de la información a nuestro quehacer diario. En este sentido, Alvaro Rodríguez ha señalado que debemos tener en cuenta, que **en una sociedad como la actual, es difícil definir el concepto de ciudadanía**, ya que factores como la interculturalidad, los intereses comunes y las TIC, a través del uso extensivo y cada vez más integrado de las mismas, conforman un tipo de ciudadano universal o en términos postmodernos: Un **ciberciudadano**. El ciberespacio se ha transformado de una parcela ajena a la realidad sociopolítica, al protagonista y herramienta fundamental en estos nuevos procesos ciudadanos. Partiendo de lo anterior, se concluye que la educación de estos ciberciudadanos debe contar con herramientas que las tecnologías de la información y la comunicación proporcionan, logrando así **la integración de un sistema de información interconectado con unas culturas juveniles diversas**, que buscan reivindicar el significado de la participación virtual que los empodera como individuos capaces de tomar decisiones constructivas, autónomas y que mejoran su calidad de vida.

García Mexía, en un muy reciente artículo propugnaba un ejercicio responsable en el uso de internet, al que denominaba Digital Due Diligence<sup>12</sup>, o DDD, y afirmaba que su adopción tenía una urgencia ineludible. En este sentido, hacía alusión a recomendaciones del Congreso de los Diputados y del Senado, pero también de la Unión Europea, a través de la *“Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños”*, de 2 de mayo de 2012, y del Consejo

12 GARCÍA MEXIA, Pablo. “Digital Due Diligence (DDD): Hacia un uso responsable de Internet”. Blogs ABC. 28 de abril de 2.015. <http://abcblogs.abc.es/ley-red/public/post/digital-due-diligence-ddd-hacia-un-uso-responsable-de-internet-15916.asp/>

de Europa, con su *Guía de derechos humanos para usuarios de Internet* de 16 de abril de 2014. Su versión española, recientemente publicada por la iniciativa Derechoseninternet.org (AUI, ISOC, AI, ATT) recuerda en su punto 1, dentro del apartado de Protección de la vida privada y de los datos personales:

*“Deberías tener en cuenta que, al utilizar Internet, tus datos personales son objeto de un tratamiento constante. Esto ocurre cuando utilizas servicios tales como navegadores, correo electrónico, mensajes instantáneos, protocolos de transmisión de voz por Internet, redes sociales, motores de búsqueda y servicios de almacenamiento de datos en la nube”.*

Jorge Flores<sup>13</sup> cree que es necesario en este sentido, llevar a cabo diferentes acciones, entre las que se pueden concretar las siguientes:

a). Estimular los usos socialmente positivos de la Red porque ayudan a percibir el medio como una herramienta de poder, de participación, de encuentro, de intervención enriquecedora en la sociedad. Crear dinámicas que canalicen el sentimiento de pertenencia al grupo y la colaboración en torno a estos usos puede ser un extraordinario avance.

b). Situar a los propios menores como eje y elemento activo de las dinámicas educativas. Deben ser y sentirse motores del proceso de construcción de la nueva ciudadanía, de su propio contexto online.

c). Aumentar entre los adultos el conocimiento de los usos actuales de la Red por parte de los jóvenes así como de las aplicaciones más populares. Para proteger de peligros graves a un menor en la Red no es imprescindible saber de tecnología. Sin embargo, para educar un ciberciudadano se han de conocer los usos sociales y la propia realidad digital.

Por todo ello, según se hace eco el Diario ABC<sup>14</sup>, se hace preciso una buena formación en medios digitales, para conocer los riesgos y ventajas de estas herramientas sin duda imprescindibles para los tiem-

13 Cfr.: FLORES FERNANDEZ, Jorge, pagina web citada.

14 Cfr.: DIARIO ABC. <http://www.abc.es/20090921/medios-redes-digitales/formacion.html>

pos venideros. Por otro lado, los avanzados sistemas de seguridad que se requieren son costosos y hasta ahora son coto privado para las grandes compañías que pueden costearlos. Esto es, no basta con limitar el acceso a internet sin más, sino que hay que dar los porqués para que cada uno comprenda su papel en la cadena de la responsabilidad.

En un mundo globalizado en el cual la tecnología avanza a un ritmo acelerado es pertinente que exista la oportunidad de un discurso ético sobre los derechos humanos en una era en la que la tecnología aparece como condición esencial de posibilidad y como característica definidora de nuestra sociedad. Por ello, es fundamental introducir la ética en el contexto de la tecnología, con la finalidad de que exista el respeto a la sociedad. En este sentido, se considera que es fundamental pensar que debe existir el respeto a la condición humana en la sociedad tecnológica. Además, debe existir una consideración filosófica de los valores de razón, dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y paz, que expresan dicha condición, debe realizarse a través de un discurso que considere los derechos humanos como exigencias morales de realización tanto en el nivel personal como en el comunitario, como palancas adecuadas, en las que se manifiestan, profundizan, y desarrollan los derechos humanos. Por tanto, debemos observar que, al lado de dinámicas positivas, también surgen mecanismos de dominación, y ataques a los derechos humanos en este tipo de tecnologías, que tienen que ver con la limitación del acceso a las condiciones

técnicas, económicas o culturales que permitirían el desarrollo de formas más avanzadas de participación pública, intercambio, libre expresión de las ideas y creencias, y en definitiva de respeto a la vida íntima de las personas.

Estas reflexiones nos llevan a afirmar que la proyección del hombre dentro de la esfera de lo social, se garantiza en la medida en que se tenga la posibilidad de conservar su privacidad, entendida como aquel fuero interno, que sólo puede interesar al ser humano como individuo, o dentro de un contexto reducido de personas, que se encuentran exclusiva y excluyentemente determinadas por el consentimiento de quien es depositario de su existencia, sobre la base de sus legítimas creencias.

Consecuentemente con todas ellas, constituye una misión de los padres, los educadores, los medios de comunicación, y el conjunto de la sociedad la tarea de la formación en valores ante esta nueva realidad tecnológica con la que toca convivir y hacer nuestra. Se hace necesario un alto grado de compromiso en la protección de la infancia y de la juventud, ya que es precisamente esta formación en valores de nuestros hijos, la que exige que se enfoque esta actividad de manera positiva y constructiva, pero al mismo tiempo se hace preciso reconocer la necesidad de la defensa sin tregua de la privacidad y de la intimidad, derecho que no puede ser destruido o aniquilado por dicho desarrollo tecnológico, pues en el momento en el cual ello sucede, la persona pierde identidad y su personalidad, que se refleja en su yo interior.

## IX. EL DERECHO AL OLVIDO

IGNACIO MALDONADO RAMOS  
NOTARIO

Dentro de los derechos relacionados con la intimidad y la privacidad personal se encuentran determinadas particularidades que pueden carecer del dramatismo de otras, y sin embargo forman parte de la verdadera esencia de aquellos. Este es el caso, precisamente, del llamado Derecho al Olvido, tan en boga en los últimos tiempos en base a las declaraciones de los más altos tribunales europeo y español.

En principio, la Memoria y el Olvido son dos facultades anímicas o intelectuales interrelacionadas, ambas fenómenos de la capacidad de recordar, en su doble aspecto, positivo y negativo. La Mitología griega las ejemplarizaba, respectivamente, en Mnemosine, la madre de las Musas, y Leteo, el río cuyas aguas borran los recuerdos de las almas de los muertos.

Recientemente, ambas han sido objeto de una especial atención por parte del mundo del Derecho, seguido de una profusa agitación mediática, que en buena medida desnaturaliza su verdadero concepto. Así tenemos, de una lado la llamada “Memoria Histórica”, de la cual sobran los comentarios, y, de

otro, el supuesto “Derecho al Olvido”, que es el objeto de éste trabajo.

Con este término, empleado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 13 de mayo de 2.014, se ha alumbrado una suerte de novísimo fenómeno jurídico que conviene circunscribir a sus verdaderos términos.

La indicada resolución estudia el tema de la protección de los derechos humanos relacionados con la intimidad, contemplados en la Directiva 95/46, dictaminando que la regulación del tratamiento de los datos personales individuales debe confiarse a la legislación de cada estado, sea cual sea el lugar donde se encuentre el responsable de dicho tratamiento, aunque sea en otro distinto. Aplicando esta premisa a los datos que se almacenan en las aplicaciones de todo tipo que circulan por Internet, se reconoce el derecho de todos los particulares a oponerse a la difusión de sus propios datos en dicho medio. No obstante, como ocurre en general en el ámbito de los Derechos Humanos, esta protección no opera en

términos absolutos. El Tribunal la pone en relación con lo que denomina el “legítimo interés” de los internautas a obtener información en la red, considerando que procede un necesario equilibrio entre ambos conceptos. Por otra parte, considera que las normas que tienden a proteger la intimidad en los datos personales en éste ámbito se dirigen concretamente hacia los gestores de los llamados motores de búsqueda y a los proveedores de contenido, en especial en lo referente al almacenamiento temporal de datos que los mismos guardan y que se encuentran en la red a disposición de los usuarios de la misma, todo lo cual forma parte del concepto de tratamiento de datos personales.

Esta protección se traduce en la práctica en el reconocimiento del derecho de los afectados a solicitar la interrupción de la difusión de dichos datos personales, efectuada por los distintos operadores activos en Internet, siempre que afecten a la protección de su intimidad personal.

De lo antes dicho, resulta claro que con la expresión “Derecho al Olvido” no se está haciendo referencia en realidad la facultad de la mente humana para eliminar el recuerdo de ciertos actos vividos o experimentados por un individuo determinado, sino a un derecho subjetivo tendente a que dicho recuerdo deje de ser asequible para terceras personas. En definitiva, se trata de resolver la cuestión de la preferencia entre el derecho a «que se olviden de uno» y el de “conocer el pasado de los demás», lo cual se encuentra directamente imbricado en el ámbito del derecho a la intimidad.

Al efecto, conviene recordar que el derecho a la privacidad o a la intimidad es de formulación relativamente moderna. Desconocido para la Antigüedad Grecolatina, se comienza a proteger a raíz de la Revolución Francesa, alcanza su máxima expresión en la práctica judicial estadounidense de finales del siglo XIX y principio del XX, y hoy se le reconoce en todas las Constituciones y Declaraciones de Derechos. En España, concretamente, aparece en el artículo 18 de nuestra Constitución, dentro del derecho al honor, la intimidad personal y familiar

y la propia imagen, norma complementada, entre otras disposiciones, con la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Ésta se propone proteger y garantizar los derechos fundamentales afectados por el tratamiento de los datos personales, «especialmente los del honor y la intimidad personal y familiar», articulando el reconocimiento de la facultad del interesado a acceder a dichos datos y a obtener su rectificación y cancelación. En definitiva, lo que la sentencia del TJUE ha hecho ha sido extender al mundo *digital* estas disposiciones.

Una vez difundida ésta resolución, el propio operador al que se había demandado anunció su sometimiento al contenido de la misma, implementando aplicaciones al respecto. Igualmente, han aparecido despachos y gestores profesionales que ofrecen sus servicios para encauzar la obtención de la ansiada desaparición de los datos en la red.

Pero la cuestión sin duda más peliaguda en relación con éste supuesto *Derecho al Olvido*, que tantos ríos de tinta ha hecho correr en los últimos meses, es la referente a los límites del mismo, especialmente en relación con su posible colisión con el denominado derecho a la información. En principio, la Sentencia del TJUE concede preferencia a la intimidad, dictaminando incluso que las empresas que gestionan los motores de búsqueda en Internet no pueden ampararse en las excepciones que las propias directivas comunitarias conceden a la información periodística, sino que deben atender en cualquier caso la solicitud del interesado, y eliminar sus datos de la difusión pública en la *web*. Ahora bien, esta contundente declaración admite ciertas excepciones, cómo las que la propia directiva 95/46 admite para los casos en que el tratamiento de los datos tenga fines exclusivamente periodísticos o de expresión artística o literaria. Por otra parte, la misma sentencia contempla la necesidad de ponderar el equilibrio entre la privacidad y lo que llama el “derecho legítimo” de los internautas al conocimiento de los datos ajenos. Es aquí donde se podría producir una desvirtuación práctica del derecho a la intimidad, a jugar por ciertos precedentes.

En efecto, el Tribunal Supremo español ha dictaminado en varias ocasiones la posible colisión entre el derecho a la intimidad personal y familiar y otros derechos fundamentales, entendiendo precisamente que dichos conflictos deben resolverse mediante la *ponderación* entre los respectivos supuestos afectados. Para ello debe verificarse una apreciación de la diferente intensidad y trascendencia que ostente cada uno de los derechos en cuestión. En el caso de la libertad de expresión e información (donde se incardinarían, a mi juicio, esos *finés de carácter periodístico, artístico o literario* a que se refiere la legislación comunitaria), considera que la ponderación debe respetar el carácter prevalente de éstos frente a la privacidad individual. Se basa en que aquellos resultan fundamentales como garantía para la formación de una opinión pública libre, lo cual es indispensable para el pluralismo político que exige la democracia. Añade que estos derechos de libertad de expresión e información alcanzan su máximo nivel cuando son ejercidos por profesionales a través de la prensa, a la que califica como vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública. Lógicamente, esta preferencia no es siempre absoluta, pues para que se produzca ha de estar fundamentada en ciertos elementos, cómo son el del interés público, la veracidad, la ausencia de matices injuriosos o insultantes, la proporcionalidad entre el interés público y el privado, la propia conducta del sujeto y las circunstancias físicas de cada caso.

De ésta doctrina parece que se puede esperar que el derecho a la información va a ser casi siempre prevalente al de la intimidad, y de hecho así lo han podido constatar en carne propia ciertas personalidades dotadas de repercusión mediática.

A lo hora de trasladar esta práctica al tema del llamado Derecho al Olvido, nuestro Tribunal Supremo ha enjuiciado, por primera vez, una aplicación de ésta cuestión en su Sentencia de 15 de octubre de 2.015.

Tiene su origen en una demanda planteada por unos ciudadanos contra la empresa editora de un importante diario español, en relación con la inclusión

de ciertos datos personales suyos en la hemeroteca del periódico en cuestión, a la cual se puede acceder a través de la edición digital del mismo. Se trataba de una noticia publicada en el formato *tradicional* (de papel) del mismo medio hacía más de veinte años referente a determinados delitos cometidos por los demandantes. Considerando que con ello se vulneraba su derecho a la intimidad y al honor, éstos pidieron no sólo el cese de la publicación de la noticia en la red, y la correspondiente indemnización, sino también la eliminación de los medios que permitían la “indexación” de la misma en el índice de dicha hemeroteca y en los de los proveedores de servicios y motores de búsqueda activos en Internet. Es decir, evitar que, si alguien incluía los nombres y apellidos de los demandantes en “google” u otro buscador en la red, apareciera en pantalla la noticia en cuestión.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, pero sólo prohibió la indexación en cuestión respecto de los medios ajenos a la propia hemeroteca digital. La Audiencia Provincial la extendió a la propia página web del periódico, de tal modo que, al consultar la hemeroteca con los nombres de los afectados, ni siquiera ésta podría mostrar cómo resultado de búsqueda la noticia en cuestión.

Pues bien, el Tribunal Supremo ha limitado ésta última medida. La Sentencia en cuestión es desde luego muy útil, y de asequible y amena lectura, por la cantidad de datos técnicos que aporta y la profusa jurisprudencia y legislación al respecto que cita. Al entrar en el fondo del asunto, el Tribunal señala que en la controversia late, una vez más, la contraposición entre el derecho a la intimidad y el interés público amparado en la libertad de información. Y para dirimir la cuestión vuelve a acudir al criterio de la *ponderación*, con el que, cómo ya se ha dicho, ha resuelto casos en los que se barajaban los mismos elementos. En éste supuesto, ha considerado que la lejanía en el tiempo de los hechos en cuestión hace disminuir el interés general en su difusión, y por tanto su relevancia. Considera así que la publicación de la noticia en la hemeroteca digital carece del requisito de la adecuación, y confirma la condena,

y por tanto la obligación de cesar en su difusión, adoptando las medidas técnicas adecuadas que impidan la indexación de la noticia en las páginas web y motores de búsqueda obrantes en Internet.

Sin embargo, con lo que no concuerda es con la extensión de la medida a la propia página de la entidad demandada. Así, si la Audiencia obligaba a la eliminación de los datos personales de los actores del “código fuente” de la propia página web que contenía la noticia, y a la adopción de las medidas técnicas que impidiesen la indexación de dichos datos dentro de la página de la empresa editora, para el Tribunal Supremo tales medidas vendrían a suponer una “censura retrospectiva” de una información en su día correcta, y un sacrificio excesivo y desproporcionado del derecho a la información. Gráficamente, señala que eso supondría amparar un derecho a “reescribir” las noticias y a construirse la propia historia, lo cual a su juicio no

está amparado por el llamado Derecho al Olvido. Por el contrario, entiende que ha de mantenerse la integridad de las hemerotecas, sean digitales o de papel, en aras del interés de la que denomina “audiencia más activa”, por contraposición a la que califica de “audiencia general”. Si es lícito vetar la facultad de acceder a los datos guardados a través de los motores de búsqueda “generales”, esto no implica que también haya de negarse la posibilidad de acceder a los mismos a través de los índices contenidos en la propia página.

¿Tal vez se ha así alumbrado un posible *Derecho a la Historia* contrapuesto al no menos novísimo *Derecho al Olvido*? Habrá que estar a las posibles sentencias futuras que se produzcan en relación con ésta misma cuestión. De momento, parece que en nuestro país el derecho a la intimidad y la privacidad sigue sin obtener protección absoluta, ni siquiera en el ámbito de Internet.



# X. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

JOSÉ M<sup>a</sup> GARCÍA MONTERO  
ABOGADO

## SOMERA APROXIMACIÓN AL CONCEPTO

Como viene siendo pauta habitual al iniciar estos breves opúsculos, antes de adentrarnos en mayores honduras sobre el reconocimiento y ejercicio del especial derecho que hoy nos ocupa, entiendo imprescindible realizar unas sencillas consideraciones sobre el fundamento esencial del mismo: la conciencia.

En efecto, si la objeción de conciencia, descrita en modo muy llano, pudiera ser definida como “*el derecho a no someterse al Derecho*” en muy determinadas y puntuales circunstancias, para que la apreciación de esta singular excepción pueda darse resulta obligado atender, necesariamente, a un elemento intrínseco del individuo que, por íntimo, etéreo y hasta espiritual, hace gala de serias dificultades probatorias.

Y siendo esto ya un problema en si mismo, la cuestión gana en complejidad atendido el hecho de que, curiosa y afortunadamente, no existe una “conciencia” unánime y general del ser humano,

de modo y manera que todo el mundo suele tener la suya particular y, por descontado, como humanos que somos y era de esperar atendida esta especial condición, la propia de cada uno suele ser considerada como la única y verdaderamente válida o, al menos, como la que más se acerca al desiderátum de conciencia recta: *errare humanum est*.

Así las cosas y aunque parezca una perogrullada, si alguna cosa podemos sacar en claro de la lectura del presente artículo —aunque sólo sea esta—, es la idea de que todo el mundo tiene “conciencia”, cada cual la suya, singular y específica, y que, para la mayoría de las gentes, ésta nos debería conducir a realizar cosas buenas. Es más, como indicio evidente de que esa convicción interior existe y que, al menos para los cristianos, tendría que inclinarnos hacia el bien, nada mejor que recordar aquello de que “*Cuando remuerde la conciencia, por haber dejado de realizar una cosa buena, es señal de que el Señor quería que no la omitiéramos. Efectivamente. Además, ten*

por cierto que “podías” haberla hecho, con la gracia de Dios”<sup>1</sup>.

En resumen, la “conciencia individual” de cada uno podría ser descrita como aquel conjunto de valores, principios, creencias, fundamentos éticos o morales que, por cardinales, irrenunciables y esenciales, conforman el proyecto vital del individuo y rigen su forma de dirigirse y comportarse en sociedad. Por descontado, elevando el punto de vista de ese individuo a la sociedad en su conjunto a la que pertenece y en la que se integra, aunque realmente no pueda hablarse de “conciencia colectiva”, también la forma de regular la convivencia, especialmente a través del Derecho, está impregnada u orientada por ese conjunto de valores más o menos comunes a un conjunto de individuos.

De este modo, podemos afirmar que *“Todo ordenamiento positivo, se quiera o no, está basado en unos principios éticos, en una determinada visión antropológica y, en última instancia, en concepciones morales y sobre el hombre. Esta afirmación es cobonestable con el mantenimiento del correspondiente ámbito de autonomía y distinción entre derecho y moral.”*

*También toda persona —explícita o implícitamente— asume un esquema de valores, un proyecto vital articulado alrededor de ciertos principios. Incluso la ausencia de todo principio firme e inamovible representa un enfoque vital y axiológico. Ni a nivel legal, ni a nivel personal, existen posiciones moralmente “neutrales”. La aparente equidistancia entre posturas contrapuestas en una tercera postura más, tan legítima como las anteriores, pero no neutral”<sup>2</sup>.*

Resulta obvio que ese ordenamiento positivo, ese Derecho codificado, no atenderá a los mismos principios éticos en un país occidental que en uno

oriental; en uno meridional que en otro septentrional; en aquellos que tengan raigambre o tradición religiosa —de la confesión que fuere— frente a los que carezcan de esta tradición.

Así las cosas, si bien lo habitual era que el riego de contradicción entre conciencia propia del individuo y ordenamiento jurídico de la sociedad en la que vive no fuese excesivamente elevado (*por razones obvias, puesto que estaban íntimamente relacionadas*), el progresivo proceso de globalización actual que, entre otras cosas, facilita el intercambio de personas que pasan a integrarse en entornos sociales que les son completamente ajenos *-con su ordenamiento jurídico específico-*, ha venido propiciando que, cada vez más, puedan darse situaciones de roce o, en el peor de los casos, de frontal colisión.

Por poner unos sencillos ejemplos, refiriéndonos a “conflictos de conciencia” que, desde el punto de vista local, pueden parecernos poco menos que absurdos o no merecedores de protección alguna —recordemos aquello de que la conciencia de uno es siempre la buena, la mejor—, base citar *“el rechazo de un casco protector para motoristas porque impide el mantenimiento permanente del turbante en la cabeza (sikhs); la negativa a descubrir totalmente la cabeza por indicación de un superior militar, por cuanto supondría despojarse del gorro (yamurlke) obligatorio para los varones judíos ortodoxos; la oposición a saludar a la bandera por considerarlo un acto idolátrico; la colocación de una fotografía personal en el documento de identidad o la utilización del signo triangular que imponen las normas de circulación”<sup>3</sup>.*

Como vemos, nos movemos en un campo difuso en el que, si bien en los ejemplos indicados puede referirse a cuestiones más o menos anecdóticas, existen otros tantos en los que el bien afectado es de mayor transcendencia, dado que puede estar implicada la propia vida, o la integridad física o moral.

Y es en ese preciso instante, cuando surge el conflicto, el momento en el que hay que decidir

1 San Josemaría. Surco. Punto 105

2 Antonio del Moral García. “*La Objeción de Conciencia de los Miembros del Ministerio Fiscal*”, publicada por el Consejo General del Poder Judicial recogiendo las ponencias del curso “Objeción de conciencia y función pública”.

3 Ibidem

si debe primar el ordenamiento jurídico a todo trance o, en su caso, articular una excepción a la aplicación de una norma, tarea harto complicada cuando se trata de determinar si realmente existe un problema de conciencia que impide la asunción de un imperativo legal o, por el contrario, estamos ante una simple situación de conveniencia, comodidad o simple utilidad.

## **EL RECONOCIMIENTO NORMATIVO DEL DERECHO A LA OBJECCIÓN. SU SITUACIÓN EN ESPAÑA**

Sin pretender realizar ahora un profundo estudio jurídico sobre el contenido y regulación de la objeción de conciencia en nuestro país, sí considero conveniente dar unas breves pinceladas sobre la cuestión, evitando en la medida de lo posible aburrir al profano en Derecho al que, la sola referencia a un texto normativo, quizá puedan causarle una cierta prevención.

Ciertamente y para mayor tranquilidad del lector, debo decir que el estudio de la cuestión nunca hubiese podido ser muy profundo ni aun queriéndolo, dado que, de forma expresa, concreta y concisa, el derecho a la objeción de conciencia **sólo está reconocido en España para un supuesto específico** que, como luego se verá, ni siquiera resulta ya de aplicación, pero no es momento de acordarse aquí del legislador, ni valorar su acierto y oportunidad normativa; *“Lejos de nosotros la peligrosa novedad de discurrir”*<sup>4</sup>.

Mejor que esto y por ser constructivos, resulta más conveniente parafrasear a nuestro Tribunal Constitucional cuando, en sentencia de 11 de abril de 1.985, decía aquello de que *“la objeción de conciencia existe y puede ser ejercida con independencia de que se haya dictado o no tal regulación. La*

*objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el art. 16.1 de la Constitución”* y, en consecuencia, no resulta en modo alguno imprescindible que exista un texto legal específico que nos indique que en *“tal o cual”* supuesto existe reconocido el ejercicio de ese derecho.

Y siendo esto así, ¿qué implica lo anterior? Pues parece pacífico que, ante la falta de criterio normativo y regulación legal específica, recaerá en los Jueces la responsabilidad de determinar, caso por caso, si estamos realmente ante un claro supuesto de objeción de conciencia o, como también ocurre en no pocas ocasiones y más en la patria de la novela picaresca, en un menos tolerable supuesto de “objeción de deberes y obligaciones” so pretexto de conflictos ético-morales inexistentes.

Una vez más, deberán ser los interpretes de la Ley, Sus Señorías, quienes, supliendo la omisión, el descuido o la simple apatía del legislador sobre esta materia, se pronuncien de manera particular y específica en relación con cada uno de los casos que se sometan a su jurisdicción que, como es natural, conociendo la naturaleza humana, pueden ser lo más variopinto y diversos, como luego veremos también al citar algunos ejemplos.

Y tras este breve preámbulo, retomando el tema que nos ocupa, sepa el lector ajeno al Derecho que el único, el singular, el exclusivo y, por descontando, utilísimo supuesto de objeción de conciencia específicamente regulado en nuestro ordenamiento patrio, previsto expresamente en el artículo 30.2 de la Constitución Española es ¡la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio! que, evidentemente, desde que dicho servicio perdió la consideración de compulsivo, hace perfectamente inútil esta señalada previsión legal. *Cosas veredes.*

Fuera de este caso, a pesar del inexistente reconocimiento normativo o de cualquier otra previsión legal concreta, el ejercicio de este derecho ha de entenderse plenamente reconocido no sólo por aquello indicado por el Tribunal Constitucional sino, evidentemente, por el reconocimiento general del

4 Memorial de agradecimiento, loa y puesta a disposición dirigido por unos anónimos “individuos de esta universidad de Cervera” (sic) al rey Fernando VII (paradigma de rey malvado y de persona infame con enorme poder), fechado a 11 de abril de 1827 y publicado en la Gaceta de Madrid de 3 de mayo de 1827.

mismo que se hace en el artículo 9 de la Convención Europea de derechos humanos, que no es más que desarrollo de lo previsto por en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>5</sup>, pero exigido de manera singular ante un Juzgado.

Y establecido ya que el derecho a la objeción de conciencia existe y es defendible; que cada cual puede tener la suya y que, evidentemente, pueden darse concretos supuestos en los que esta conciencia entre en franca contradicción con una previsión legal. ¿Cuál es la forma de articular o dirimir estos conflictos?

## LA COLISIÓN O EL CONFLICTO

Es una obviedad que, tratándose de un tema de conciencia, que conforma una de las partes más íntimas y personales del individuo, debe partirse de una premisa básica: no pueden darse reglas o supuestos generales de objeción, ni apriorismos de plural aplicación, dado que permitir eso supondría, de facto, la abolición del Derecho, permitiendo que cualquier persona o colectivo, bajo el pretexto de un impedimento moral o de conciencia pudiese evitar la aplicación de una norma legal que, por esencia, fue prevista para su vigencia general.

Es decir, no resulta admisible que, para sustraerse a la aplicación de la Ley, pueda aducirse la existencia de un problema de conciencia que, de forma automática, permita esta desigualdad en la aplicación de la norma lo que, además, posiblemente explique —he aquí un capote al tan denostado legislador— la falta de previsiones legales específicas, ante la dificultad notoria que entrañaría establecer esta excepción general a la norma.

Tampoco puede banalizarse el problema, presentándolo como un simple enfrentamiento entre la conciencia individual de un sujeto, contra el interés general defendido por el ordenamiento jurídico positivo, o acudir a criterios aritmético-matemáticos, determinando si realmente compensa, en determinadas circunstancias, hacer primar la conciencia

personal de un individuo frente al conjunto de la sociedad y las leyes que ésta se ha dado, o viceversa.

Y para ello, como venimos apuntando a lo largo de los párrafos precedentes, esa valoración, estudio o ponderación sobre aquello que ha de prevalecer —la ley o la conciencia—, o bien se realiza atendiendo a las previsiones del legislador sobre la materia, inexistentes en el caso español, o bien se realiza por los únicos y legítimos intérpretes de la Ley —Jueces— que, caso por caso, habrán de decidir si determinada conducta objetora puede tener acogida, permitiéndose una excepción al cumplimiento y acatamiento de una Ley que resulta plenamente aplicable para el resto de la ciudadanía.

Seguiremos entonces lo que ha venido en llamarse como “técnica de la ponderación”, que tiene evidente inspiración en el Derecho norteamericano (*balancing*), y de cuya aplicación resulta un claro exponente la Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002 donde, partiendo de la identificación de los derechos enfrentados, realiza una serie de consideraciones y valoraciones a fin de alcanzar un complicado “equilibrio”, dando preferencia al respeto al derecho a libertad religiosa de unos padres, frente al derecho a la vida de un menor (conocido caso de la negativa a la práctica de una transfusión sanguínea por unos Testigos de Jehová).

## LA TÉCNICA DE LA PONDERACIÓN. EL TRIPLE CRITERIO

En efecto, valorar, discernir, buscar el equilibrio, ponderar... esa es la idea que ha de quedar palmariamente clara puesto que, como venimos indicando de manera reiterada, ni el Estado puede permitirse que cualquier escrúpulo de conciencia permita la inaplicación de una Ley ni, por el contrario, la aplicación de la Ley ha de imponerse, a todo trance, a la conciencia del individuo, al menos, en aquellos supuestos en los que existen fundadas y justificadas razones de índole ideológico, religioso, ético o moral que permitan alcanzar el equilibrio perseguido.

<sup>5</sup> <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Y nuevamente aquí se presenta ante nosotros la compleja tarea de establecer cuáles han de ser esos criterios de valoración que, más claramente establecidos en otros campos del derecho (*derecho a la libertad de información vs. derecho a la intimidad; derechos fundamentales vs. derecho penal*), permitan dentro del ámbito de la conciencia personal vislumbrar si estamos ante un supuesto de objeción real, merecedor de tal consideración.

Como suele ser habitual en el campo del Derecho, aunque realmente puedan existir otros factores que permitan orientar la decisión del Juez, en la práctica y como premisa inicial, podemos afirmar con toda la prudencia posible que, para determinar si estamos ante un supuesto de objeción de conciencia merecedor de amparo, es menester atender a tres criterios específicos que, tras su enumeración, describiremos brevemente y que no son otros que:

- *La sinceridad del objetor;*
- *El respeto al orden público;*
- *La inofensividad de las consecuencias*

(o, por el contrario, necesidad de hacer prevalecer la ley sobre la conciencia, cuando no se presente otro medio factible o fácil de alcanzar los objetivos de la ley, si no es imponiéndola al objetor).

#### 4.1 LA SINCERIDAD DEL OBJETOR

Este primer criterio resulta un campo abonado para el error del intérprete *-dicho sea con todo respeto a Sus Señorías-*, por cuanto que lo que habrá de valorarse aquí es si el alegato o escrúpulo de conciencia del potencial es sincero, esto es, si la conducta del objetor se ajusta a las creencias o normas morales aducidas como razón o causa de esa objeción.

No estamos discutiendo, por tanto, ni si la excusa manifestada es verdadera (*si el objetor realmente la siente*) ni, y he aquí la mayor parte de los errores de interpretación cometidos, si estas creencias son razonables o sensatas, puesto que el Estado no puede entrar a valorar las mismas desde ningún punto de vista práctico, intelectual, político, etc.

Por volver al elocuente ejemplo de aquellos que se niegan a la práctica de una transfusión, aún con riesgo para su vida, por no estar permitida esa práctica médica su confesión, puede que esa postura a la vista de un agnóstico (o de un católico), no resulte lógica, ni práctica, ni útil, ni coherente; pero ni es eso lo que se valora, ni resulta admisible intentar imponer al objetor esos criterios de razonabilidad.

*“Si la paciente es mayor de edad, y adopta su decisión libremente, si no se trata de un menor, ni de un incapacitado, el Juez no tiene obligación ineludible de conceder autorización para realizar transfusiones que entrañen un evidente riesgo y que admite métodos y soluciones alternativas. Desde luego no concurre un estado de necesidad, ni se trata de un auxilio omisivo al suicidio, ya que los testigos de Jehová no quieren la muerte, sino vivir, aunque no a toda costa y a cualquier precio, ni conculcando sus creencias, por lo que su actitud no puede ser calificada de suicida ni desde la perspectiva psicológica ni desde una perspectiva jurídica”.*<sup>6</sup>

En consecuencia, superado el escollo o la tentación de analizar las razones de conciencia desde un punto de vista lógico, la dificultad estriba en discernir cómo se puede controlar la “sinceridad” de una objeción de conciencia, atendido el hecho de que ésta pertenece a lo más íntimo del individuo y, por tanto, adolece de signos externos.

Pues bien, para determinar si estamos ante un supuesto de objeción sincera, diversos son los criterios a los que, siquiera de modo indiciario, puede atenderse, siendo el que presenta menos dificultades el de pertenencia a un grupo religioso o ideológico particular, dado que sus convicciones o creencias son públicas. Pero resultará igualmente útil comprobar si existe por parte del objetor una resignada predisposición para aceptar las consecuencias que esa objeción pueda *suponerle (v.gr. prestación social sustitutoria en el caso del servicio militar)* o, por

<sup>6</sup> Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de septiembre de 1992.

último, el mantenimiento en el tiempo, de forma coherente y reiterada, de la convicción aducida como excusa; investigación de antecedentes vitales, etc., etc., descartando que estemos ante una ocurrencia de última hora o frente a una simple excusa para no someterse al imperio de la Ley.

## 4.2 EL RESPETO AL ORDEN PÚBLICO

Superada esa primera fase del examen o análisis, relativo a la sinceridad del objetor, será momento de “ponderar” también si la objeción pretendida, así como la conducta que de esta se derivaría, puede suponer una transgresión del orden público puesto que, si esto fuese así, por muy sinceras que fuesen las razones para objetar, nunca jamás, bajo ningún concepto, sería admisible la misma.

Por indicarlo de manera sencilla y contundente, en ningún caso sería admisible una objeción de conciencia que supusiese la transgresión o el menoscabo de los derechos fundamentales de otra persona, utilizándose en estos supuestos, como el ejemplo de más sencilla comprensión, el del respeto a la vida de terceros. Siguiendo con nuestro modelo de constante referencia, pudiera ser asumible una persona puede negarse a recibir una transfusión sanguínea por cuestiones de conciencia, afectando así a su propia vida; pero no podría hacer lo mismo si la vida en riesgo es la de su hijo.

En consecuencia, la posibilidad de la objeción de conciencia queda absolutamente vedada cuando, a través de su ejercicio o reconocimiento, pueda producirse una quiebra del orden público que, a los efectos que nos ocupa, podría ser entendido como la “conciencia” del propio Estado, concepto jurídico indeterminado que, tradicionalmente, suele ser descrito de manera dual:

Por un lado, como *«tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana»*. Este sería el sentido hallado principalmente en las ramas públicas: delitos contra el orden público, medidas administrativas de protección del orden público, o, *prima facie*, limitación constitucional

*en el ejercicio de derechos y libertades.*” y, por otro, como *“conjunto de valores y principios inderogables que inspiran y caracterizan un sistema jurídico determinado”*<sup>7</sup>.

Si el reconocimiento a la objeción supone transgresión del orden público, aquella ha de perecer, primando siempre este último.

## LA NECESIDAD DEL SACRIFICIO O INOFENSIVIDAD DE LAS CONSECUENCIAS.

Y como colofón a este triple examen mínimo, existe un último criterio al que atender para valorar si realmente puede admitirse la objeción de conciencia, estudiando concienzudamente, en todo caso, a las circunstancias particulares del supuesto sometido a examen.

Se trata en esta última fase o filtro de sopesar, con evidentes criterios de proporcionalidad, cuáles pueden ser los perjuicios reales que, ora para el ordenamiento jurídico en general, ora para terceros en particular, pueden derivarse del reconocimiento a la objeción, de modo que, si los eventuales perjuicios causados superan esa proporcionalidad asumible, habrá de sacrificarse el derecho a la objeción.

Y una vez más, existen toda una serie de valoraciones o juicios específicos que pueden facilitar esta complicada labor, pudiendo destacarse de forma principal dos, a saber: (i) la eventual existencia de una conducta sustitutoria y (ii) el potencial efecto multiplicador de la objeción pretendida.

En cuanto a la primera cuestión, no parece plantear excesivas complicaciones. Si la conducta (*aquella que es legalmente obligada*) que no se quiere cumplir por razones de conciencia, es sustituible por otra, con mayor o menor facilidad, no deberían existir demasiados impedimentos para el reconocimiento de la objeción. A todos nos habrá venido a la memoria la conocida “prestación social

7 ORDEN PÚBLICO: UNIDAD AXIOLÓGICA, ESPACIO EUROPEO. MIGUEL ÁLVAREZ ORTEGA. Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política de la Universidad de Sevilla

sustitutoria” a realizar en aquellos casos en los que no se quería realizar el servicio militar por supuestas razones de conciencia. Pero la casuística es casi infinita y los supuestos de lo más variado. Piénsese, por ejemplo, en el facultativo de hondas convicciones católicas que, trabajando en un hospital público, se niegue a practicar abortos por razones de conciencia, aún en un supuesto despenalizado (v.gr. riesgo para la vida de la madre).

Parece claro que, si existe cualquier otro médico que, sin esos condicionantes morales, esté dispuesto a practicar eso que eufemísticamente definen como interrupción voluntaria del embarazo, el reconocimiento a la objeción no plantea mayores dudas pero, ¿qué ocurriría en el supuesto de que, estando en riesgo manifiesto la vida de la madre gestante, el único médico facultado para la práctica de esa intervención es precisamente aquel que tiene esos problemas de conciencia?; ¿se le obliga a practicar el aborto, por primar el derecho a la vida de un tercero?; ¿prevalece su conciencia y, por respeto a la misma, se deja morir a la madre?. Como puede apreciarse, llevado el caso al extremo, la respuesta nunca es sencilla.

En segundo término, respecto de lo que hemos venido en llamar “efecto multiplicador”, se trata en ese caso de evaluar si el admitir un concreto supuesto de objeción pudiera implicar un riesgo de claro de ineficacia de la norma, por eventual generalización de esa objeción, hasta el punto que la eficacia de la Ley quedaría desvirtuada o se fomentarían desobediencias civiles encubiertas.

Cierto es que, si realmente existe ese temor fundado y real a que, de reconocerse la objeción de conciencia para un supuesto concreto, pueda tener dicho reconocimiento un efecto detonante o expansivo que conduzca indefectiblemente a una inaplicación de facto de la Ley, quizá sea el Legislador quien deba plantearse la idoneidad de esa norma, tomando el pulso a esa sociedad que, con carácter general, parece tender al incumplimiento de una norma. Pues no debe confundirse el hecho de que una norma esté aprobada por los cauces democráticamente previstos, con una especie de dogma moral

que obliga al cumplimiento de esa norma en toda circunstancia.

Una vez más, llevando el caso al supuesto antes planteado, no porque el aborto esté despenalizado en concretos supuestos, ello implica que moralmente resulte aceptable para todos (para algunos no debiera serlo en ningún caso y bajo ninguna circunstancia), por mucho que haya contado con la mayoría democrática y parlamentaria legalmente prevista para la aprobación de la Ley que lo regula o, dicho a la inversa, no se haya producido una negativa suficiente a su generalización de facto, con evidente fraude de Ley bajo el modesto punto de vista de quien suscribe.

### **CASUÍSTICA VARIADA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA”**

Aunque quizá el ciudadano corriente pueda albergar la idea de que, en la vida ordinaria, no debieran ser demasiados los casos en los que se produzca enfrentamiento entre la conciencia personal del individuo y el ordenamiento positivo, antes al contrario, tal y como hemos anticipado y en una sociedad cada vez más plural como la actual, las ocasiones en los que este conflicto se produce han ganado en habitualidad.

Por descontado, desterrada ya la previsión legal a la objeción al servicio militar por ser una previsión inútil carente de aplicación práctica, esa pluralidad social a la que nos venimos refiriendo nos brinda ejemplos que, quizá desde el punto de vista patrio, puedan resultar pintorescos o incluso chuscos pero que, apreciados con el rigor necesario y prescindiendo del filtro de las propias convicciones o valores tradicionales en España, debemos reiterar una vez más que son dignos de todo respeto.

Pensemos así, por ejemplo, en el supuesto del judío ortodoxo que, por razones evidentes, se encuentra moralmente impedido para la realización de cualquier tipo de actividad laboral en sábado (*sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1985* o *sentencia de la Sala de lo Social*

del Tribunal Supremo de 20 de abril de 1988); o la persona que, llevando al extremo el texto del Evangelio de San Lucas (6,37), cuando dice «No juzguéis y no seréis juzgados; no condenéis y no seréis condenados; perdonad y se os perdonará», manifiestan impedimentos para formar parte de un jurado (*sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 1993*); o el caso del pacifista convencido que se niega a la realización de cualquier tipo de trabajo que, directa o indirectamente, pueda dar lugar a la producción de ingenios bélicos (*Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1978 y 30 de octubre de 1978*); o concluir con el caso del ateo convencido o agnóstico *militante -de todo hay en la viña del Señor-* que, basándose en esos escrúpulos de conciencia, muestra su rechazo al estudio del Derecho Canónico (Auto del Tribunal Constitucional de 29 de mayo de 1985), asignatura obligatoria en la antigua licenciatura de Derecho.

Vemos por tanto que, ni es una cuestión pacífica o fácil de resolver, ni puede aventurarse o anticiparse sobre que determinada materia, cuestión o exigencia legal pueda provocarse, en un individuo cualquiera, un conflicto con sus convicciones o íntimo sistema de valores y creencias.

Por descontado, tratándose este de un artículo dirigido a un público mayoritariamente “*escolar*” (*padres, profesores y, quizá, algún alumno despistado que tenga el atrevimiento de leer cualquier cosa que caiga en sus manos*), nada mejor que concluir con una breve mención al tratamiento que, en relación con la asignatura de “*Educación para la Ciudadanía*”, ha venido dándose a la cuestión por nuestros Tribunales y que ha suscitado una tan abundante como contradictoria jurisprudencia, ora a favor del reconocimiento a la objeción, ora en contra, con pronunciamientos harto curiosos.

Es más, en los primeros pronunciamientos de nuestro más Alto Tribunal, con una actitud que me atrevería a calificar de galleguismo antológico (*ni sí, ni no, sino todo lo contrario*), en alguna de sus primeras sentencias se vino a establecer una curiosísima postura que, en síntesis, vendría a resumir de

manera elocuente lo dicho en este artículo, al afirmar que “*sin ley, no cabe objeción de conciencia, salvo cuando quepa*”. Ahí queda eso.

En todo caso, el discurrir del tiempo y, por descontado, la controversia suscitada por el particular contenido de esta materia, con una avalancha de solicitudes de objeción de conciencia por parte de muchos padres, hizo obligada que la cuestión tuviese que ser elevada y n- discutida por el Pleno de la Sala que, pese a no decidir de forma unánime, parece haber dejado definitivamente una la postura más o menos clara, que no es otra que la establecida en Sentencia del Pleno de la Sala Contencioso Administrativa, de fecha 11 de febrero de 2009 dictada en el recurso núm. 905/2008, posteriormente reiterada en otras sentencia y cuya lectura íntegra me atrevo a recomendar.

Y para aquellos que no quieran aventurarse a tanto, me permito transcribir parcialmente un fragmento de dicha sentencia que, partiendo de que el contenido general y global de dicha materia puede y debe ser fijado por la autoridades educativas, no desconoce “*que los contenidos que asignan esas disposiciones generales a la materia Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así, como, obviamente, de la manera en que se expongan. Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco que hemos trazado de manera que el derecho de los padres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la CE y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor.*

*Y en particular, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso*



*Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan.*

*Es preciso insistir en un extremo de indudable importancia: el hecho de que la materia Educación para la Ciudadanía sea ajustada a derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa —ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores— a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.*

*Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a éste incurrir en cualquier forma de proselitismo. Las materias que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que -independientemente de que estén mejor o peor argumentadas- reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española.*

*En una sociedad democrática, no debe ser la Administración educativa -ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores- quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas. Estas pertenecen al ámbito del libre debate*

*en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales. Todo ello implica que cuando deban abordarse problemas de esa índole al impartir la materia Educación para la Ciudadanía —o, llegado el caso, cualquiera otra— es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.”*

En resumen, podemos afirmar que no cabe, con carácter general, un reconocimiento de la objeción de conciencia a la asignatura de educación a la ciudadanía sin perjuicio de que, tampoco se excluye esta posibilidad cuando, respecto de algún contenido específico y concreto, se acredite que realmente pueda darse el indeseable conflicto entre conciencia/ley, riesgo que en todo caso queda ciertamente mediatisado si consideramos que, en palabras del Supremo, los contenidos de la asignatura estarán sometidos a “*ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así, como, obviamente, de la manera en que se expongan*”.

Si bien para todos aquellos que, por fortuna, podemos escoger el centro al que acuden nuestros hijos, lo indicado por el Tribunal Supremo es de rabiosa vigencia, quien suscribe ha de confesar que aquellos padres que, por las circunstancias que fueren, no gozan de este privilegio y posibilidades, quizá se encuentren en una situación de desamparo, no teniendo más remedio que acudir a los Tribunales, con todo lo que ello supone (que no debe ser poco, atendido el hecho de que hasta existe una “maldición gitana” al respecto).